

Honorables Magistrados  
Corte Constitucional  
Sala Plena  
Bogotá D.C.

*Ref: Demanda de inconstitucionalidad contra el conjunto normativo integrado por el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993*

Nosotros, RODRIGO UPRIMNY YEPES y MARIA PAULA SAFFON SANÍN, integrantes del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, MARCELA SÁNCHEZ BUITRAGO y LUZ MARÍA SÁNCHEZ DUQUE integrantes de Colombia Diversa, y DANIEL BONILLA MALDONADO y ALEJANDRA AZUERO QUIJANO, integrantes del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad, en nuestra condición de ciudadanos en ejercicio y actuando en nombre propio con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Política y en el decreto reglamentario 2067 de 1991, presentamos ante este Despacho Judicial **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el conjunto normativo integrado por el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993, por vulneración de los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política (en adelante CP).

Para fundamentar la presente acción de inconstitucionalidad, transcribiremos literalmente las normas que integran el conjunto normativo que se demanda (I); señalaremos las normas constitucionales que consideramos infringidas (II); plantaremos las razones por las cuales estimamos que estas normas son violadas (III); indicaremos las razones por las cuales esta demanda es procedente y admisible (IV); formularemos la solicitud concreta de la demanda (V), e indicaremos el lugar donde podemos ser notificados (VI).

## **I. Normas demandadas**

A continuación transcribimos las normas demandadas, subrayando los apartes de las mismas que consideramos inconstitucionales.

*LEY 54 DE 1990*

*(Diciembre 28)*

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

*Modificada por la Ley 979 de 2005*

*(...)*

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

*“LEY 100 DE 1993*

*(Diciembre 23)*

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

*(...)*

*Art. 47 pensión prima media*

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

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o*

*compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

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

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

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

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

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

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

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

*(...)*

*Art. 74 pensión ahorro individual*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

#### *Art. 163 salud afiliación (cobertura familiar)*

ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

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

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

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

(...)

## **II. Normas constitucionales infringidas**

Las normas constitucionales que consideramos infringidas por las disposiciones acusadas son los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política (en adelante CP).

## **III. Fundamentos de la demanda**

Para plantear de manera clara y completa los cargos de la demanda, comenzaremos por realizar una síntesis del planteamiento jurídico sustantivo (1); luego expondremos de manera detallada cada uno de los cargos contra las expresiones acusadas (2), y finalmente precisaremos algunas cuestiones técnicas de procedimiento constitucional (3).

### **1) Síntesis del planteamiento jurídico**

El objetivo central de la presente demanda consiste en cuestionar la constitucionalidad del conjunto normativo de las disposiciones acusadas, por el hecho de no extender a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se otorga a las parejas heterosexuales. Los fundamentos sobre los que se apoya este cuestionamiento, los cuales se desarrollarán ampliamente en los apartados subsiguientes, se exponen brevemente a continuación.

En primer lugar, la demanda parte de la base de que, con la reciente sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, el precedente constitucional en materia de parejas homosexuales cambió significativamente. En dicha sentencia, la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho, previsto exclusivamente para las parejas heterosexuales, debía ser extendido a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Si bien el alcance directo de tal

decisión se restringe al régimen patrimonial de compañeros permanentes previsto en la ley 54 de 1990, el precedente establecido en la misma proyecta un cambio significativo del precedente anterior en materia de parejas homosexuales en general, y de seguridad social para estas parejas en particular. Según el precedente anterior, la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales, y en especial del régimen de protección de seguridad social, se justificaba plenamente cuando estos beneficios tenían el propósito de proteger a la familia, como es el caso de la cobertura de la seguridad social.<sup>1</sup> En contraste, a partir de la sentencia C-075 de 2007, esta justificación resulta por sí sola insuficiente para negar la extensión de beneficios concedidos a las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, y en particular para negar el régimen de protección de seguridad social a estas últimas, en la medida en que en dicha sentencia la Corte estableció que todo tratamiento diferenciado motivado en la orientación sexual debe ser analizado a través de un control constitucional estricto. De ese modo, la Corte extendió el criterio que había sido utilizado exclusivamente en el análisis de casos relativos a tratamientos diferenciados de los homosexuales en tanto que individuos, al análisis de casos relativos a tratamientos diferenciados de las parejas homosexuales, respecto de los cuales la Corte, con anterioridad a la sentencia C-075 de 2007, había aplicado un control constitucional débil.

Además del giro metodológico adoptado por la Corte en materia de análisis constitucional de los casos relativos a la protección de las parejas homosexuales, la sentencia C-075 de 2007 implicó otro cambio importante del precedente en esta materia, pues estableció que, si bien el legislador no está obligado a aplicar el mismo régimen de protección a las parejas heterosexuales y homosexuales, ya que entre éstas se presentan diferencias, sí es un imperativo constitucional garantizar un mínimo de protección a este último tipo de parejas, pues éstas presentan requerimientos de protección análogos a los de las parejas heterosexuales. En ese sentido, la Corte concluyó en la sentencia C-075 de 2007 que la ausencia de todo tipo de regulación jurídica de las relaciones económicas que surgen en la vida de una pareja del mismo sexo constituye una vulneración de las normas superiores que protegen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y que proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual. Ante la constatación de la inconstitucionalidad de la ausencia de regulación, la Corte concluyó que había de aplicarse el régimen existente para parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo. Este precedente también tiene una amplia resonancia en materia del régimen de protección de seguridad social para las parejas homosexuales, pues en este caso tampoco se satisface el requerimiento de mínima protección.

---

<sup>1</sup> En ese sentido, ver Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En segundo lugar, la presente demanda también parte de la base de que la reciente decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso *X contra Colombia*<sup>2</sup> de 14 de mayo de 2007 debe ser considerada al menos como criterio hermenéutico relevante para determinar el contenido y alcance de los derechos en juego, si no es que se la considera vinculante. Con dicha decisión, el Comité de Derechos Humanos resolvió el caso de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien las autoridades negaron su petición de sustitución pensional, bajo la consideración de que la misma sólo era aplicable a parejas heterosexuales. En su decisión, el Comité concluyó que el Estado colombiano había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto había negado al actor el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente, sin presentar ningún argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva. En esa medida, implícitamente el Comité señaló que la protección de la familia, que fue el argumento utilizado por el Estado colombiano para justificar la distinción, no cumplía con los requisitos de razonabilidad y objetividad necesarios para justificar la distinción entre uno y otro tipo de parejas. En consecuencia, el Comité estableció que el actor *“tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual”* y que *“el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro”*.

Esta decisión del Comité es de suma relevancia para el asunto de esta demanda, de un lado, porque al reiterar las decisiones del Comité en los casos *Toonen contra Australia* y *Young contra Australia* –que fueron aplicadas en la sentencia C-075 de 2007–, la misma reforzó el bloque de constitucionalidad aplicable en materia de derechos de las parejas del mismo sexo en general y de protección de seguridad social de estas parejas en particular, teniendo en cuenta que la doctrina del Comité constituye por lo menos un criterio hermenéutico relevante para la interpretación de los derechos en juego, sino es que se considera que la misma es obligatoria. De otro lado, la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* tiene un valor aún mayor que los dictámenes previos del Comité sobre el tema que nos ocupa, por cuanto se trata de una decisión que involucra al Estado colombiano y en la que se insta a sus autoridades, entre las cuales se cuentan por supuesto las judiciales, a adoptar las medidas necesarias para evitar que, en virtud de las normas aquí demandadas, continúe teniendo lugar la discriminación de las parejas homosexuales en materia del régimen de

---

<sup>2</sup> Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005. En adelante nos referiremos al dictamen como *X contra Colombia*.



protección de la seguridad social..

En tercer lugar, ya adentrándonos en los cargos que sustentan la demanda, en lo esencial, ésta advierte que las normas acusadas vulneran el artículo 13 de la Constitución, pues excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales. Esta exclusión está fundada en la orientación sexual de las personas que componen dichas parejas que, de conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad en la materia, constituye un criterio sospechoso de diferenciación. Este cargo de violación del derecho a la igualdad enfrenta dos obstáculos argumentativos que son superados en la demanda, y es luego desarrollado a través de una aplicación del control constitucional estricto.

El primer obstáculo que enfrenta el cargo de igualdad consiste en que, como el caso versa sobre la extensión de un derecho de carácter social al grupo poblacional constituido por las parejas del mismo sexo, las normas acusadas pueden ser justificadas con base en el principio de progresividad –admitido por la Corte Constitucional–, según el cual el Estado no tiene la obligación de garantizar todo el contenido de los derechos sociales, económicos y culturales de manera inmediata, sino que debe desplegar las acciones posibles para alcanzar progresivamente su realización plena, sin retroceder en las garantías de protección ya logradas. Sin embargo, el contrargumento contenido en esta demanda es que, si bien el principio de progresividad puede guiar la actuación del Estado en lo que se refiere a la satisfacción de los derechos sociales, éste no puede ser aplicado con base en criterios discriminatorios. Y es ello lo que sucede cuando, como ocurre en este caso, el criterio para determinar quiénes tienen acceso inmediato a la cobertura de seguridad social de las parejas y quiénes sólo lo tendrán en un futuro es la orientación sexual. Dado que la prohibición de discriminación en el acceso a los derechos es de carácter inmediato y, en tal sentido, constituye un límite a la discrecionalidad del legislador para el desarrollo progresivo de los derechos sociales, la orientación sexual no puede ser utilizada como criterio orientador de este desarrollo progresivo. Siguiendo las palabras de la Corte, el juez constitucional debe determinar “*si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido*”.<sup>3</sup>

El segundo obstáculo que enfrenta el cargo de la demanda relativo a la igualdad es el argumento de que las normas acusadas se justifican por el hecho de que el legislador tiene discrecionalidad para determinar de qué manera garantiza la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y la destinación de sus recursos a las poblaciones más pobres y vulnerables. Si bien este argumento no es

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, citada en la sentencia C-075 de 2007.

admisible, pues parece implicar que en el ejercicio de su discrecionalidad el legislador puede usar criterios discriminatorios, la demanda lo responde previendo la posibilidad de que la Corte lo considere de recibo. Así, el contrargumento consiste en que distintos estudios económicos revelan que la extensión del régimen de seguridad social a las parejas homosexuales no tiene efectos sobre las condiciones actuales de afiliación obligatoria, ni implica costos significativos que pongan en peligro la sostenibilidad del sistema o desvíen los recursos destinados a la población pobre y vulnerable. Por el contrario, la extensión de esta protección a las parejas homosexuales conduce a un funcionamiento más eficiente del sistema de seguridad social, que puede redundar incluso en beneficio de la población pobre y vulnerable.

Superados los obstáculos anteriores, la demanda continúa desarrollando el cargo relativo a la igualdad, y para ello alega que, de conformidad con la sentencia C-075 de 2007, debe aplicarse un control constitucional estricto a las normas acusadas. Este control comporta la aplicación de un test estricto de proporcionalidad, según el cual cuando exista una diferencia de trato por razón de la opción sexual, ésta debe presumirse inconstitucional y tal presunción sólo puede desvirtuarse demostrando que (i) la medida diferenciadora busca alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) es necesaria para cumplir con ese objetivo y (iii) es proporcionada.

Al aplicar este test a las normas acusadas, la demanda concluye, en relación con el primer requisito, que la protección especial de la familia conformada por un hombre y una mujer, que pretende justificar dichas normas, no constituye un objetivo constitucionalmente imperioso, pues se trata de un objetivo puramente abstracto que, de conformidad con la doctrina sentada por los organismos internacionales de derechos humanos, no constituye una finalidad razonable y objetiva susceptible de fundamentar la permanencia de una norma discriminatoria en contra de las parejas homosexuales. Con respecto al segundo requisito, la demanda advierte que, en todo caso, no existe ninguna relación de necesidad entre el objetivo antes mencionado y el tratamiento diferenciado otorgado a las parejas del mismo sexo con respecto a las parejas heterosexuales, dado que no es claro de qué manera se logra la protección especial de la familia heterosexual a través del no acceso de las personas homosexuales al régimen de seguridad social en calidad de beneficiarios de sus parejas y, en cambio, sí es claro que este objetivo puede lograrse al tiempo que se garantiza dicho acceso. Finalmente, en cuanto al tercer requisito, el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales es desproporcionado, por cuanto conduce a una afectación severa de los derechos a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libre opción sexual y la igualdad de las personas que las conforman, que resulta mucho mayor que el beneficio abstracto de protección de la familia heterosexual.

Con base en lo anterior, el cargo relativo a la igualdad concluye que, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, si bien en principio el legislador es el competente para determinar el régimen de protección que en materia de seguridad social debe ser ofrecido a las parejas homosexuales, su discrecionalidad encuentra un límite en el deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a las parejas homosexuales y, en tal sentido, ante la ausencia de un régimen de protección especial a estas parejas resulta necesario, para evitar su discriminación, extenderles el régimen de protección previsto para las parejas heterosexuales, en razón de que unas parejas y otras tienen necesidades análogas de protección.

En cuarto lugar, otro de los cargos de la demanda consiste en la violación del derecho a la seguridad social contenido en el artículo 48 de la Constitución, como consecuencia de la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de seguridad social otorgados a las parejas heterosexuales. Para fundamentar este cargo, la demanda hace referencia a la violación de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad a los cuales debe sujetarse la prestación del servicio público de seguridad social por parte de las normas acusadas.

La violación del principio de universalidad se presenta tanto en el régimen de salud como en el de pensión de sobrevivientes. En cuanto al régimen de salud, si bien la ley 100 no establece expresamente que la orientación sexual sea un factor que impida el acceso al sistema de salud, de conformidad con la manera como está estructurado este sistema, las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas no cuentan con una vía de acceso a éste que sea materialmente idónea, lo cual vulnera el principio de universalidad. En efecto, estas personas no pueden afiliarse al régimen contributivo en calidad de cotizantes, pues si dependen económicamente de su pareja es porque no cuentan con un empleo ni tienen capacidad de pago para afiliarse como independientes. De otro lado, estas personas no pueden acceder al régimen subsidiado en condición de afiliados, por cuanto la catalogación de una persona como pobre y vulnerable depende de una serie de variables que no tienen en cuenta las condiciones transitorias de pobreza ligadas a crisis económicas, a la carencia temporal de empleo, ni a la situación de dependencia económica. Finalmente, la posibilidad de estas personas de acceder al sistema en calidad de participantes vinculados es incierta, pues esta modalidad está ligada a los criterios de inclusión en el régimen subsidiado, en la medida en que está previsto para los potenciales beneficiarios de tal régimen y, dadas las diferencias entre quien es pobre y quien depende económicamente de otro, no es claro que estos últimos puedan tener el carácter de vinculados. Pese a lo anterior, incluso si se parte de que en la actualidad las personas en cuestión sí pueden tener dicho carácter, esta modalidad de acceso al sistema de salud no constituye tampoco una garantía de protección que responda al principio de universalidad,

pues se trata de una modalidad temporal que no garantiza un acceso completo y efectivo a los servicios de salud. En todo caso, aún bajo la hipótesis incierta de que las personas que dependen económicamente de su pareja homosexual accedan al sistema de salud a través del régimen subsidiado o bajo la modalidad de participantes vinculados, ello comportaría una vulneración del derecho de acceso a la salud en igualdad de condiciones respecto de las personas heterosexuales que también dependen económicamente de sus parejas, pues los beneficios en materia de salud son inferiores en el régimen subsidiado.

Por su parte, el principio de universalidad es vulnerado por el régimen de pensión de sobrevivientes, a través de la imposibilidad de que las personas homosexuales puedan acceder a él en caso del fallecimiento de su pareja cotizante, pues esta imposibilidad despoja a un segmento de la población de esta garantía de protección, máxime si se tiene en cuenta que el sistema pensional no proporciona ninguna otra prestación equivalente para las parejas homosexuales.

De otro lado, el principio de eficiencia también es vulnerado por las normas acusadas. En efecto, la imposibilidad de que las personas homosexuales accedan al sistema de salud en calidad de beneficiarias de sus parejas genera un obstáculo para el disfrute del derecho a la salud, en la medida en que impone a las personas homosexuales que dependen económicamente de su pareja la carga de procurar su ingreso al sistema por una vía que es menos expedita y más incierta. La imposición de esta carga es contraria al principio de eficiencia no sólo porque resulta más complicado para estas personas acceder al sistema de salud, sino porque hace que este acceso sea más costoso para el Estado. De hecho, si a una persona que puede ser atendida en el régimen contributivo con los aportes efectuados por su pareja se le impide esta opción, se genera una carga adicional para el presupuesto público, que es el que finalmente tiene que subsidiar o pagar la atención, afectando de este modo la focalización del gasto social hacia la población más pobre y vulnerable.

Por último, también resulta contrario al principio de solidaridad impedir que la ayuda mutua que surge en las relaciones de pareja del mismo sexo se concrete en un ámbito tan importante como la protección contra las contingencias por enfermedad y muerte.

En quinto lugar, un cargo adicional contenido en la presente demanda contra las normas acusadas consiste en que éstas también comportan una vulneración de la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, pues la distinción entre la opción heterosexual y homosexual en la que se fundan reduce la posibilidad de los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida. Al respecto, cabe resaltar que la verdadera autodeterminación vital de las personas, como elemento básico de la dignidad humana, exige del Estado no sólo una

actitud neutral frente a la opción de buen vivir de sus ciudadanos, sino la adopción de acciones positivas para garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida frente al orden jurídico y la sociedad. Igualmente cabe resaltar que la dignidad humana también resulta menoscabada en su dimensión de garantía del mínimo vital cuando, como consecuencia del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja homosexual, el otro que dependía económicamente de su pareja queda en una situación de desprotección que atenta contra sus posibilidades de vivir dignamente.

En sexto y último lugar, terminaremos los fundamentos de la demanda argumentando que, aunada al hecho de que la competencia del legislador en esta materia se encuentra limitada por el respeto a las normas constitucionales, existe una razón adicional que justifica la intervención del juez constitucional en este asunto. Se trata del letargo legislativo que ha tenido lugar en materia de la regulación del derecho a la seguridad social de los integrantes de la pareja homosexual, probado por el hecho de que, en los últimos 8 años, han sido presentados ante el Congreso de la República 5 proyectos de ley tendientes a regular los derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas del mismo sexo, pero ninguno de ellos ha sido aprobado. Esta experiencia legislativa demuestra que la mayoría política hace caso omiso a los argumentos constitucionales y de conveniencia que justifican el reconocimiento del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo. En tal sentido, el juez constitucional debe asumir la vocería de la minoría homosexual, pues la misma ha acudido infructuosamente a los medios políticos de decisión, en los cuales los prejuicios en contra de una población históricamente discriminada se han sobrepuesto a las razones constitucionales que justifican su protección.

Todos los argumentos anteriormente esgrimidos, y que serán desarrollados en detalle en el siguiente acápite de esta demanda, justifican plenamente una decisión de la Corte Constitucional que implique la extensión a las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados por el régimen de seguridad social a las parejas heterosexuales, por medio de una declaratoria de exequibilidad condicionada de las expresiones subrayadas en las normas acusadas en el entendido de que la protección que brindan cubre también a las parejas del mismo sexo o, en su defecto, por medio de su declaratoria de inexecuibilidad.

## **2) Desarrollo de los argumentos y cargos concretos de la demanda**

A continuación desarrollaremos en detalle cada uno de los puntos resumidos en el acápite anterior.

### A. Precedente constitucional en materia de parejas homosexuales

Por medio de la reciente sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional modificó de manera muy importante el precedente constitucional en materia de los derechos de las parejas homosexuales. Es cierto que esta sentencia restringió su alcance al régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la ley 54 de 1990, negándose por tanto a considerar los efectos que sobre otros regímenes jurídicos –como la seguridad social- tienen las definiciones de “unión marital de hecho” y “compañeros permanentes” contenidas en el artículo 1 de la ley 54 de 1990. A pesar de ello, la sentencia C-075 de 2007 extendió a la dimensión de las parejas homosexuales el precedente constitucional de igualdad de trato y prohibición de no discriminación que hasta la fecha sólo era aplicable a los homosexuales en tanto que individuos. En esa medida, la Corte Constitucional estableció que, en adelante, el análisis de los casos de tratamiento distinto de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales debe realizarse a través de control constitucional estricto, con el fin de garantizar que el desarrollo pleno de las personas homosexuales no sea coartado por la ausencia de reconocimiento de la dimensión de pareja.

En algunos aspectos, la Corte mantuvo intacto su precedente anterior, en la medida en que afirmó que *“existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras”*, y que *“corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento”*. Sin embargo, la Corte indicó que, pese a sus diferencias, ambos tipos de parejas tienen unos requerimientos análogos de protección. Esta analogía puede explicarse en dos niveles. De un lado, las parejas homosexuales tienen los mismos requerimientos de protección que las parejas heterosexuales porque tienen el mismo valor y dignidad que estas últimas. La Corte señaló que la opción de conformar una pareja homosexual tiene pleno valor para el ordenamiento, porque es un ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, que ya no se restringen al ámbito individual<sup>4</sup>, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización. De ese valor igual de las parejas se deriva una dignidad igual frente al ordenamiento constitucional, que implica un igual reconocimiento jurídico de ese valor, en aplicación del principio *“a igual dignidad igual protección”*.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Como lo había hecho la Corte Constitucional en sentencias como la T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>5</sup> Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De otro lado, la Corte advirtió que de la relación en pareja surgen una serie de asuntos de contenido económico que posibilitan la realización de un proyecto de vida en común. Los homosexuales que se unen para hacer “*una comunidad de vida permanente y singular*”<sup>6</sup> y que se apoyan en el “*trabajo, ayuda y socorro mutuos*”<sup>7</sup>, construyen un patrimonio o capital producto de ese trabajo que, para que surta sus efectos, requiere del reconocimiento jurídico del Estado. Este razonamiento se extiende sin dificultad a los derechos de seguridad social de las parejas homosexuales, porque los esfuerzos encaminados a crear ese patrimonio común tienen como fin, entre otros, suplir las amplias necesidades que en materia de salud, pensión y atención por muerte tiene cada uno de los miembros de la pareja, pero procurando que el otro -que también ha ayudado a construir ese capital- tenga el mismo nivel de satisfacción de esas necesidades.

Así las cosas, al admitir que el control constitucional estricto se aplica a los tratamientos distintos de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales, y al aplicar dicho control al asunto del régimen patrimonial de compañeros permanentes propio de la ley 54 de 1990, la Corte estableció la siguiente subregla: si bien le corresponde al legislador determinar la manera en que serán protegidas las parejas homosexuales, y aún cuando dicha protección puede ser distinta de aquélla otorgada a las parejas heterosexuales –en razón de las diferencias existentes entre unas y otras parejas-, la ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y el consecuente vacío legal de protección de las mismas constituye una violación del deber constitucional de otorgarles un mínimo de protección, y es además un tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales con respecto de las heterosexuales, pues ambas tienen necesidades análogas de protección.

Lo anterior implica un cambio significativo del precedente de la Corte en materia de seguridad social y derechos de los homosexuales –que se encuentra consagrado, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001 y T-349 de 2006-. De conformidad con este precedente, la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios de seguridad social otorgados a las parejas heterosexuales se justifica plenamente por cuanto éstos tienen el propósito de proteger la familia.<sup>8</sup> Sin embargo, a partir de la sentencia C-075 de 2007, todo tratamiento discriminatorio de esta naturaleza debe ser analizado a través de un test estricto de proporcionalidad y a él resulta aplicable la subregla mencionada en el párrafo precedente, razón por la cual, como se demostrará ampliamente en un acápite

---

<sup>6</sup> Artículo 1 de la ley 54 de 1990.

<sup>7</sup> Artículo 3 de la ley 54 de 1990.

<sup>8</sup> Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

subsiguiente (sección C), el objetivo de protección de la familia resulta insuficiente para justificar la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios sociales consagrados en las normas demandadas.

## **B. Doctrina internacional relevante sobre los derechos de parejas homosexuales en materia de seguridad social**

En este acápite de la demanda argumentaremos que la decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas *X contra Colombia* constituye un criterio hermenéutico relevante, si no es que tiene un carácter vinculante, por lo cual debe ser tenida en cuenta por la Corte Constitucional a la hora de resolver esta demanda. Para desarrollar el argumento, nos referiremos al estatus que, según la jurisprudencia constitucional colombiana, tienen las decisiones de los órganos internacionales de monitoreo en general, y del Comité de Derechos Humanos en particular (i), describiremos en qué consistió la decisión de este órgano en el caso *X contra Colombia* (ii), explicaremos por qué esta decisión constituye al menos un criterio relevante de interpretación (iii), y sugeriremos que la misma podría incluso considerarse vinculante (iv).

### **i) Estatus de las decisiones del Comité de Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional colombiana**

La interpretación del artículo 93 de la Constitución de 1991 ha dado lugar a una importante línea jurisprudencial acerca del contenido y alcances dentro del ordenamiento jurídico colombiano de la figura del bloque de constitucionalidad.<sup>9</sup> Mientras que existe un consenso, o al menos una opinión mayoritaria, sobre el hecho de que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, la discusión sobre el estatus de los pronunciamientos de los órganos internacionales encargados de interpretar y/o aplicar dichos tratados ha sido más álgida.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> El tema ha sido ampliamente tratado por la Corte, al interpretar el inciso segundo del artículo 93, según el cual “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia*”.

<sup>10</sup> La Corte ha analizado, tanto en sede de tutela como de control abstracto de constitucionalidad, el alcance que tienen para el juez constitucional tanto las recomendaciones como las decisiones concretas emitidas por distintos órganos de control, como es el caso de las emitidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.



Para el caso que se somete a estudio de la Corte Constitucional mediante la presente demanda, resulta determinante entender cuál es el estatus de las decisiones emitidas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano de monitoreo encargado de vigilar el adecuado cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones adquiridas por éstos a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). En particular, es menester determinar si las decisiones del Comité son o no vinculantes u obligatorias para el juez constitucional.

De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano, las decisiones de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia son, por lo menos, un criterio hermenéutico relevante para la interpretación de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Sin embargo, en ciertas circunstancias y atendiendo a las particularidades del caso concreto, dichas decisiones podrán ser consideradas criterios vinculantes u obligatorios para el juez constitucional encargado de interpretar derechos fundamentales.

Han sido varias las ocasiones en las cuales la Corte Constitucional se ha referido a las decisiones de los organismos internacionales como criterio hermenéutico relevante a la hora de interpretar los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la sentencia C-010 de 2000, la Corte indicó que, en principio, *“la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar estos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”*.<sup>11</sup> Además, en las sentencias C-200 de 2000 y T-1319 de 2001<sup>12</sup>, la Corte reiteró esta idea, explicitando que dentro de dichas decisiones estaban comprendidas tanto aquéllas de los órganos jurisdiccionales como aquéllas de los órganos de control. De nuevo, la Corte retomó esta línea en la sentencia T-558 de 2003, en la cual estudió la obligatoriedad de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>13</sup>

Ahora bien, también ha habido ocasiones en las cuales la Corte ha considerado que las decisiones de organismos internacionales semijurisdiccionales o de monitoreo de tratados no son solamente criterio hermenéutico relevante, sino que resultan vinculantes para las autoridades estatales, incluido el juez constitucional. Esto puede darse o bien porque se considera que dichas interpretaciones modifican el bloque de constitucionalidad, o bien porque la naturaleza del órgano

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-558 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

decisorio y del alcance de la decisión para el caso concreto hacen que la Corte la considere como una orden directamente aplicable.

En cuanto a lo primero, según la sentencia C-1299 de 2005, la interpretación con autoridad de un tratado por el órgano de monitoreo competente puede cambiar el contenido normativo del bloque de constitucionalidad, cambio que, a su vez, constituye un argumento que puede justificar la inconstitucionalidad de una norma.<sup>14</sup> Para que ello sea así, según la Corte, es necesario que dicha interpretación con autoridad plante elementos referentes a la situación objeto de evaluación constitucional.<sup>15</sup>

En cuanto a lo segundo, de conformidad con la doctrina más autorizada en la materia, existen características tanto del órgano que profiere la decisión como de la propia decisión que permiten concluir que la misma es obligatoria para todas las autoridades del Estado, y resulta aplicable directamente.<sup>16</sup> Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en algunas ocasiones. Por ejemplo, en la sentencia T-568 de 1999, la Corte concluyó que las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT constituyen “*una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano*” y que, por lo tanto, “*Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo Administrativo*”<sup>17</sup> (negrilla fuera de los textos originales).

Igualmente, en la sentencia T-786 de 2003, la Corte Constitucional reconoció la fuerza jurídica vinculante de las medidas cautelares impuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para fundamentarlo, la Corte argumentó que el reconocimiento por parte del Estado de la competencia de este órgano para resolver peticiones o quejas individuales implicaba el reconocimiento de la obligatoriedad las decisiones por él proferidas. Dijo la Corte:

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1299 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> El experto Daniel O'Donnell destaca (i) que los pronunciamientos de los órganos cuasi-jurisdiccionales, por regla general, tienen mayor valor vinculante que aquéllos de órganos que carecen de este carácter; (ii) que la naturaleza de la competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de éste; (iii) que tiene relevancia la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y (iv) que debe analizarse la intención manifestada por el órgano al formular una observación. O'Donnell, Daniel. 2004. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*“Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de Constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno.*

*(....)*

*La obligación del Estado de cumplir las órdenes emanadas de la Comisión en las medidas cautelares se refuerza con el hecho de que al ratificar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Colombia aceptó el artículo 44 que señala que ‘cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte’. **Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención”** (negrilla fuera del texto original).*

En el caso concreto del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte ha concluido que las recomendaciones de carácter general formuladas por dicho órgano constituyen criterios relevantes para la interpretación de los derechos a nivel nacional, tal y como lo ilustran múltiples sentencias en las cuales se estudian el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Un primer ejemplo de ello es la sentencia T-596 de 1992, que delimitó el alcance del derecho a la vida en condiciones dignas de los reclusos.<sup>18</sup> En dicha ocasión, la Corte equiparó el estatus de las decisiones del Comité de Derechos Humanos a aquél de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

*“De acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, el contenido de tales reglas mínimas indica, entre otras cosas, que deben existir instalaciones sanitarias suficientes para que cada recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en momento oportuno, en forma aseada y decente”.*<sup>19</sup>

Doce años después, la Corte Constitucional continuaba utilizando la doctrina emitida por el Comité de Derechos Humanos a través de sus recomendaciones generales. Así, por ejemplo, en la sentencia T-741 de 2004, la Corte acudió a esta doctrina para delimitar el contenido de la garantía constitucional que prohíbe los

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Ver también, del mismo año, la sentencia T-597 de 1992, en la cual la Corte empleó las recomendaciones del Comité para delimitar el alcance del derecho al debido proceso. Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>19</sup> *Id.*

tratos crueles e inhumanos. En particular, refiriéndose a la Observación General número 20 de 1992 del Comité, la Corte afirmó: “*algunos organismos y tribunales internacionales de derechos humanos han adoptado decisiones y pronunciamientos que contribuyen a delimitar en forma más precisa el ámbito de aplicación de esta prohibición, por lo cual **son relevantes** para la resolución del caso bajo examen*”<sup>20</sup> (negrilla fuera del texto original). Igualmente, tomando en consideración las recomendaciones del Comité, la Corte delimitó nuevamente la obligación especial del Estado frente a los reclusos en las sentencias T-851 y T-1096 de 2004.<sup>21</sup>

Pero la Corte Constitucional también ha reconocido que, en algunos casos, la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos puede considerarse criterio vinculante y no sólo relevante de interpretación de los derechos. Así lo hizo en una importante sentencia sobre el derecho a la libertad de opinión, en la cual la Corte delimitó el alcance del derecho en cuestión a la luz de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos. En esta sentencia, la Corte consideró que las interpretaciones del PIDCP hechas por dicho órgano en materia de libertad de expresión forman parte del bloque de constitucionalidad al respecto, lo cual equivale a considerar que las mismas constituían un criterio vinculantes d para el caso concreto. Al respecto, la Corte estableció:

*“(...) Ha de entenderse que, **para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales(...)junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y [el] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**”* (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, es posible concluir que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, las decisiones de los organismos internacionales cuasijurisdiccionales o de monitoreo de tratados son al menos un criterio relevante de interpretación, y en algunas ocasiones pueden incluso considerarse vinculantes o bien porque implican un cambio del bloque de constitucionalidad, o bien porque constituyen una orden de aplicación directa. Esta jurisprudencia es enteramente aplicable a las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que por lo general han sido consideradas criterio hermenéutico

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencias T-851 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1096 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

relevante<sup>22</sup>, pero que en ciertas ocasiones han sido consideradas pauta vinculante por el hecho de formar parte del bloque de constitucionalidad.

A la luz de lo anterior, resulta pertinente preguntarse en cuál de esas situaciones se enmarca el reciente dictamen del Comité de Derechos Humanos contra el Estado colombiano, cuyo contenido pasamos a explicar para luego detenernos a analizar su fuerza jurídica.

## **ii) El caso *X contra Colombia***

En decisión del 14 de mayo de 2007, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió el caso presentado por un ciudadano colombiano (X) quien alegaba ser víctima de la violación por parte del Estado colombiano de varios artículos del PIDCP, entre ellos, el artículo 26. Este ciudadano dependía económicamente de su compañero del mismo sexo, fallecido tras 22 años de relación y 7 de convivencia. Tras la muerte de su compañero, el 27 de julio de 1993 X presentó una solicitud de sustitución pensional. El 19 de abril de 1995, esta solicitud le fue denegada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, alegando que la ley no permitía otorgar la sustitución pensional a parejas del mismo sexo.

Dicha decisión fue avalada en sede de tutela tanto en primera como en segunda instancia. Asimismo, la Defensoría del Pueblo se negó a pedir a la Corte Constitucional la revisión de la tutela, a pesar de que el actor así se lo solicitó, argumentando que *“a los homosexuales, por ausencia de normatividad legal expresa, no se les permitía ejercer derechos reconocidos a los heterosexuales, por ejemplo, celebrar contrato de matrimonio o invocar la sustitución pensional de su compañero supérstite”*. Finalmente, la tutela tampoco fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión. En el año 2000, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca rechazó una demanda presentada por el actor, y la decisión fue confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado, por razones similares a las antes esgrimidas.

Como se puede apreciar, el argumento que justificaba la negativa por parte de las diferentes instituciones nacionales era la inexistencia de un régimen de protección legal en materia pensional para parejas del mismo sexo.

Considerando agotados los recursos internos, el actor acudió ante el Comité de Derechos Humanos, alegando – entre otras – la violación del artículo 26 del

---

<sup>22</sup> Para sentencias que reconocen el valor interpretativo de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-602 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-907 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

PIDCP. En su concepto, “*el Estado Parte, a través de la decisión del Fondo de Prestaciones y posteriormente con las múltiples acciones judiciales tuvo la oportunidad de evitar la discriminación basada en el sexo y orientación sexual pero no lo hizo*”. Y alegó, “*es deber el Estado solucionar las situaciones de desventaja de sus habitantes, pero en su caso por el contrario, el Estado las ha agravado haciéndole más vulnerable frente a las difíciles situaciones sociales que vive el país*”.

Frente a los argumentos expuestos por el actor y por la defensa del Estado colombiano, el Comité concluyó que el Estado no había presentado (a) ningún argumento razonable y objetivo que justificara la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, como tampoco (b) ninguna prueba que revelara la existencia de factores que pudieran justificar la distinción. Así, según dijo:

*“El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción”* (negrilla fuera del texto original).

Por esas dos razones, el Comité indicó que el Estado parte había violado el artículo 26 del Pacto, en la medida en que había denegado al actor el derecho a la pensión de su compañero permanente sobre la base de su orientación sexual. Por lo tanto, estableció que el actor, como víctima de una violación del artículo 26, “*tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual*”. Y a renglón seguido señaló que “*el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro*” (negrilla fuera del texto original). Por último, y teniendo en cuenta que Colombia es parte del Protocolo Facultativo, en el cual se reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto, el Comité señaló que deseaba recibir de parte del Estado información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a su decisión, en el término de noventa días.

Tal y como lo señala el Comité dentro del examen de fondo de la comunicación presentada por el ciudadano X, su doctrina en materia de prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual se concreta en dos criterios. En primer lugar, el Comité ha establecido que la prohibición de la discriminación contenida en el artículo 26 del Pacto “*incluye también la discriminación basada en la orientación sexual*”. En segundo lugar, recuerda el Comité que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas

heterosexuales no casadas son razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión pueden escoger si contraen o no matrimonio, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

En ese orden de ideas, aplicando las dos reglas al caso concreto, el Comité concluye que, dado que el actor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales no casadas para efectos de acceder a los beneficios del régimen de seguridad social resulta discriminatoria. Para el Comité es claro, tal y como lo confirman sus decisiones de los últimos años en la materia<sup>23</sup>, que todas las parejas, independientemente del sexo de sus miembros, son iguales y tienen derecho a la misma protección en lo que respecta a las prestaciones positivas, como es el caso de la seguridad social.

Esta decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* resulta consistente con los más recientes avances de la jurisprudencia constitucional en lo que se refiere al respeto de la libre opción sexual y al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. Más aún, cabe anotar que estos avances de la jurisprudencia nacional han acudido explícitamente a la doctrina del Comité como criterio relevante de interpretación. De hecho, en la sentencia C-075 de 2007, en la cual se reconocen los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, se emplean dos decisiones de ese órgano<sup>24</sup> como criterios de interpretación de los derechos constitucionales de este grupo poblacional. Afirma la Corte:

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

(...)

*Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre*

---

<sup>23</sup> Ver Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Young contra Australia*, 2003, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C78/D941/2000; Toonen *contra* Australia Comunicación n°. 488/1992, 31 de marzo de 1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

<sup>24</sup> *Id.*

*parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulte pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría ‘orientación sexual’, la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto”<sup>25</sup> (negrilla fuera del texto original).*

En suma, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte incorporó la doctrina del Comité sobre parejas del mismo sexo como un criterio hermenéutico relevante. En esa medida, el dictamen *X contra Colombia* debería ser considerado al menos como criterio hermenéutico relevante, sino como criterio vinculante, al momento de definir el contenido y alcance de los derechos allí analizados. Más aún, este dictamen podría incluso ser considerado como una orden de obligatoria aplicación por todas las autoridades estatales.

### **iiii) *X contra Colombia* es al menos un criterio hermenéutico relevante**

De conformidad con lo dicho en las dos secciones anteriores, la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* debería ser considerada por la Corte Constitucional como criterio hermenéutico relevante a la hora de definir el contenido y alcance de los derechos puestos a su consideración a través de la presente demanda, al menos por dos razones.

En primer lugar, la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* debería ser considerada al menos como criterio hermenéutico relevante pues, tal y como se mencionó en la primera sección de este acápite de la demanda, la jurisprudencia constitucional sobre la materia ha reconocido reiteradamente que las decisiones de los órganos internacionales de monitoreo de tratados en general, y del Comité de Derechos Humanos en particular, tienen, por lo menos, el valor de criterios hermenéuticos relevantes al momento de interpretar los derechos constitucionales, sino es que se consideran criterios vinculantes.

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



En segundo lugar, la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* debería ser considerada al menos como criterio hermenéutico relevante, ya que la jurisprudencia constitucional que recientemente ha definido el contenido y el alcance de los derechos de los homosexuales en Colombia ha dado, de hecho, aplicación a decisiones del Comité de Derechos Humanos, utilizándolas como criterio hermenéutico relevante. Así, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte utilizó las decisiones del Comité en los casos de *Toonen contra Australia* y *Young contra Australia*, para interpretar el contenido y alcance de los derechos de las parejas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico. En dicha ocasión la Corte estableció:

*“Específicamente se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. **A ese efecto resulte pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**”<sup>26</sup>(Negrilla fuera del texto original)*

El que la Corte Constitucional reconozca a la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *X contra Colombia* el valor de criterio hermenéutico relevante significa que esta decisión debería ser aplicada al presente caso o, en su defecto, el distanciamiento de la misma debería ser justificado de manera amplia y suficiente.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil

Ahora bien, en virtud de la cláusula de favorabilidad o del principio *pro hominem*<sup>27</sup>, la Corte debería optar por aplicar el dictamen del Comité al presente caso, dado dicho dictamen implica una interpretación más favorable a la protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas homosexuales si se la compara con la jurisprudencia sentada hasta la fecha por la Corte en materia de beneficios de seguridad social para las parejas.

En virtud de lo anterior, respetuosamente solicitamos a la Corte Constitucional que, al momento de decidir la presente demanda, acuda a la decisión del Comité de Derechos Humanos *X contra Colombia*, al menos como criterio relevante para interpretar el contenido y el alcance de los derechos sometidos a su consideraciones, sino es que la considera vinculante por las razones que se sugieren a continuación.

#### **iv) Razones que pueden justifican el carácter vinculante de *X contra Colombia***

Con base en las razones antes esgrimidas puede llegarse a la conclusión de que la Corte Constitucional debería aplicar el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso de *X contra Colombia*, en virtud de su valor de criterio hermenéutico relevante y de su mayor favorabilidad para la vigencia de los derechos fundamentales en juego. Ahora bien, existen razones adicionales que permiten sugerir que la Corte debería aplicar dicho dictamen no sólo en tanto que criterio hermenéutico relevante, sino en tanto que decisión de carácter vinculante.

Una primera razón que podría justificar la obligatoriedad de *X contra Colombia* es el hecho que la misma Corte Constitucional haya reconocido que las decisiones de

---

<sup>27</sup> Al precisar el alcance del inciso segundo del artículo 93 de la Carta, la Corte ha derivado de él la regla hermenéutica de favorabilidad o, como la denomina en su propia jurisprudencia, la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos (ver Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Según la Corte, tal cláusula consiste en que no podrán ser invocados como pretexto para restringir o menoscabar un derecho reconocido por el Estado, aquellos tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia que no los reconozcan o que lo hagan en menor grado (Corte Constitucional, sentencias C-406 de 1996; C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero). A contrario sensu, la aplicación de esta cláusula implica también que la legislación interna no podrá ser invocada como pretexto restringir o menoscabar un derecho reconocido uno o más tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia. Esto porque, según la Corte, “(e)l artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos” (Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; ver también Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En nuestro entender, la cláusula de favorabilidad incluye también la posibilidad de que el intérprete escoja y aplique aquella interpretación de los derechos consagrados en la Constitución y los tratados que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

los órganos de monitoreo que implican un cambio de interpretación de los tratados ratificados por Colombia pueden ser consideradas vinculantes y acarrear un cambio en el bloque de constitucionalidad. En efecto, en la sentencia C-1299 de 2005, la Corte Constitucional señaló que hay dos eventos que permiten hablar de un cambio en el contenido normativo del bloque de constitucionalidad: (i) la ratificación de un nuevo tratado, o (ii) la interpretación con autoridad de un tratado ya suscrito que plantee elementos referentes a la situación objeto de evaluación constitucional.<sup>28</sup>

En el caso de la presente demanda, no existe la ratificación de un nuevo tratado, y en esa medida no opera el primer supuesto previsto para el cambio de contenido normativo. Sin embargo, sí opera el segundo supuesto ya que, en concordancia con lo expresado en dicho fallo, existe una interpretación con autoridad del Comité de Derechos Humanos (intérprete autorizado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), conformada por decisiones previas y por el dictamen *X contra Colombia*, en los cuales se establece con claridad que la discriminación por razones de la orientación sexual está prohibida, y que esta prohibición incluye la distinción injustificada entre parejas homosexuales y heterosexuales para efectos de la concesión de beneficios estatales, la cual no puede justificarse con la cuya finalidad de protección de la familia heterosexual.

La conclusión de que las decisiones del Comité de Derechos Humanos en materia de parejas homosexuales pueden ser consideradas vinculantes para el juez constitucional, en la medida en que implican un cambio de la interpretación con autoridad de un tratado y por tanto se encuentran incluidas en el bloque de constitucionalidad, encuentra pleno sustento en el hecho de que, en otras ocasiones, la Corte ha reconocido el valor vinculante a la doctrina de ese Comité. Así sucedió en la sentencia C-481 de 1998, en la cual la Corte incorporó al bloque la doctrina del Comité en los siguientes términos:

*“Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos.*

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1299 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En esta sentencia la Corte se inhibió de decidir de fondo la demanda que solicitaba que la tipificación penal del aborto fuera declarada no ajustada a la Constitución, pues consideró que ésta contenía errores en formulación.

***Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno***<sup>29</sup> (negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, además de poder ser considerada obligatoria por el hecho de implicar, junto con decisiones previas del Comité, un cambio en el bloque de constitucionalidad, la decisión *X contra Colombia* debería ser considerada vinculante para todas las autoridades del Estado por las razones que se indican a continuación, y que se refieren tanto a la naturaleza como al alcance de la decisión.

En primer lugar, *X contra Colombia* no es una recomendación general a los Estados, sino una decisión concreta que involucra específicamente al Estado colombiano. Como tal, a diferencia de las recomendaciones generales formuladas a partir de los informes sometidos periódicamente ante este órgano por cada uno de los Estados parte, a las cuales la Corte reconoce por lo general solamente el valor de criterio hermenéutico relevante, en el caso subexámine estamos ante un dictamen que resuelve un caso individual con base en la competencia otorgada por el Estado al Comité de obrar como órgano cuasi-jurisdiccional en la recepción y solución de solicitudes particulares.<sup>30</sup>

En segundo lugar, deber tenerse en cuenta que el dictamen de *X contra Colombia* contiene dos tipos de decisiones. De un lado, contiene una orden concreta al Estado de cara al actor del reclamo, que consiste en plantear una solución que remedie el daño causado a éste por las decisiones de la administración y de la rama judicial. Y de otro lado, el dictamen contiene una orden general dirigida al Estado, consistente en tomar medidas que aseguren que ningún individuo sea

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero

<sup>30</sup> Para un interesante análisis de los criterios que pueden servir para determinar el carácter vinculante o no de una decisión de un órgano internacional de derechos humanos, ver O'Donnell, *Ob. Cit.*.

víctima del mismo tipo de discriminación perpetrada por el Estado contra X.<sup>31</sup> En este último caso, parecería tratarse de una orden vinculante para todas las autoridades estatales -incluidos evidentemente los jueces, y entre ellos la Corte

---

<sup>31</sup> El Comité de Derechos Humanos ha insistido en la adopción de medidas generales para garantizar los derechos del pacto, incluyendo medidas de carácter judicial y cambios normativos. Además, ha afirmado que la adopción de estas medidas constituye una obligación de carácter inmediato. Este tema ha sido ampliamente desarrollado en la Observación General No. 31 del Comité, según la cual:

“ (...)

**7. El artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas.**

(...)

**13. El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto. (...)**

**14. El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado**

(...)

**17. En general, los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación integrada en el artículo 2 de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación del Pacto. En consecuencia, en casos relativos al Protocolo Facultativo el Comité ha adoptado frecuentemente la práctica de incluir en sus opiniones la necesidad de adoptar medidas, además del recurso de una víctima concreta, para evitar que se repita ese tipo de violación. Esas medidas pueden requerir cambios en las leyes o prácticas del Estado Parte.**

(...)” (negrilla fuera del texto original).

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004) (en adelante Observación General No. 31).

Constitucional-<sup>32</sup>, consistente en que éstas, de manera conjunta y cada una desde su órbita de competencia, tomen las medidas necesarias para modificar las normas existentes dentro del ordenamiento jurídico que permiten que las parejas homosexuales sean excluidas del mínimo de protección que el Comité exige para todas las parejas, sin consideración de su orientación sexual, en materia de seguridad social.

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional en otras oportunidades, “*los dictámenes proferidos por los organismos internacionales deben ser analizados por las autoridades internas con el fin de adoptar las medidas orientadas a corregir las actuaciones que dan lugar a las recomendaciones*”.<sup>33</sup> Por lo tanto, si alguna de ellas se encuentra en una situación que le permita, desde su ámbito de competencia, tomar medidas efectivas que hagan cesar la violación, así debería proceder, de forma tal que el Estado colombiano pueda sostener que ha cumplido

---

<sup>32</sup> En la Observación General No. 31, el Comité recordó que respecto de las obligaciones del Pacto se encuentran vinculadas todos los poderes del Estado:

*“4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. **Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte.** El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, no puede señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte ‘no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado’. Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado (...)”* (negrilla fuera del texto original).

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General No. 31, Ob. Cit.*

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia T-385 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

con el principio de buena fe consagrado en el Tratado Internacional de Viena sobre aplicación de tratados internacionales.<sup>34</sup>

En tercer lugar, podría argumentarse en favor de la obligatoriedad del dictamen *X contra Colombia* para este caso concreto, diciendo que el Comité concluyó allí que el Estado colombiano no sólo violó el PIDCP por impedir al actor el acceso al régimen de seguridad social previsto para las parejas heterosexuales, sino por tener una normatividad que niega a los homosexuales la protección que en materia de seguridad social confiere a las parejas heterosexuales. Esto significa que, en la medida en que el Estado mantenga esta legislación vigente, la violación del PIDCP continuará. Por ello, podría pensarse que el juez constitucional está no sólo facultado sino obligado a impedir que dicha violación se siga produciendo, declarando – tal y como lo solicitan los demandantes en este caso – que la normatividad en materia de seguridad social que excluye a las parejas homosexuales de los beneficios concedidos a las parejas heterosexuales es inconstitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido que sus decisiones constituyen un mecanismo legítimo para proteger los derechos de los ciudadanos reconocidos en los pactos de derechos humanos. Al respecto, ha afirmado que

*“la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, **las sentencias de los jueces** -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- **deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos**. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos”<sup>35</sup>* (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha resaltado la labor del poder judicial en la garantía y eficacia de los derechos contenidos en el PIDCP diciendo:

---

<sup>34</sup> En la Observación General No. 31, el Comité de Derechos Humanos recordó la obligación de cumplir de buena fe el tratado, diciendo:

*“3. El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). **En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe**”* (negrilla fuera del texto original)

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*“El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional”*<sup>36</sup> (negrilla fuera del texto original).

En cuarto lugar, también sería un argumento a favor del carácter vinculante de la decisión del Comité en el caso *X contra Colombia* para este caso concreto el hecho de que el problema jurídico planteado en la presente demanda es idéntico a aquél estudiado por el Comité. Por ende, podría pensarse que este caso debería ser resuelto de conformidad con la decisión adoptada por el Comité, con el fin de respetar el PIDCP del cual el Comité es el intérprete autorizado. Esta identidad de problemas jurídicos salta a la vista si se tiene en cuenta que lo que se solicita a la Corte mediante la presente demanda contra algunas normas de la Ley 100 de 1993 es que se responda la siguiente pregunta, que también fue respondida por el Comité de Derechos Humanos en el caso X contra Colombia: ¿Vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación el hecho que las parejas del mismo sexo no tengan la posibilidad de acceder como beneficiarios de sus parejas al sistema de seguridad social, cuando las parejas heterosexuales sí gozan de este derecho, en virtud de la legislación nacional sobre la materia?

En quinto y último lugar, la cláusula de favorabilidad o el principio *pro hominem*<sup>37</sup> también constituiría una razón para defender la obligatoriedad de la decisión del Comité, dado que, como se mencionó anteriormente, dicha decisión implica una interpretación más favorable a la protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas homosexuales si se la compara con la jurisprudencia sentada hasta la fecha por la Corte en materia de beneficios de seguridad social para las parejas.

En conclusión, de conformidad con las razones anteriormente expuestas, podría pensarse que la decisión del Comité de Derechos Humanos *X contra Colombia* no es solamente un criterio hermenéutico relevante, sino que resulta vinculante, tanto porque ha cambiado el contenido del bloque de constitucionalidad, como porque puede ser concebida como una orden de obligatorio cumplimiento y aplicación directa para todas las autoridades del Estado colombiano, incluida la Corte Constitucional. En caso de que la Corte Constitucional esté de acuerdo con esta conclusión, respetuosamente le solicitamos que se sirva aplicar la decisión del Comité al presente caso, pero reiteramos que incluso si la Corte considera que la misma no es vinculante, en todo caso debería aplicarla como criterio hermenéutico relevante.

---

<sup>36</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, Ob. Cit.*

<sup>37</sup> Ver, al respecto, nota al pie No. 28, *Ob. Cit.*



### **C. Violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 13 de la CP)**

En esta sección de la demanda argumentaremos que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen de protección en materia de seguridad social consagrado en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993 para las parejas heterosexuales es violatoria del artículo 13 de la Constitución. En efecto, dicha exclusión está fundada en la orientación sexual de las personas que componen dichas parejas, y niega el hecho de que las parejas homosexuales tienen necesidades análogas de protección que las parejas heterosexuales en lo que se refiere a la seguridad social. Para desarrollar este argumento, en primer lugar señalaremos y objetaremos las razones que se han esgrimido para sustentar la diferencia de trato de estas parejas, a pesar de que la misma se basa en el criterio sospechoso de la libre opción sexual. En segundo lugar, siguiendo el precedente establecido en la sentencia C-075 de 2007, aplicaremos un test estricto de proporcionalidad a las normas acusadas, que procede cuando se utilizan criterios sospechosos para establecer diferencias de trato y cuando, por ende, el juez constitucional debe aplicar un control constitucional estricto. Con base en los resultados del test terminaremos concluyendo que la distinción entre parejas heterosexuales y homosexuales en lo que se refiere a los beneficios propios de la seguridad social constituye una afectación desproporcionada y por ende inconstitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

#### **i) Justificaciones de la diferencia de trato de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales**

Como se mencionó en la sección A de esta demanda, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aunque las parejas homosexuales pueden tener requerimientos análogos a los de las parejas heterosexuales, ello no es razón suficiente para que sea obligatorio aplicar a aquéllas los mismos instrumentos normativos de protección que se aplican a éstas. La Corte ha explicado esta conclusión argumentando que, en virtud del principio democrático, es el legislador el llamado a determinar el grado de protección que se brinda a los diferentes grupos de la sociedad. Además, según lo ha dicho la Corte, no parece razonable exigir a la ley que solucione simultáneamente todas las injusticias o carencias de protección, máxime tratándose de aquéllas que implican prestaciones y que requieren de planeación y disponibilidad presupuestal. En desarrollo de estas ideas, la Corte Constitucional ha justificado la diferencia de trato de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales contenida en normas

como las acusadas, a través de dos argumentos fundamentales, que a continuación exponemos y objetamos.

El primer obstáculo que enfrenta el cargo de igualdad consiste en que, como el caso versa sobre la extensión de un derecho de carácter social al grupo poblacional constituido por las parejas del mismo sexo, las normas acusadas pueden ser justificadas con base en el principio de progresividad –admitido por la Corte Constitucional–, según el cual el Estado no tiene la obligación de garantizar todo el contenido de los derechos sociales, económicos y culturales de manera inmediata, sino que debe desplegar las acciones posibles para alcanzar progresivamente su realización plena, sin retroceder en las garantías de protección ya logradas. Sin embargo, el contrargumento contenido en esta demanda es que, si bien el principio de progresividad puede guiar la actuación del Estado en lo que se refiere a la satisfacción de los derechos sociales, éste no puede ser aplicado con base en criterios discriminatorios. Y es ello lo que sucede cuando, como ocurre en El primer argumento de la Corte ha sido que, siempre que la satisfacción de derechos implique prestaciones y requiera de planeación y disponibilidad presupuestal, como por lo general sucede en materia de derechos sociales, económicos y culturales, debe aplicarse el principio de progresividad, según el cual el Estado no tiene la obligación de garantizar todo el contenido de los derechos de manera inmediata, sino que debe llevar a cabo todas las acciones que se encuentran dentro de sus capacidades para alcanzar progresivamente su realización plena, y tiene el deber de no retroceder en las garantías de protección ya logradas. Desde esta perspectiva, a primera vista parecería comprensible entonces que, como muchos colombianos y colombianas, las parejas homosexuales no tengan aún un régimen de protección en materia de seguridad social que garantice su cobertura, pues podría afirmarse que el Estado desarrollará estrategias para incorporar progresivamente a todos los nacionales al régimen de seguridad social y, por ello, mal haría la Corte en brindar privilegios a un grupo determinado si hay otro buen número de ciudadanos que se encuentra en la misma situación.

Éste ha sido un argumento utilizado de manera recurrente por la Corte Constitucional en diversos fallos sobre seguridad social y derechos de los homosexuales. Alegando que la cobertura universal de la seguridad social es un objetivo estatal que no puede alcanzarse de manera inmediata sino que requiere de su ejecución progresiva, la Corte ha justificado la ausencia de un régimen de protección para las parejas homosexuales análogo a aquél previsto para las parejas heterosexuales, explicando que la protección de estas últimas deriva del objetivo del sistema de seguridad social de proteger a las familias.<sup>38</sup> Así, según la Corte, el

---

<sup>38</sup> Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Estado ha privilegiado a la familia como la primera beneficiaria de la garantía progresiva de cobertura en seguridad social, y luego procederá a ampliar dicha cobertura a otros grupos de la sociedad. La extensión de la protección de seguridad social a las parejas homosexuales es, pues, una tarea que compete al legislador, respecto de la cual éste tiene discrecionalidad para decidir cómo y cuándo la lleva a cabo.<sup>39</sup>

Ahora bien, el problema intrínseco a una argumentación como la anterior es que la progresividad no puede, en ningún caso, tener justificación en criterios discriminatorios, pues la obligación de no discriminar en el acceso a los derechos es de carácter inmediato.<sup>40</sup> Esto significa que en la realización progresiva de los derechos sociales –como los derechos a la seguridad social y a la salud–, no puede excluirse a grupos sociales que presentan necesidades análogas a aquéllos que sí se incluyen, con el argumento de que su inclusión vendrá con posterioridad. La prohibición de discriminación es, pues, un límite a la discrecionalidad del legislador para decidir cómo y cuándo protege a un determinado grupo social, cuyo incumplimiento puede ser revisado por el juez constitucional que, en palabras de la Corte, tiene el deber de determinar “*si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido*”.<sup>41</sup>

En el tema que interesa a esta demanda, esto significa que, aunque corresponde al legislador ir configurando los niveles de protección de los homosexuales, es necesario analizar si la diferencia de protección en materia de seguridad de las parejas heterosexuales con respecto a las parejas homosexuales es o no discriminatoria. Respecto de este punto, lo primero que hay que decir es que, de acuerdo con la Constitución y el bloque de constitucionalidad en la materia, el criterio diferenciador del sexo, que incluye el de la orientación sexual, es considerado sospechoso. Tal como lo recuerda la sentencia C-075 de 2007 y como

---

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Distintos tratados de derechos humanos señalan que el derecho a la no discriminación (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2º y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2, numeral 2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 24; Protocolo de San Salvador, artículo 3º, entre otros) impone a los Estados obligaciones de *efecto inmediato*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido más allá, pues ha señalado que “*el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no-discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico*”, motivo por el cual “*acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares*”(negrilla fuera del texto original). Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18. 101 y 110.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, citada en la sentencia C-075/07 MP Rodrigo Escobar Gil.

lo expusimos en el acápite anterior, así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la ONU en decisiones tales como *Toonen contra Australia* y *Young contra Australia*, e igualmente en la más reciente decisión *X contra Colombia*, en todas las cuales ha sostenido que la diferencia de trato en materia de seguridad social basada en la orientación sexual debe justificarse con argumentos razonables y objetivos, en cuya ausencia se configura una violación del Pacto.<sup>42</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional también ha reconocido que la orientación sexual es un criterio sospechoso de diferenciación. Difícilmente puede sustentarse un trato diferente a los homosexuales que no atente contra la Constitución, puesto que se trata de un rasgo de las personas, protegido en el marco del pluralismo y el libre desarrollo de su personalidad, pero que, históricamente, ha sido empleado para excluirlos y discriminarlos.<sup>43</sup> De ahí que, cuando exista una diferencia de trato por razón de la opción sexual, ésta deba presumirse inconstitucional, presunción que sólo puede desvirtuarse si se demuestra que la medida diferenciadora busca alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, es necesaria para cumplir con ese objetivo y es proporcionada. Esto significa que, siempre que se esté en presencia de una medida que otorgue un tratamiento distinto en razón de la orientación sexual, el juez constitucional deberá realizar un control constitucional estricto, tal y como el que se solicita a la Corte realizar en el siguiente apartado.

El segundo argumento que ha utilizado la jurisprudencia constitucional para justificar la diferencia de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales, y que está relacionado con el principio de progresividad, consiste en afirmar que corresponde al legislador ponderar los factores demográficos, económicos y sociales para determinar quiénes son las personas que necesitan con mayor urgencia la cobertura en materia de seguridad social. Este argumento se basa en una de las razones que justifica la competencia del legislador en materia de seguridad social, cual es la ponderación de factores económicos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y priorizar los recursos escasos para las poblaciones más pobres y vulnerables. Además, la preocupación que subyace a este argumento es que el costo de autorizar la afiliación de las parejas del mismo sexo podría tardar el cubrimiento de grupos y personas pobres y vulnerables.

---

<sup>42</sup> Ver Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Toonen contra Australia*, *Ob. Cit.*; *Young contra Australia*, *Ob. Cit.*; *X contra Colombia*, *Ob. Cit.*

<sup>43</sup> Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

A pesar de que la anterior preocupación es legítima, la misma carece de sustento técnico, pues, como lo han demostrado diversos estudios económicos<sup>44</sup>, el costo de la extensión del régimen de protección de las parejas a los homosexuales no afecta la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, ya que los recursos necesarios para lograrlo son mínimos, razonables y obedecen a la necesidad de hacer un arreglo estructural del sistema que se articuló en torno a un criterio discriminatorio. La mejor prueba de ello es que el propio Ministerio de Hacienda dio aval a esta medida en el trámite del último proyecto de ley que pretendía reconocer el derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo.<sup>45</sup> A continuación se explica brevemente por qué esta medida no afecta el presupuesto de la seguridad social y por tanto no afectará los recursos necesarios para atender a la población pobre y vulnerable.

De un lado, la aplicación de esta medida no tiene efectos sobre las condiciones actuales de afiliación obligatoria en materia de salud; por lo tanto, las personas homosexuales que están actualmente empleadas deberán seguir afiliadas al sistema de seguridad social de manera individual, sin importar que tengan o no un compañero. Por ende, en principio, la extensión de la posibilidad de afiliación de la pareja a las personas homosexuales tendría únicamente efectos para las personas no afiliadas, o para aquéllas afiliadas al régimen subsidiado que decidieran trasladarse al sistema contributivo como beneficiarias de su pareja afiliada. Se estima que el costo de esta medida alcanzaría la suma de \$15.339 millones de pesos anuales cinco años después de su aprobación, lo cual representa apenas el 0,14% de los costos totales del sistema de seguridad social y el 0,005% del producto interno bruto (PIB) del país.<sup>46</sup> A estas cifras habría que adicionar aquellos casos de personas homosexuales actualmente afiliadas al sistema, pero que eventualmente pudieran quedar desempleadas, y que podrían ser inscritas como beneficiarias de su pareja. Si bien es imposible calcular el costo que estos

---

<sup>44</sup> Colombia Diversa. 2007. *Análisis de los costos potenciales de la extensión de la afiliación de parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social*, disponible en: [www.colombiadiversa.org](http://www.colombiadiversa.org).

<sup>45</sup> Proyecto de ley No. 130 de 2005 Senado, 152 de 2006 Cámara.

<sup>46</sup> Estos datos son tomados de un estudio realizado recientemente por Colombia Diversa y titulado *Análisis de los costos potenciales de la extensión de la afiliación de parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social*, Ob. Cit. Los costos estimados son aproximaciones matemáticas que utilizan promedios internacionalmente reconocidos de prevalencia de la homosexualidad masculina y femenina y asumen no sólo que estos grupos de población conviven en parejas en un porcentaje importante, sino también que están dispuestos a reconocerlo formalmente ante el sistema de seguridad social, considerando además que dicha formalización se dará de manera paulatina hasta alcanzar un máximo probable cinco años después de la aprobación de la medida. Es pertinente anotar aquí que los cálculos efectuados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que resultaron en el aval que éste le dio al último proyecto de ley sobre derechos de las parejas del mismo sexo por considerarlo viable y sostenible financieramente en el largo plazo, no demuestran diferencias significativas con el estudio realizado por Colombia Diversa, a pesar de que los primeros utilizaron un enfoque retrospectivo y el segundo un método prospectivo.

casos podrían generar, es razonable concluir que el mismo sería mínimo, dado que su generación dependería de que personas actualmente empleadas quedaran desempleadas y, como tal dependería del aumento en las tasas de desempleo.

De otro lado, la extensión de los beneficios de seguridad de las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales no generaría mayores costos adicionales en lo que se refiere a la figura de la sustitución pensional. Esto porque el efecto de extender esta figura a las parejas del mismo sexo consistiría simplemente en modificar el orden de los beneficiarios de la persona afiliada. Así, mientras que en la actualidad la pensión de sobrevivientes de personas homosexuales es recibida por sus padres, en defecto de lo cual no hay lugar a la sustitución, de ser admitida la posibilidad de incluir como beneficiario a su pareja del mismo sexo, sería ésta la primera beneficiaria. Se estima que la suma de los valores actuales de las rentas vitalicias generadas como consecuencia de la aplicación de esta medida alcanzaría \$6.935 millones de pesos en el quinto año, lo cual representa el 0,002% del Producto Interno Bruto del país.<sup>47</sup>

Los anteriores datos demuestran que la población pobre y vulnerable no se vería afectada por la extensión de los beneficios de seguridad social a las parejas homosexuales, pues ésta tendría unos costos mínimos. En cambio, resulta importante considerar que mantener el tratamiento diferenciado de estas parejas puede resultar altamente costoso para el Estado, ya que permitiría que órganos internacionales como el Comité de Derechos Humanos continuaran produciendo pronunciamientos condenatorios en su contra, y ordenándole el pago de indemnizaciones a las víctimas.<sup>48</sup> Por ende, el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales en esta materia no encuentra justificación alguna en el costo que tendría una medida tendiente a erradicarlo, lo que nos conduce de nuevo a afirmar que dicho tratamiento se basa en un criterio sospechoso de diferenciación, al cual debe aplicarse un control constitucional estricto.

---

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Es difícil cuantificar en este caso el costo económico resultante de la violación de derechos fundamentales por el Estado, que sea consecuencia de pronunciamientos condenatorios de órganos internacionales de monitoreo por violación del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales en relación con la seguridad social. Sin embargo, los cálculos que pueden hacerse frente a un caso concreto como *X contra Colombia* pueden dar algunas pistas sobre la dimensión de ese costo para un solo caso concreto. Frente a este caso es posible concluir que el Estado colombiano no sólo deberá reconocer al actor la pensión de sobreviviente de su compañero difunto, sino que deberá otorgarle una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, indemnización que, según el apoderado del actor, ascendería a 150 millones de pesos en los términos de la ley 288 de 1996. Ver las declaraciones hechas por el abogado Germán Rincón al diario *El Tiempo*, en la edición de 19 de Junio de 2007.

## **ii) Aplicación del test estricto de proporcionalidad al tratamiento distinto de las parejas homosexuales en materia de seguridad social.**

Como se afirmó en la sección A de esta demanda, antes de la sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional sólo aplicaba un control constitucional estricto a los casos de tratamiento distinto de los homosexuales en tanto que individuos, mas no en tanto que parejas, pues asumía que la libre opción sexual formaba parte del ámbito íntimo de los individuos. Sin embargo, a partir de este nuevo pronunciamiento de la Corte, es menester concluir que todo trato diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales también es merecedor de un control constitucional estricto, pues en dicho fallo la Corte admitió que la libre opción sexual se ejercita y tiene efectos en el ámbito de la vida en relación. El control constitucional estricto implica en estos casos la aplicación de un test estricto de proporcionalidad.

En el caso que nos ocupa, el test estricto de proporcionalidad debe aplicarse al tratamiento distinto que, en virtud de las normas acusadas, reciben las parejas homosexuales en materia de seguridad social, por el hecho de que, a diferencia de lo que sucede con las parejas heterosexuales, este régimen no reconoce ni le otorga efectos a sus uniones y, por ende, contiene un vacío de regulación que impide que los homosexuales puedan afiliarse como beneficiarios al régimen de seguridad social en su condición de parejas. Para superar el test estricto de proporcionalidad, las normas acusadas tendrían que cumplir con las siguientes condiciones: (i) pretender alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, (ii) ser necesarias para cumplir con ese objetivo y (iii) ser proporcionadas.

En cuanto al primer requisito, el objetivo del tratamiento diferenciado de parejas heterosexuales y homosexuales en materia de la protección brindada por el régimen de seguridad social es, como lo ha invocado en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional, la protección especial de la familia -interpretada ésta en el sentido de que se encuentra constituida por parejas heterosexuales.<sup>49</sup> Ahora bien, no es de ninguna manera claro que éste constituya un objetivo constitucionalmente imperioso, pues se trata de un objetivo abstracto y difícilmente aprehensible, que no constituye un argumento razonable ni objetivo para mantener en el ordenamiento jurídico una norma discriminatoria en contra de las parejas homosexuales.

---

<sup>49</sup> Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así lo sostuvo explícitamente la Corte Europea de Derechos Humanos en la sentencia *Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*.<sup>50</sup> Más aún, a esa conclusión puede llegarse al analizar la doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que en sus diversos pronunciamientos sobre esta materia nunca ha considerado que la protección de la familia sea un argumento razonable y objetivo que justifique el trato diferenciado de las parejas homosexuales en material de seguridad social. En el caso particular de *X contra Colombia*, a pesar que, durante su desarrollo ante el Comité, diversas autoridades del Estado colombiano sostuvieron que la protección de la familia –junto con la ausencia de regulación relativa a parejas homosexuales- justificaba la negación de la sustitución pensional al integrante de la pareja del mismo sexo<sup>51</sup>, la condena del Estado colombiano demuestra que dicho argumento no fue considerado razonable y objetivo por el Comité.

Por lo demás, existen razones para pensar que la protección de la familia monogámica y heterosexual no es el único objetivo del sistema de beneficiarios

---

<sup>50</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*, 1999, No. 176, 33290/96. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la normatividad portuguesa que impedía las visitas de su hija a un padre biológico convivía con una pareja del mismo sexo vulneraba la Convención Europea, y no podía justificarse en virtud del objetivo de protección del interés superior de la familia. En el mismo sentido, en el caso *Karner vs. Austria*, 2004, No. 40016/98, la Corte Europea analizó el derecho de las parejas homosexuales con años de convivencia a no sufrir discriminación en la sucesión de los derechos de alquiler. En este caso, el miembro sobreviviente de una pareja homosexual que había convivido durante cinco años con ella solicitó subrogarse en la posición de inquilino que su pareja fallecida había ostentado en el apartamento que compartían. La ley de arrendamiento de este país lo impedía, debido a que definía al compañero de vida como “*la persona que (...) haya residido en la vivienda con el inquilino anterior hasta la muerte de este último, durante un periodo mínimo de tres años, compartiendo la vivienda en virtud de una relación económica similar a la del matrimonio*”, y esta ley había sido interpretada por el Tribunal Supremo de Austria en el sentido de que la misma no incluía a las parejas homosexuales. El Estado Austriaco argumentó que el objetivo de la ley era proteger “*la unidad familiar tradicional*” y que, por tanto, únicamente debía proteger a las parejas heterosexuales. La Corte Europea de Derechos Humanos aceptó que “*la protección de la familia en el sentido tradicional era, en principio, una razón importante y legítima que podría justificar una diferencia en el tratamiento*”. Sin embargo, el Tribunal no encontró ninguna relación entre prohibir a las parejas homosexuales disfrutar de los mismos derechos a las garantías económicas proporcionadas por el Estado y el objeto abstracto de fortalecer la familia “tradicional”. Por lo tanto, el Estado no presentó ningún argumento objetivo y razonable para sustentar esta distinción, y determinó que Austria vulneró el derecho a la igualdad del actor.

<sup>51</sup> Tanto la Defensoría del Pueblo como los jueces de tutela –el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado- acudieron a este argumento. Así, según lo relatado en el dictamen:

*“El autor presentó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el cual el 12 de junio de 2000, negó la demanda, basándose en la no existencia de un reconocimiento constitucional o legal para las uniones homosexuales como núcleo integrador de familia. El autor presentó recurso de apelación que fue decidido en el Consejo de Estado el 19 de julio de 2000, confirmando la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo, argumentando que, en virtud de la Constitución ‘la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (...) de un hombre y una mujer’*”

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *X contra Colombia*, Ob. Cit.



de la seguridad social, sino que existen otros que se verían vulnerados por un tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales. De hecho, el sistema de seguridad social no se organiza de forma exclusiva ni excluyente en torno a dicho concepto de familia. Algunos ejemplos de la propia legislación en esta materia demuestran que el legislador tiene en cuenta otros objetivos para la articulación del sistema de seguridad social. El ejemplo más ilustrativo de ello es la pensión compartida entre el(la) esposo(a) y el(la) compañero(a) permanente, que opera en aquellos casos en los que quien falleció mantuvo vigente el vínculo conyugal con el(la) primero(a) pero hubo una relación de convivencia con el(la) segundo(a).<sup>52</sup> En estos casos, además de la definición tradicional de familia, el legislador tiene en cuenta otros factores para determinar el objetivo de la protección, que son precisamente aquellos que se presentan también en las parejas homosexuales, a saber: la convivencia permanente y responsable, el apoyo afectivo y la contribución a un proyecto de vida común. Con este ejemplo, extraído de nuestra propia legislación, se pone claramente en evidencia que la protección de la familia monogámica y heterosexual no constituye el único criterio para la definición del sistema de beneficiarios en materia de seguridad social y, en tal sentido, mal puede señalarse que dicha protección constituya un objetivo constitucional imperioso en virtud del cual se justifique la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios en materia de seguridad social. En efecto, esta exclusión puede vulnerar otro de los objetivos constitucionales buscados por el sistema de seguridad social, como puede serlo la protección de las parejas estables que crean entre sí una comunidad de vida y apoyo mutuo.

Debe recordarse, adicionalmente, que la seguridad social no está limitada a ninguna organización social; es un derecho universal. El uso del concepto de familia se hace con el objetivo de proteger a los individuos, y es un instrumento ordenador que facilita la cobertura. Por ello, el hecho de que la ley 100 de 1993 se refiera al concepto de familia no significa que la ley pretenda definir o redefinir dicha institución jurídica, ni tampoco complementar o modificar el derecho de familia. Más aún, la familia no es el único principio ordenador de acceso y permanencia del sistema de seguridad social. La ley 100 utiliza también otros conceptos como instrumentos ordenadores, tales como el de trabajadores o

---

<sup>52</sup> El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 que definen los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, dispone:

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

empleadores, o el de compañeros permanentes. El uso de estas instituciones jurídicas por la ley 100 es simplemente instrumental: son medios elegidos por el legislador para ampliar la cobertura del sistema de salud, cumpliendo así con el principio constitucional de universalidad. Ello no significa sin embargo que su empleo tenga el propósito de modificar dichas instituciones o sus efectos.

Sumadas al ejemplo de la pensión compartida, brevemente recordaremos otras disposiciones del sistema que demuestran que el legislador y las autoridades administrativas no siempre atienden al concepto de familia como instrumento ordenador para garantizar el acceso a y la cobertura del derecho a la seguridad social, sino que han atendido a otros principios constitucionales y a necesidades distintas de la población para lograr este fin. Así, el artículo 7 del acuerdo 244 de 2003, que establece los criterios de priorización de beneficiarios de subsidios establece en un párrafo la siguiente excepción: *“Los recién nacidos y la población infantil menor de 5 años, prioritaria según lo establecido en el presente artículo, podrán afiliarse sin su grupo familiar”*.

De otro lado, el decreto 806 de 1998 contiene dos ejemplos de que el sistema permite la afiliación de personas que no son miembros de la familia tradicional, atendiendo a las necesidades y vínculos afectivos o civiles de las personas. El primer ejemplo es ofrecido por el artículo 26, literal c de dicho decreto dispone *“en los casos de sustitución pensional o pensión de sobrevivientes deberá afiliarse la persona beneficiaria de dicha sustitución o pensión o el cabeza de los beneficiarios”*, con lo cual se deduce que es posible afiliar al sistema a los curadores y tutores de los beneficiarios, quienes no necesariamente son familiares de éstos. El segundo ejemplo es ofrecido por el artículo 40 del mencionado decreto, en el cual se regula la situación de los llamados cotizantes dependientes. Según esta norma,

*“(c)uando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrá incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Captación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar”*.

Los anteriores ejemplos ilustran entonces que la protección de la familia no es el único ni necesariamente el principal objetivo que buscan las normas de cobertura en seguridad social, ni tampoco el único instrumento ordenador utilizado para cumplir sus finalidades.

En relación con el segundo requisito del test estricto de proporcionalidad, éste no es cumplido por las normas acusadas, pues no parece existir ninguna relación de necesidad entre el objetivo de protección de la familia heterosexual y el tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo en lo que se refiere al

régimen de protección de la seguridad social. En efecto, la protección especial de la familia heterosexual también puede lograrse si se otorga a las personas homosexuales la posibilidad de acceder al régimen de seguridad social en calidad de beneficiarios de sus parejas. No existe una relación directa ni mucho menos causal entre el tratamiento diferenciado y excluyente de las parejas homosexuales en este campo y la protección de las familias heterosexuales. Esta protección de la familia heterosexual por medio de la seguridad social no disminuye ni se afecta si se les permite a las parejas homosexuales ser cubiertas por este mismo régimen. Como tal, la protección especial de la familia heterosexual no puede ser considerada una justificación legítima de la exclusión de las parejas homosexuales de la protección que en materia de seguridad social reciben las parejas heterosexuales. Más aún, la extensión de los beneficios propios de la seguridad social a las parejas del mismo sexo no afecta de ninguna manera la protección especial de la familia, pues ésta es garantizada a través de otras medidas precisamente encaminadas a su consecución, tales como la extensión de la cobertura del POS a los cónyuges, hijos e incluso a los padres del cotizante.

Finalmente, en relación con el tercer y último requisito del test estricto de proporcionalidad, éste tampoco es cumplido por las normas acusadas, pues el tratamiento discriminatorio de las parejas del mismo sexo conduce a una afectación ciertamente desproporcionada de los derechos de las personas homosexuales. En efecto, como se mencionó anteriormente, el supuesto beneficio de proteger especialmente a la familia que se obtendría como resultado de este trato discriminatorio es difícilmente aprehensible y no encuentra un vínculo claro y directo con el trato discriminatorio. En cambio, los costos que se producen como resultado de este trato son sin lugar a dudas tangibles y mayores que aquel beneficio abstracto e impreciso. Estos costos tienen que ver con la severa afectación no sólo de los derechos a la igualdad y la no discriminación aquí desarrollada, sino también de los derechos a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la libre opción sexual de las personas homosexuales en el ámbito de la pareja que será desarrollada en la sección E de esta demanda.

Igualmente, como lo veremos en la siguiente sección, estos costos están relacionados con la severa afectación de los derechos a la seguridad social y a la salud, pues la restricción de afiliación al régimen como beneficiarias de sus parejas impide que las personas homosexuales puedan acceder a servicios básicos de seguridad social en las mismas condiciones que lo hacen las personas heterosexuales. Más aún, teniendo en cuenta que, hasta la fecha, el Estado colombiano no ha garantizado la universalidad del sistema de seguridad social, en muchos casos la exclusión de las personas homosexuales como beneficiarias de sus parejas puede conducir a la total desprotección de los derechos de estas personas a la seguridad social y a la salud, derechos que en algunos casos implican una relación de conexidad con los derechos fundamentales a la dignidad y a la vida.

De esta manera, el actual régimen de seguridad social en el cual las parejas homosexuales tienen un menor nivel de protección está empleando un criterio discriminatorio como fundamento de ese trato diferenciado, pues éste no es ni necesario ni proporcional para alcanzar el objetivo de protección especial de la familia, el cual, por lo demás, no reviste tampoco el carácter de un objetivo constitucionalmente imperioso susceptible de justificar la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del sistema de seguridad social.

Por lo tanto, siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, si bien en principio el legislador goza de discrecionalidad para determinar el régimen de protección que en materia de seguridad social debe ser ofrecido a las parejas homosexuales, y aún cuando este régimen puede ser distinto de aquél ofrecido a las parejas heterosexuales –en razón de las diferencias que, en concepto de la Corte, existen entre esas parejas-, en ausencia de un régimen de protección especial a estas parejas resulta necesario, para evitar su discriminación, extenderles el régimen de protección previsto para las parejas heterosexuales, en razón de que unas parejas y otras tienen necesidades análogas de protección. Así, la discrecionalidad del legislador encuentra un límite en el deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a las parejas homosexuales, que gozan de igual dignidad que las parejas heterosexuales, y por ende no puede conducir a la falta de reconocimiento y a la consecuente desprotección total de las parejas homosexuales en materia de seguridad social.

Sin lugar a dudas, las normas acusadas han trasgredido ese límite, pues no consagran ningún tipo de protección para las parejas homosexuales, por lo cual los apartes subrayados de las mismas deberían ser declarados exequibles condicionadamente en el entendido de que incluyen también a las parejas del mismo sexo o, en su defecto, deberían ser declarados inexecutable.

#### **D. Violación del derecho a la seguridad social (art. 48 de la CP)**

En esta sección de la demanda argumentaremos que, además de ser contrarias al derecho a la igualdad y a la no discriminación, las normas acusadas vulneran el derecho a la seguridad social, pues desconocen los principios constitucionales que lo rigen. En efecto, es cierto que, en virtud del artículo 48 de la Constitución, según el cual la seguridad social es un servicio público que se prestará “*en los términos que establezca la ley*”, el legislador tiene una amplia libertad de

configuración<sup>53</sup> y, en consecuencia, el control constitucional de las normas jurídicas adoptadas en este ámbito resulta restringido. Sin embargo, esta libertad de configuración encuentra un límite en el respeto y garantía de los derechos fundamentales y en los principios constitucionales, incluyendo por supuesto aquéllos a los cuales debe sujetarse la prestación del servicio público de seguridad social. Al respecto ha dicho la Corte:

*“(...) No obstante, la libertad de configuración del legislador en este punto se encuentra limitada por los valores y principios que soportan la noción de Estado Social, y por aquellos que el mismo constituyente ha entendido que deben presidir la organización del referido sistema [de seguridad social], enunciados en el artículo 48 superior”<sup>54</sup> (negrilla fuera del texto original).*

Los principios enunciados en el artículo 48 de la Carta, que rigen el servicio público de seguridad social, son: la universalidad, la eficiencia y la solidaridad. Dado que, en virtud de la libertad de configuración legislativa, al Congreso le corresponde *concretar* estos principios, los mismos constituyen, a un mismo tiempo, límites a la libertad de configuración del legislador, y objeto de desarrollo y concreción de la actividad legislativa. Por esa razón, es preciso distinguir aquellos casos en los cuales las medidas legislativas en materia de seguridad social constituyen una opción para concretar esos principios de aquellos casos en los cuales tales medidas los desconocen. En ese sentido, el legislador puede escoger múltiples alternativas para concretar los principios que rigen el sistema de seguridad social sin que al juez constitucional le sea dable censurarlo por no haber optado por una alternativa que considera mejor; sin embargo, lo que no puede hacer el legislador es adoptar una medida que vaya en contra de dichos principios y, de hacerlo, la intervención del juez constitucional es no sólo permitida sino imperiosa.

En consonancia con lo anterior, en lo que sigue nos ocuparemos de demostrar que la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios consagrados en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993 es inconstitucional, pues desconoce los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad a los cuales debe sujetarse la prestación del servicio público de seguridad social. Empezaremos con el principio de universalidad, el cual a nuestro juicio constituye la columna vertebral alrededor de la cual se articulan los principios restantes.

---

<sup>53</sup> La Corte Constitucional ha sostenido que la libertad del Congreso en esta materia comporta las siguientes facultades: “(i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular los servicios, (iii) autorizar o no la administración del sistema por particulares, (iv) determinar el monto de los aportes, etc.”. Corte Constitucional, sentencia C-967 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>54</sup> *Id.*

### **i) Desconocimiento del principio de universalidad del sistema de seguridad social**

El artículo 2° de la ley 100 de 1993 define el principio de universalidad como “*la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.*” En ese sentido, este principio busca garantizar que todas las personas estén protegidas por igual por el sistema de seguridad social frente a los riesgos inherentes a la condición humana, principalmente la enfermedad y la muerte. Considerando que la garantía de esta protección implica la disposición de gran cantidad de recursos de todo tipo, así como la implementación de una estructura a través de la cual se aseguren los beneficios propios de la seguridad social, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, el principio de universalidad “*se relaciona con la obligación impuesta al Estado y a la sociedad de ampliar **progresivamente** la cobertura del servicio*”<sup>55</sup> (negrilla fuera del texto original), obligación ésta que se encuentra consagrada en el inciso tercero del artículo 48 de la Carta. En efecto, es claro que la cobertura de toda la población no puede lograrse *ipso facto* a partir de la simple consagración constitucional y, en tal sentido, le corresponde al legislador definir los criterios con base en los cuales debe desarrollarse la ampliación progresiva del sistema.

En el campo específico de la salud, el legislador ha previsto tres vías para garantizar el acceso universal al sistema, a saber: (i) la afiliación al régimen contributivo o al subsidiado, (ii) la inclusión en calidad de beneficiario en uno de estos regímenes, o (iii) la inclusión bajo la categoría de participante vinculado. Como puede advertirse, estas vías de acceso reflejan la existencia de dos regímenes: el contributivo, previsto para las personas que tienen capacidad de pago, y el subsidiado, destinado a la protección de los sectores más pobres y vulnerables de la población. También se prevé una tercera modalidad, la vinculación, que, como veremos más adelante, tiene un carácter transitorio dentro del sistema.

En este contexto, ante la imposibilidad de que una persona afilie a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria, surge la pregunta de cuál es entonces el camino para que las personas que tienen una relación homosexual y que dependen económicamente de su pareja puedan acceder al sistema de salud en igualdad de condiciones. En efecto, sólo podrá concluirse que el principio de universalidad es respetado si se establece que estas personas tienen otras formas igualmente idóneas de ser protegidas por el sistema de salud.

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Una primera respuesta a este interrogante es la ofrecida por la Corte Constitucional, según la cual *“la ley no excluye a ninguna persona del acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud, ni discrimina a nadie en razón de su orientación sexual, ya que todos reciben los servicios que el Sistema ofrece a través de alguno de los regímenes señalados (contributivo, subsidiado o como vinculados, estos últimos mientras logran su afiliación)”*<sup>56</sup> (negrilla fuera del texto original). Con base en este razonamiento, en un fallo de tutela reciente, la Corte denegó el amparo a un hombre homosexual desempleado y portador de VIH-SIDA, que solicitaba la sustitución pensional de su compañero permanente fallecido, la cual le resultaba necesaria para acceder a los medicamentos y tratamientos que necesitaba. Según la Corte, la imposibilidad del accionante de acceder a la pensión de sobreviviente de su compañero no significaba de manera alguna su desamparo, pues -a pesar de su desempleo y del avanzado estado de su enfermedad- éste podía *“procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales”,* o *“acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual”*.<sup>57</sup>

Es cierto que, tal como lo sostiene la Corte, la ley no establece expresamente que la orientación sexual sea un factor que impida el acceso al sistema de salud, pues, en términos formales, a nadie se le puede negar el servicio de salud por el hecho de ser homosexual y, en principio, las personas homosexuales dependientes económicamente de sus parejas podrían acceder a éste por otras vías. Sin embargo, es necesario ir más allá del análisis formal de la ley y adentrarse en uno de tipo material que implique determinar de qué modo está estructurado el régimen de salud, con el fin de establecer si las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas cuentan con una vía de acceso materialmente idónea al sistema. Como lo veremos a continuación, de un análisis material como ése surge una respuesta negativa, pues ninguna de las vías de acceso al sistema de salud disponibles para estas personas resulta materialmente idónea.

En primer lugar, cabe advertir que la afiliación al régimen contributivo en calidad de cotizante no es una vía idónea de acceso para las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas, pues éstas, como resulta evidente, son consideradas dependientes de sus parejas porque no cuentan con un empleo, ni tienen capacidad de pago para afiliarse como independientes. En tal sentido, a estas personas sólo les quedaría la opción de afiliarse al régimen subsidiado o, en

---

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. La Corte justificó su decisión en el hecho de que la pensión de sobrevivientes es un “instrumento de protección del grupo familiar”.

su defecto, de acceder al sistema en calidad de vinculadas, lo cual conduce a la necesidad de determinar cuáles son los requisitos para gozar de los subsidios del Estado según la normatividad vigente, con el fin de determinar si esta segunda vía de acceso resulta o no idónea para las personas en cuestión.

Al respecto, el artículo 213 de la Ley 100 de 1993, establece:

*“Será beneficiaria del régimen subsidiado toda la población pobre y vulnerable, en los términos del artículo 157 de la presente ley. El Gobierno Nacional, previa recomendación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definirá los criterios generales que deben ser aplicados por las entidades territoriales para definir los beneficiarios del Sistema, según las normas del régimen subsidiado (...)”* (negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, el artículo 29 del Decreto 806 de 1998, por medio del cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud, dispone que será afiliada al régimen subsidiado *“la población pobre y vulnerable que sea identificada como tal, de acuerdo con el sistema definido para tal efecto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”* (negrilla fuera del texto original).

En cumplimiento de las citadas disposiciones, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió un sistema de selección de beneficiarios denominado SISBEN, que comprende un conjunto de reglas y procedimientos que permiten obtener información socioeconómica de los habitantes del territorio nacional y, de ese modo, identificar a la población pobre y vulnerable. Ahora bien, de conformidad con el artículo 94 de la ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias, corresponde al Conpes Social definir los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios del gasto social, lo cual incluye obviamente los criterios para seleccionar los beneficiarios de los subsidios de salud. En virtud de esta facultad legal, el Conpes Social ha expedido los documentos 22 de 1994, 40 de 1997 y 055 de 2001, siendo este último el que contiene las pautas que en la actualidad rigen la aplicación del SISBEN para la identificación de la población pobre y vulnerable.

En dicho documento se definen una serie de variables que determinan el contenido de la encuesta del SISBEN, la cual se compone en la actualidad de 74 preguntas articuladas alrededor de las siguientes áreas: (i) vivienda, en la cual se evalúa su localización (región, tamaño de la cabecera del municipio, estrato socioeconómico, zona de riesgo), sus condiciones (material del piso, ubicación del sanitario, ubicación del agua, número de sanitarios, tenencia de baño con ducha), sus servicios (recolección de basuras, teléfono, tipo de sanitario, combustible con el que cocinan), su equipamiento (número de bienes durables



entre el refrigerador, lavadora, servicio de televisión por cable, televisor, calentador, horno y aire acondicionado); (ii) educación (escolaridad del jefe del hogar, escolaridad del cónyuge del jefe del hogar, no asistencia escolar en primaria -menores de 5 a 11 años-, no asistencia escolar en secundaria -jóvenes entre 12 y 17 años-); (iii) características demográficas (número de hogares en la vivienda, edad del jefe del hogar, número de niños menores de 6 años, sexo del jefe del hogar y presencia de cónyuge, existencia de personas incapacitadas para trabajar que no perciben ingresos); (iv) seguridad social (número de personas en el hogar con seguridad social contributiva) y bienes durables; (v) ingreso, y (vi) ocupación.<sup>58</sup>

De acuerdo con la información obtenida mediante la aplicación del instrumento, la población es clasificada en seis niveles. En la actualidad, según lo establecido en el artículo 9 del acuerdo 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por medio del cual se definen la forma y condiciones de operación del régimen subsidiado, las alcaldías elaboran las listas de los beneficiarios de este régimen en cada municipio, incluyendo a la población perteneciente a los niveles 1 y 2 del SISBEN, y priorizando los potenciales afiliados de conformidad con el siguiente orden: 1) mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años, 2) población con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales, 3) población de la tercera edad, 4) mujeres cabeza de familia y 5) demás población pobre y vulnerable. Por su parte, el artículo 47 del mismo acuerdo dispone que, cuando en un municipio se haya logrado el aseguramiento de la totalidad de los beneficiarios identificados mediante el SISBEN en los Niveles 1 y 2 y si los recursos que por ley deben destinarse a subsidios a la demanda lo permiten, el alcalde podrá optar por incluir dentro de la lista de beneficiarios a los identificados como nivel 3 por el SISBEN, o por ampliar los contenidos del POS del régimen subsidiado, de tal modo que lo igualen o aproximen a lo definido para el POS del régimen contributivo. Finalmente, el artículo 9º de la ley 1122 de 2007 señala que *“El Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema”*.

Cabe resaltar que, según lo según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia SU- 623 de 2001, el nivel 1 del SISBEN corresponde a las personas que se encuentran en extrema pobreza, es decir, las que tienen dos o más Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), y/o que disponen de un ingreso familiar suficiente para comprar sólo una canasta básica de alimentos. Por su parte, en el nivel 2 se encuentran personas en situación de pobreza, es decir, las que tienen una Necesidad Básica Insatisfecha y/o que disponen de un ingreso familiar suficiente para comprar una canasta básica de alimentos y otros bienes básicos. Finalmente, los niveles

---

<sup>58</sup> Ver Anexo No. 1 del Documento Conpes Social No. 055 del 22 de noviembre de 2001.

restantes no tienen Necesidades Básicas Insatisfechas, pero sí muy reducidos ingresos familiares.

Una vez presentado el anterior marco normativo que regula la afiliación al régimen subsidiado en salud, se concluye que este régimen no constituye una vía idónea para la protección de las personas que dependen económicamente de su pareja homosexual. En efecto, según se desprende del contenido de la encuesta del SISBEN, la catalogación de una persona como pobre y vulnerable depende de una serie de variables en las que no se tienen en cuenta las condiciones transitorias de pobreza ligadas a crisis económicas, la carencia temporal de empleo, ni la situación de dependencia económica. En este sentido, es claro que el concepto de *pobre y vulnerable* no abarca a las personas que dependen económicamente de su pareja y, en consecuencia, en virtud de tal condición no resulta posible acceder al régimen subsidiado en salud.

Así las cosas, descartada la posibilidad de afiliarse directamente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, sólo restaría evaluar la posibilidad de protección a través de la categoría de vinculado. Sobre el particular, la Corte Constitucional advirtió que ésta es precisamente la vía por medio de la cual accederían al sistema los homosexuales que dependen económicamente de sus parejas:

*“(…) si la realidad señala que existe un grupo amplio de personas – aquellos que por razón de su incapacidad de pago no pueden acceder al régimen contributivo, y desafortunadamente aún no pueden lograr su afiliación temporalmente al régimen subsidiado ya que no clasifican dentro de la encuesta de focalización prevista – SISBEN 1 y 2 -, no por ello quedan excluidos del sistema, ya que se repite, **pueden acceder como vinculados al sistema, sin que la consideración de su orientación sexual sea relevante para este efecto**”<sup>59</sup> (negrilla fuera del texto original).*

Antes de entrar a analizar esta vía de acceso en relación con el caso específico que constituye el objeto de esta demanda, es conveniente efectuar algunas precisiones respecto de la categoría de *vinculado*. Según el artículo 157 de la ley 100 de 1993, en el cual se definen los tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, *“(l)os participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y **mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado**”* (negrilla fuera del texto original). Por su parte, el artículo 49 del acuerdo 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dispone que *“(l)as personas, sin capacidad de pago, **que no hayan podido afiliarse al régimen subsidiado por disponibilidad de recursos para subsidios a la demanda, deberán ser atendidas, en calidad de vinculados, en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas o Empresas Sociales del Estado o IPS privadas que***

---

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*tengan contrato con el Estado para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”* (negrilla fuera del texto original).

A partir de las normas transcritas puede advertirse que la categoría de participante vinculado se aplica a las personas que son *potenciales beneficiarios* del régimen subsidiado, pero que no han podido aún acceder a este régimen en calidad de afiliados. La existencia de tal categoría se explica, de un lado, porque el proceso de afiliación al régimen subsidiado es complejo, pues se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio, sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad Administradora del Régimen Subsidiado.<sup>60</sup> En ese sentido, incluso una persona a quien se le aplicó la encuesta del SISBEN y fue clasificada en el nivel 1 tendrá el carácter de vinculada hasta tanto no sea afiliada a una ARS, proceso que implica el agotamiento de una serie de trámites administrativos. De otro lado, la existencia de los vinculados también se explica en virtud del principio de progresividad, el cual implica la inclusión paulatina en el sistema de conformidad con los criterios fijados por las autoridades competentes. Así, por ejemplo, primero serán afiliadas las personas de los niveles 1 y 2 del SISBEN, y posteriormente las incluidas dentro del nivel 3. De este modo, una persona clasificada en el nivel 3 tendrá el carácter de vinculada hasta que se logre el aseguramiento de la totalidad de los beneficiarios identificados mediante el SISBEN en los Niveles 1 y 2, siendo el año 2010 el plazo máximo fijado por la ley para que una persona del nivel 3 del SISBEN sea afiliada al régimen subsidiado.<sup>61</sup>

Pero además, en virtud de lo anterior, la categoría de vinculado es temporal, en la medida en que se aspira a que la población incluida dentro de tal categoría sea afiliada al régimen subsidiado. En efecto, el artículo 157 de la ley 100 confirma dicho carácter temporal al establecer que *“(a) partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162”*, plazo éste que no fue cumplido y que fue ampliado por la ley 1122 de 2007, que dispuso: *“(e)l Sistema General de Seguridad Social en Salud alcanzará en los próximos tres años, la*

---

<sup>60</sup> En la sentencia T-914 de 2004, , la Corte Constitucional se refirió al respecto en los siguientes términos:

*“La calidad de vinculado tiene carácter transitorio, pues busca brindar protección a aquellas personas que por falta de disponibilidad de cupos en una Entidad Administradora del Régimen Subsidiado (ARS), todavía no han adquirido la calidad de afiliados, pero que están en espera de ello por reunir todos los requisitos exigidos por las normas que reglamentan la materia. Por lo tanto, no constituyen un tercer régimen, sino una modalidad de participantes protegidos”* (negrilla fuera del texto original).

Corte Constitucional, sentencia T-914 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>61</sup> Ver artículo 9º de la ley 1122 de 2007.

*cobertura universal de aseguramiento en los niveles I, II y III del Sisbén de las personas que cumplan con los requisitos para la afiliación al Sistema”.*

Ahora bien, la pregunta que cabe formularse es si, efectivamente, las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas pueden acceder al sistema en calidad de vinculados y, de ser así, si tal inclusión comporta la satisfacción del principio de universalidad en materia de seguridad social en salud. En relación con el primer punto, es preciso señalar que no es posible ofrecer una respuesta concluyente. En efecto, según se desprende de la normatividad que define a los participantes vinculados, esta categoría está ligada a los criterios de inclusión en el régimen subsidiado y, en tal sentido, existiendo una diferencia entre la persona que puede catalogarse como pobre y la persona que depende económicamente de otra, no es claro que esta última pueda tener el carácter de vinculada si se tiene en cuenta que no es una *potencial beneficiaria* del régimen subsidiado. En ese sentido, no es claro cómo pueden recibir protección a nivel de salud quienes son clasificados, por ejemplo, en el nivel 6 del SISBEN pues, según la normatividad vigente, el régimen subsidiado ha sido proyectado para las personas incluidas en los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN y, en consecuencia, quien no está clasificado en estos niveles no es un potencial beneficiario del régimen subsidiado. Nótese además que la categoría de vinculado existe porque los recursos no son suficientes para afiliar a todas las personas **que cumplen los requisitos para afiliarse al régimen subsidiado**, mas no porque pretenda afiliarse a quienes no cumplen con tales requisitos. Ahora bien, advertimos que en este caso la respuesta no es concluyente porque puede también admitirse que las personas que no tienen capacidad de pago para cotizar al régimen contributivo, pero que tampoco cumplen con los requisitos para ser potenciales beneficiarios del régimen subsidiado por no estar clasificados en los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN, pueden ser atendidas en calidad de vinculados partiendo de una interpretación constitucional de la normatividad vigente que puede ser viabilizada por mecanismos como la acción de tutela. Sin embargo, lo que pretende resaltarse es que el panorama normativo es incierto y que, por tal razón, la vía de acceso de las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas al sistema de salud a través de la participación en éste bajo la modalidad de vinculado no es un mecanismo materialmente idóneo, precisamente en razón de su carácter incierto.

Más aún, incluso asumiendo que en la actualidad las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas pueden acceder al sistema en calidad de vinculadas, tal acceso no constituye tampoco una garantía de protección que responda al principio de universalidad. En efecto, es preciso recordar que la modalidad de participantes vinculados es transitoria. En tal sentido, cabe preguntarse, ¿qué va a pasar en el año 2010 con las personas que venían siendo atendidas como vinculadas y que no logren acceder al régimen subsidiado por no

estar clasificadas dentro de los tres primeros niveles del SISBEN? Al formular esta pregunta no se pretende fundar el alegato sobre la inconstitucionalidad de las normas acusadas en una simple hipótesis o presuposición de los posibles efectos futuros de la normatividad que actualmente rige el régimen subsidiado, sino resaltar que las normas actualmente vigentes no prevén un sistema de protección para quienes, pese a no tener capacidad de pago, no cumplen con los requisitos para recibir los subsidios del Estado, los cuales, se repite, sólo se han proyectado para los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN, sin que pueda advertirse que en un futuro serán extendidos a los otros niveles, pues no existe norma alguna que contemple tal posibilidad. La posibilidad de inclusión de las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas estaría entonces sujeta a una reformulación de la encuesta del SISBEN, la cual, tal como lo explicamos unas líneas atrás, no contempla la dependencia económica como un factor definitorio para la identificación de los beneficiarios de los subsidios.

A lo anterior se suma que, en todo caso, la modalidad de vinculados no es expresión del principio de universalidad, en la medida en que la efectividad de este principio implica que todas las personas se encuentren afiliadas a un régimen de salud, y sólo los regímenes contributivo o subsidiado lo son. Las personas que acceden al sistema en calidad de vinculadas no gozan de una protección integral en materia de salud, tal como lo revela el hecho de que en múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha tenido que intervenir para morigerar las fallas estructurales de esta modalidad de vinculación al sistema.<sup>62</sup>

Así las cosas, se constata la carencia de una vía de acceso a la salud que sea cierta y materialmente idónea para las personas homosexuales que dependen económicamente de sus parejas. Esa carencia no sólo constituye un desconocimiento del principio de universalidad que rige la prestación del servicio público de seguridad social, sino que al mismo tiempo comporta un desconocimiento del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Constitución, pues se restringe el acceso a los servicios de salud en igualdad de condiciones.

En relación con este último punto, es preciso indicar que, aún bajo la hipótesis incierta de que las personas que dependen económicamente de su pareja homosexual puedan acceder al sistema de salud a través del régimen subsidiado o bajo la modalidad de participantes vinculados, ello comporta una vulneración del derecho de acceso a la salud en igualdad de condiciones respecto de las personas

---

<sup>62</sup> A modo de ejemplo pueden ser citadas las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencias T-905 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-253 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

heterosexuales que también dependen económicamente de sus parejas<sup>63</sup>, en la medida en que estas últimas pueden gozar de un plan de salud más integral. En efecto, pese a que la ley 100 de 1993 dispuso que los planes obligatorios de salud para los regímenes contributivo y subsidiado se equipararían progresivamente, siendo el 2001 la fecha límite para finalizar tal equiparación<sup>64</sup>, en la actualidad el plan obligatorio de salud que cubre a las personas afiliadas al régimen subsidiado, y que definiría también la prestación de servicios para los vinculados, es inferior en relación con el plan de salud de los afiliados al régimen contributivo.

Ahora bien, en relación con este punto podría argumentarse que esta diferencia en los planes de cada régimen no comporta en sí misma una vulneración del derecho al acceso a la salud en igualdad de condiciones, por cuanto estamos ante un derecho de carácter social cuya efectividad está atada al principio de progresividad. Sin embargo, lo que aquí se cuestiona no es el hecho de que exista una diferencia en cuanto al nivel de cobertura de cada uno de los planes, sino que se utilice un motivo prohibido de discriminación -a saber, la orientación sexual- para privar a un grupo de la población de acceder al sistema de salud por una vía cierta y en virtud de la cual se pueden gozar mayores beneficios.

Igualmente cabe advertir que con el presente reclamo constitucional no se pretende conceder un privilegio a favor de los homosexuales y en detrimento de la población pobre y vulnerable del país pues, al propender por la inclusión en el

---

<sup>63</sup> Al respecto, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, señaló que la accesibilidad constituye un elemento esencial del derecho a la salud que implica que los establecimientos, bienes y servicios deben estar al alcance de todos, **sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos**, motivos entre los cuales se cuenta, por supuesto, la orientación sexual.

<sup>64</sup> El artículo 162 de la ley 100 de 1993 dispone:

*“Plan Obligatorio de Salud. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.*

*Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.*

*Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo en forma progresiva antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50 % de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.*

*(...)” (negrilla fuera del texto original).*

régimen contributivo de las personas homosexuales que en la actualidad no pueden acceder a él, lo que se busca es equiparar las condiciones de acceso al sistema de las personas que se encuentran en situaciones semejantes, como en este caso sucede con las personas homosexuales y heterosexuales que dependen económicamente de sus parejas. Por lo demás, dado que se refiere al régimen contributivo, el costo del logro de este objetivo no sería asumido por el Estado, lo cual significa que con el mismo incluso podría aliviarse la carga estatal en materia de seguridad social, pues las personas homosexuales dependientes económicamente de sus parejas que han logrado acceder al sistema en calidad de vinculadas dejarían de hacerlo. Y los recursos liberados de ello podrían ser utilizados para lograr una mayor cobertura de las población pobre y vulnerable.

En síntesis, los homosexuales que dependen económicamente de su pareja no cuentan con una vía de acceso al sistema de salud materialmente idónea en tanto que (i) no pueden acceder al régimen contributivo en calidad de cotizantes, (ii) no pueden ser incluidos en el régimen subsidiado pues la categoría de pobre no abarca a la persona que depende económicamente de otra, (iii) es incierto su acceso al sistema bajo la modalidad de participante vinculado, (iv) son aún más inciertas sus posibilidades de protección cuando desaparezca la modalidad de participantes vinculados, (v) en todo caso la atención bajo esta modalidad no constituye una garantía efectiva de protección dadas las fallas estructurales del sistema, y (vi) es discriminatorio que las parejas homosexuales no puedan acceder en igualdad de condiciones al régimen contributivo de salud que las parejas heterosexuales, a pesar de que éste ofrece mayores beneficios.

Por consiguiente, resulta claro que el apartado demandado del artículo 163 de la ley 100 de 1993 desconoce el principio de universalidad consagrado en el artículo 48 de la Carta, así como la garantía de acceso a los servicios de salud establecida en el artículo 49 de la misma, en tanto que el sistema no proporciona una vía de protección materialmente idónea a los homosexuales que dependen económicamente de sus parejas.

Por su parte, en lo que respecta a la imposibilidad de que las personas homosexuales puedan adquirir la pensión de sobrevivientes -prevista en los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993- en caso de fallecimiento de su pareja cotizante- también se presenta un desconocimiento del principio de universalidad. En efecto, privar a las personas homosexuales, máxime en el caso en el que dependían económicamente de su pareja fallecida, de una prestación social cuya finalidad es precisamente proteger a quien sobrevive de la contingencia que implica la muerte de la pareja comporta un claro desconocimiento del principio de universalidad. Ello implica despojar a un segmento de la población de esta garantía de protección y, por ende, dejarla desprotegida en este ámbito, pues el sistema pensional no proporciona ninguna otra prestación equivalente para las

parejas homosexuales, y tampoco existe un subsidio al desempleo al que pudieran acudir las personas homosexuales al momento de quedar desamparadas con ocasión de la muerte de su pareja de la cual dependían económicamente. Más aún, esta situación de desprotección puede significar una amenaza a otros derechos, como la salud o la vida, pues ante la ausencia de una fuente de sustento material que anteriormente tenía, es posible que la persona homosexual que dependía económicamente de su pareja fallecida no pueda hacerse a los recursos necesarios para procurarse un mínimo vital.

En relación con la pensión de sobrevivientes, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*"no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición".*<sup>65</sup>

Este atinado pronunciamiento contrasta dramáticamente con la situación de desprotección actual de los homosexuales frente al riesgo inminente de la muerte de su pareja. En efecto, en su caso, la convivencia permanente y responsable, el apoyo afectivo y la contribución a un proyecto de vida común no hacen eco alguno en las normas que regulan el sistema de pensiones, cuando los mismos elementos constituyen la base para otorgar la pensión de sobrevivientes a una persona que sostuvo una relación heterosexual. En ese sentido, si lo que importa son tales elementos, la orientación sexual debería ser un dato irrelevante para definir quién tiene derecho a recibir la pensión de sobrevivientes.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que los apartes demandados de los artículos 47 y 74 también son contrarios al artículo 48 de la Constitución.

## **ii) Desconocimiento del principio de eficiencia del sistema de seguridad social**

El principio de eficiencia, consagrado en el artículo 48 de la Carta, es definido en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 como *"la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente"*. De conformidad con la definición trascrita, podemos plantear que un sistema de seguridad social es eficiente en la

---

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de abril de 1998, No. Radicación 10406.



medida que, por un lado, simplifica y elimina los obstáculos para el disfrute del derecho y, por otro lado, optimiza la utilización de los recursos en aras de garantizar la universalidad de la protección.

En materia de salud, la imposibilidad generada por el artículo 163 de la ley 100 de 1993 de que las personas homosexuales accedan al sistema de salud en calidad de beneficiarias de sus parejas desconoce el principio de eficiencia en las dos dimensiones señaladas. En relación con la primera de estas dimensiones, tal imposibilidad genera un obstáculo para el disfrute del derecho a la salud, ya que impone a la persona homosexual que depende económicamente de su pareja la carga de procurar su ingreso al sistema por una vía que es menos expedita y más incierta, a pesar de que existe otra posibilidad de acceso que no implica una modificación estructural del sistema y que además es más conveniente en aras de garantizar una protección integral. Esta situación, además de constituir un desconocimiento del principio de eficiencia, genera un déficit de protección de las parejas homosexuales, similar a aquél señalado en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional en relación con los derechos patrimoniales de las uniones de hecho, en la medida en que somete a las parejas homosexuales a procedimientos inciertos y más engorrosos en la búsqueda de su protección en materia de salud.<sup>66</sup>

La segunda dimensión del principio de eficiencia, relativa al uso óptimo de los recursos, también resulta desconocida por la imposibilidad de que las personas homosexuales accedan al sistema de salud en calidad de beneficiarias de sus parejas. En efecto, el régimen contributivo del sistema de salud está diseñado de tal modo que, con la cotización de cada afiliado, se cubre la atención de sus beneficiarios, lo cual se evidencia en el hecho de que los afiliados no tienen que pagar tarifas adicionales para lograr la protección de los beneficiarios. En ese sentido, no sólo es más complicado para la persona intentar ingresar al sistema por una vía distinta, sino que, como se mencionó en el apartado anterior, ello resulta más costoso para el Estado, ya que si a una persona que puede ser atendida en el régimen contributivo con los aportes efectuados por su pareja se le impide esta opción, se genera una carga adicional para el presupuesto público, que es el que finalmente tiene que subsidiar o pagar la atención de quien puede ser vinculado de un modo más expedito al sistema.

---

<sup>66</sup> Según la Corte, “*el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja*”. Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Lo anterior termina yendo en detrimento de las personas que sí necesitan ser subsidiadas por el Estado pues, al forzar a las personas que dependen económicamente de alguien a procurar obtener los beneficios previstos para las personas pobres y vulnerables, se afecta la focalización de los servicios sociales, definida por el artículo 94 de la ley 715 de 2001 como “*el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable*”. Esto es así porque el sistema de seguridad social termina desviando recursos para atender a personas que, pese a no tener capacidad de pago, no lo necesitan, ya que cuentan con otra vía más eficiente no sólo para ellas para el sistema mismo.

Así las cosas, al excluir a las parejas homosexuales de la cobertura en calidad de beneficiarias en materia de salud, el aparte demandado del artículo 163 de la ley 100 de 1993 aquí demandado menoscaba el principio de eficiencia que debe regir la prestación del servicio público de salud.

### **iii) Desconocimiento del principio de solidaridad del sistema de seguridad social**

El tercero de los principios constitucionales que rige el servicio público de la seguridad social es el de solidaridad, que es definido por el artículo 2º de la ley 100 de 1993 como “*la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil*”. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que este principio “*implica que todos los partícipes del sistema contribuyan a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto*”.<sup>67</sup> Una de las manifestaciones del principio de solidaridad en el sistema de seguridad social consiste en que quienes tienen mayor capacidad de pago –los más fuertes– contribuyen con sus aportes a subsidiar a la población más pobre y vulnerable –los más débiles–.

Teniendo en cuenta lo anterior, al impedir que un cotizante afilie en calidad de beneficiaria a su pareja homosexual (art. 163 de la ley 100, aquí demandado) y al negarle a ésta la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes (arts. 47 y 74 de la ley 100, aquí demandados), las normas acusadas vulneran el principio de solidaridad. En efecto, dichas normas impiden que una persona pueda extender a su pareja los beneficios de su contribución al sistema, pese a que en una relación de pareja se teje una relación de mutua ayuda que no es otra cosa, en realidad, que

---

<sup>67</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 967 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

un muy estrecho vínculo de solidaridad. Así, las normas en cuestión limitan la posibilidad de que ese vínculo de solidaridad se concrete en un ámbito tan importante como la protección ante las contingencias de la enfermedad y la muerte, y exige que los recursos del cotizante terminen favoreciendo a otras personas menos cercanas, lo cual desincentiva la construcción de vínculos de solidaridad como esos. Sin duda, ello implica una afectación del principio de solidaridad consagrado en el artículo 48 de la Constitución.

### **E. Violación del derecho a la dignidad humana (preámbulo y art. 1 de la CP)**

En este cargo demostraremos que las normas acusadas vulneran el derecho a la vivienda digna. Para ello, en primer lugar nos referiremos al contenido de este derecho (i); luego desarrollaremos el deber de protección que recae sobre el Estado para una adecuada materialización del derecho (ii); seguidamente analizaremos la noción de igualdad de protección en tanto que garantía a la dignidad humana de las parejas del mismo sexo (iii), y finalmente argumentaremos que las normas acusadas vulneran el derecho a la vida digna, pues implican un incumplimiento del deber constitucional de protección mínima de las parejas del mismo sexo (iv).

#### **i) Contenido del derecho a una vida digna**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido con precisión el contenido del derecho a llevar una vida digna, indicando que se trata de un derecho que comprende tres dimensiones distintas de lo que se entiende por vida digna, a saber: la autonomía o la posibilidad de diseñar un plan vital (vivir como se quiere), la existencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, es decir, la integridad física y moral (vivir sin humillaciones).<sup>68</sup> A continuación desarrollaremos brevemente cada una de estas dimensiones del derecho a una vida digna, refiriéndonos a los aspectos que resultan relevantes para el análisis del caso concreto.

#### **a. Vivir como se quiere**

---

<sup>68</sup> Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En el mismo sentido, ver Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil. En esta última sentencia, la Corte afirmó: “*En la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado como expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física y moral.*”

La primera dimensión de la dignidad humana se refiere al derecho a elegir libremente un proyecto de buen vivir como *“fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino cuando dicha elección no repercute de manera directa en la órbita de los derechos ajenos”*.<sup>69</sup> Como lo ha afirmado la Corte Constitucional, esta dimensión de la dignidad humana

*“implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.”*<sup>70</sup>

Evidentemente, en el derecho a elegir un proyecto de vida se encuentra inmerso el goce de la sexualidad, el cual usualmente se manifiesta y realiza a través de la vida en pareja, sin importar que ésta sea heterosexual u homosexual. Por ello, cuando el Estado protege exclusivamente una opción sexual en particular, está privilegiando un proyecto de buen vivir por encima de los demás o, lo que es lo mismo, está desestimulando otros proyectos de buen vivir. Como queda claro del párrafo anterior, esto implica una violación del derecho a la vida digna en tanto que libre determinación del proyecto de vida, que incluye la libre elección y disfrute de la opción sexual.

## **b. Vivir bien**

La segunda dimensión de la dignidad humana se refiere a las condiciones materiales concretas que garantizan que todo ser humano viva bien. Este segundo nivel recoge el aspecto patrimonial de la dignidad humana, y ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un derecho autónomo, bajo el nombre de mínimo vital. El mínimo vital y el derecho a la subsistencia son derechos de creación jurisprudencial que reconocen que *“la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir.”*<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>70</sup> Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>71</sup> Corte Constitucional, sentencia T-824 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia dijo también la Corte:

*“Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.”*

Por lo tanto, es un deber en cabeza del Estado contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital, que es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y del Estado Social de Derecho.<sup>72</sup> Este deber implica que el Estado no puede obstaculizar el acceso de las personas a un mínimo de subsistencia, y que debe hacer todo lo posible por garantizar este acceso a quienes no pueden lograrlo por sus propios medios.

### **c. Vivir sin humillaciones**

La tercera dimensión de la dignidad humana consiste en el derecho de toda persona a vivir sin humillaciones, lo cual significa tener una garantía de que sus bienes no patrimoniales, la integridad física y la integridad moral, son intangibles. Esta dimensión de la dignidad humana es tutelada siempre que, a causa de una acción u omisión del Estado, una persona se ve afectada en su integridad personal o física, lo cual a su vez influye en la percepción que los demás tienen de ella.<sup>73</sup>

La valoración de la afectación de los bienes no patrimoniales resulta muy difícil, pues depende en gran medida del sentir de la persona que la padece. Sin embargo, la dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales se encuentra ligada a la dignidad como desarrollo libre de un plan de vida, pues cuando se ve afectada la primera no es posible vivir plenamente. Por ello, a la hora de valorar la afectación del derecho a la vida digna en su tercera dimensión, es importante tener en cuenta la manera como la misma afecta el desempeño de las actividades de la persona que la sufre.

#### **ii) El deber estatal de protección**

A pesar de que el derecho a la vida digna en sus diferentes dimensiones recae sobre individuos -pues son éstos los que pueden hacerlo exigible y reclamar su tutela en caso de violación-, el ejercicio de dicho derecho tiene una proyección sobre la pareja. Por ello, la Corte Constitucional ha sido clara en establecer la relación inescindible que existe entre la materialización de la dignidad humana y la protección de la vida en pareja por parte del Estado. En efecto, la asunción

---

<sup>72</sup> Sobre el particular ha expresado la Corte:

*“El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario- es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.*

*Id.*

<sup>73</sup> Ver, Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual se elabora un detallado recuento de las decisiones de la Corte que han tutelado el derecho de todo ser humano a vivir sin humillaciones.

detrás de esta relación es que, al optar libremente por vivir en pareja, el individuo está ejerciendo su derecho a la vida digna y, por ende, es deber del Estado proteger esta elección y la posibilidad de que la misma pueda ser materializada.

Para comprender el alcance de la obligación de protección del Estado, es importante recordar que el derecho a la vida digna de las personas no sólo exige de un Estado Social de Derecho una actitud neutral frente a la opción de buen vivir de sus ciudadanos. Implica también una acción positiva encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas dimensiones que lo componen. Así, la Corte ha señalado que

*“la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana, impone a las autoridades públicas el **deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona**, y entre los cuales se cuentan, la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia”<sup>74</sup> (negrilla fuera del texto original).*

Así las cosas, para garantizar la protección de la vida en pareja como expresión del derecho a la vida digna, no basta con el reconocimiento del derecho fundamental a la libre opción sexual como un asunto que únicamente forma parte del ámbito íntimo de los individuos. Dado que, al materializarse en la elección de vivir en pareja, este derecho tiene efectos importantes ante el ordenamiento jurídico y la sociedad, resulta fundamental que el Estado garantice una igualdad de protección de los distintos tipos de pareja. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, al afirmar que en esta materia no sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, sino que también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de los derechos por medio del reconocimiento de un mínimo de protección a favor de las parejas del mismo sexo.<sup>75</sup>

### **iii) La igualdad de protección de las parejas del mismo sexo**

En estrecha relación con el contenido del artículo 13 de la Constitución, la dignidad humana implica que aquellos grupos que se encuentren en situaciones equiparables sean protegidos por el Estado en igualdad de condiciones. De esa manera, al conjugar el postulado sobre igualdad de protección con la realización de los derechos respecto de los cuales es necesaria la adopción de medidas estatales para su materialización, la Corte Constitucional ha desarrollado una importante línea jurisprudencial bajo la fórmula *iguales en dignidad, iguales en*

---

<sup>74</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>75</sup> *Id.*

*protección*. En esa medida, la igualdad de protección se traduce en una garantía indispensable para la realización de la dignidad humana.

Así lo corroboró la Corte en la sentencia C-075 de 2007, en la cual señaló que *“la decisión legislativa de no incluir a las parejas del mismo sexo en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas”*. Es decir, dicha exclusión comporta una violación del derecho a una vida digna, en la medida en que limita las posibilidades de los integrantes de esas parejas a llevar a cabo su proyecto de buen vivir. Por ello, continuó la Corte, *“(…) la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”*.<sup>76</sup>

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional llegó a esas conclusiones al analizar la ley 54 de 1990, que establecía un régimen patrimonial de protección únicamente para las parejas heterosexuales y que por ende implicaba una desprotección de las parejas homosexuales similar a aquella aquí cuestionada en la ley 100 de 1993, cabe preguntarse entonces: ¿vulnera el derecho a una vida digna de los integrantes de las parejas del mismo el establecimiento de un régimen de protección para las parejas en materia de seguridad social, cuya aplicación se limita a las uniones conformadas por un hombre y una mujer y que por ende implica una desprotección de las parejas homosexuales?

#### **iv) Violación del derecho a una vida digna por incumplimiento del deber constitucional de protección mínima en seguridad social a favor de las parejas del mismo sexo**

En su más reciente sentencia sobre los derechos de las parejas del mismo sexo (C-075 de 2007), la Corte concluyó que el desconocimiento de los efectos jurídicos de dichas uniones constituye una violación al principio de la dignidad humana. En efecto, la Corte coincidió con los demandantes en que la inexistencia de un régimen de protección legal a favor de las parejas conformadas por dos hombres o dos mujeres, limitaba la posibilidad de gays y lesbianas de diseñar un plan vital y de vivir de acuerdo a sus preferencias. La Corte se expresó en los siguientes términos:

*“Resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto*

---

<sup>76</sup> *Id.*

*de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales(...)*<sup>77</sup>  
(negrilla fuera del texto original).

La existencia de la sentencia antes citada constituye en sí misma un argumento suficiente para concluir que en el presente caso existe una violación del derecho de toda persona a vivir dignamente. En efecto, tal y como sucedió en el caso de la demanda contra la ley 54 de 1990 que desembocó en dicha sentencia, la ausencia de un mínimo de protección de las parejas homosexuales en materia de seguridad social comporta una vulneración del derecho a una vida digna. En el caso que nos ocupa, las normas acusadas relativas a las prestaciones a las que tienen derecho las parejas en materia de seguridad social vulneran el derecho a una vida digna, y en particular el mínimo vital que constituye uno de sus componentes, toda vez que excluyen a las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder a un régimen estatal de protección tendiente a garantizar unas condiciones materiales mínimas, que se concretan en el acceso a un sistema de salud y pensiones. Sobre la relación entre el derecho a una vida digna y el acceso a la seguridad social, ha señalado la Corte Constitucional:

*“el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional que adquiere la naturaleza de derecho fundamental por conexidad cuando se vincula a derechos fundamentales como la dignidad del ser humano o la vida. Cuando ello ocurre, las prestaciones económicas que materializan ámbitos de la seguridad social dejan de ser asuntos simplemente legales y se ligan a facultades intrínsecas al ser humano, históricamente consolidadas, positivamente reconocidas y susceptibles de protección por el juez constitucional”*<sup>78</sup> (subraya fuera del texto original).

Así pues, es claro que no existen condiciones de dignidad si los miembros de parejas del mismo sexo están condenados, en virtud de la legislación interna, a permanecer en una situación de desprotección económica que se traduce en riesgos concretos para su salud y su subsistencia en caso de no poder trabajar. Ello constituye una vulneración de la dignidad en su dimensión de vivir bien. Un ejemplo claro de esa situación de desprotección y riesgo fue identificado por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, al afirmar que los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente -entre otras razones- debido a que, en el evento de la muerte de uno de los integrantes de la pareja, el compañero sobreviviente puede quedar sin medios adecuados de subsistencia. Esta situación se presenta no sólo porque la persona dependiente económicamente de su pareja no puede continuar recibiendo de ella su sustento ni acceder a los bienes materiales que consiguió en vida, sino también porque

---

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1119 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



aquella no puede acceder a la pensión de ésta, que le permitiría seguir satisfaciendo su mínimo vital.

Más aún, la dignidad de las personas homosexuales también se ve vulnerada en su dimensión de vivir sin humillaciones, pues no hay lugar a dudas de que constituye una humillación lesiva de la integridad moral el hecho de no poder afiliarse en calidad de beneficiario(a) al compañero o compañera de vida. Ello equivale a negar el reconocimiento público de una de las relaciones de más vital importancia para un ser humano, a impedir que dicha relación sea considerada relevante y tenga efectos en el mundo social, y a condenar a sus miembros a vivir en la sombra. La ausencia de reconocimiento constituye una evidente negación o distorsión de la identidad propia y, por ende, una clara violación del derecho a vivir sin humillaciones.

Finalmente, no hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen de seguridad social que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ello equivale a vulnerar la dignidad en su dimensión de vivir como se quiere. Por esta razón, no reconocer el mínimo de protección en materia de seguridad social implica negar las consecuencias jurídicas de la libre opción sexual, la cual se realiza plenamente en la vida en pareja. Como tal, esta ausencia de protección también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Carta.

En conclusión, las normas demandadas vulneran la dignidad humana de los homosexuales, en la medida en que establecen una distinción injustificada entre la opción heterosexual y homosexual, reduciendo con ello la posibilidad de vivir plenamente su opción de buen vivir. No se puede hablar de vida digna cuando el ordenamiento jurídico reconoce y protege a las parejas conformadas por heterosexuales en materia de seguridad social, excluyendo a las uniones del mismo sexo de dicho régimen de protección, y desconociendo con ello que se trata de uniones que tienen necesidades análogas. El Estado, según lo ha dicho la Corte,<sup>79</sup> no puede hacer consideraciones de orden político o histórico para preferir a ciertas personas por encima de otras. Las normas demandadas lo hacen, al señalar a las parejas heterosexuales como único proyecto de vida en comunidad digno de ser protegido por el Estado. Y, por ello, son inconstitucionales, pues vulneran el preámbulo y el artículo 2 de la Constitución, así como el artículo 16 de la misma.

---

<sup>79</sup>Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

## **F. Desidia legislativa en materia de los derechos de las parejas homosexuales**

Tal como se ha indicado en los apartados anteriores, la competencia de regulación en materia de seguridad social está radicada en el legislador. Sin embargo, dicha competencia no es absoluta, pues éste se encuentra limitado por el respeto de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales que rigen el sistema de seguridad social. Como se ha demostrado a lo largo de esta demanda, en el presente caso el legislador no ha respetado dichos límites constitucionales y, en ese sentido, la intervención del juez constitucional resulta imperiosa. Sin embargo, existe una razón adicional que justifica dicha intervención en este asunto, cual es la desidia legislativa en lo que respecta al establecimiento de un régimen de protección para las parejas del mismo sexo, y la consecuente necesidad de que la Corte Constitucional intervenga para garantizar un mínimo de protección a las parejas homosexuales.

Con el fin de argumentar que la desidia legislativa constituye una razón más por la cual la Corte Constitucional debería acceder a las pretensiones de esta demanda, en primer lugar, resumiremos la jurisprudencia constitucional de conformidad con la cual el legislador tiene la competencia para regular el régimen de protección de seguridad social de las parejas homosexuales, a la luz del principio democrático (i). En segundo lugar, mostraremos que en la sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional reafirmó este principio, pero estableció que la intervención judicial en esta materia se justifica cuando el legislador no garantiza los mínimos de protección derivados de la dignidad humana (ii). En tercer lugar, demostraremos que el Congreso de la República se ha negado sistemáticamente a regular esta materia en los últimos años y que, al hacerlo, no ha garantizado esos mínimos de protección (iii). En cuarto y último lugar, argumentaremos que, al intervenir para establecer el mínimo de protección en materia de seguridad social de las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional no afecta el principio democrático, sino que, por el contrario, cumple su función democrática en el Estado Social de Derecho (iv).

### **i) La competencia legislativa para adoptar medidas de protección de las parejas homosexuales**

Dado que, de conformidad con lo establecido en la Constitución (art. 48), la seguridad social es un derecho de desarrollo legal, es importante referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el papel del Congreso de la República en la regulación de los derechos de las parejas homosexuales en materia de seguridad social.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la exclusión de las parejas homosexuales de beneficios estatales otorgados a las parejas heterosexuales en diversas ocasiones. En todos los casos anteriores a la sentencia C-075 de 2007, la Corte consideró que dicha exclusión no vulneraba la Constitución, y lo justificó acudiendo, entre otros, al argumento de que es el legislador y no el juez constitucional el que tiene competencia y legitimidad democrática para determinar si las parejas homosexuales tienen derecho a un régimen especial de protección, así como el momento y la forma en los cuales dicho régimen debería establecerse.

Así, en la sentencia C-098 de 1996 -en la cual estudió por primera vez una demanda contra la ley 54 de 1990 que solicitaba la extensión de la protección patrimonial de las uniones de hecho allí prevista a las parejas del mismo sexo-, la Corte determinó que la restricción de los beneficios de esa ley a las parejas heterosexuales no vulneraba la Constitución, pues el legislador no tenía la obligación de resolver todas las injusticias a un mismo tiempo.<sup>80</sup> Así, según la Corte, era legítimo que éste adoptara primero una solución para la carencia de régimen patrimonial de las parejas heterosexuales no casadas que no incluyera a las parejas homosexuales, no sólo porque el Congreso podría adoptar posteriormente esquemas de protección semejantes pero específicos para las parejas homosexuales, sino además por cuanto no era razonable exigir que la ley solucionara simultáneamente todos los problemas semejantes. La Corte dijo entonces:

*“(S)in pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, **no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín. Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, las soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.***

*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 inxequibilidad 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**”<sup>81</sup> (negrilla fuera del texto original).*

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>81</sup> *Id.*

La Corte acudió a un criterio semejante en la sentencia SU-623 de 2001 en la que se refirió a la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios de la seguridad social otorgados a las parejas heterosexuales.<sup>82</sup> En esa ocasión, la Corte decidió que la negativa de una Entidad Prestadora de Salud de afiliar a la seguridad social a la pareja del mismo sexo del cotizante no era discriminatoria, por cuanto la regulación legal establecía el derecho a la afiliación 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 las parejas homosexuales. 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. Al respecto, dijo la Corte:

*“Los criterios a partir de los cuales se va ampliando progresivamente la cobertura del servicio son múltiples y si bien están limitados por aspectos normativos constitucionales, existen otros factores, económicos y demográficos, entre otros, que le compete ponderar en primer término al legislador. Dentro de este análisis le corresponde al legislador determinar qué grupos sociales requieren con mayor urgencia la cobertura para que la distribución de beneficios se haga de acuerdo con las necesidades sociales comprobadas”<sup>83</sup> (negrilla fuera del texto original).*

Acudiendo a la misma línea argumentativa, la reciente sentencia de tutela T-349 de 2006 confirmó la negativa de tutelar los derechos de una persona homosexual portadora de VIH-SIDA, a quien el Instituto del Seguro Social le había sido negada la sustitución de la pensión de su compañero fallecido.<sup>84</sup> Así, dijo la Corte que “*la actuación del ISS se desenvuelve dentro del marco constitucional y legal de la seguridad social en pensiones, que no ha previsto una pensión de sobrevivientes para los integrantes de una pareja homosexual*”. Pero fue enfática en afirmar que “*(n)o quiere ello decir, que dentro de su ámbito de configuración, no pueda el legislador, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades*”<sup>85</sup> (negrilla fuera del texto original).

En síntesis, como lo afirmó la propia Corte Constitucional en la sentencia C-075

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>85</sup> *Id.*

de 2007, según la anterior línea jurisprudencial, “*corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento*”<sup>86</sup> (negrilla fuera del texto original).

**ii) La sentencia C-075 de 2007, el principio democrático y la intervención judicial a la luz del mínimo de protección de las parejas homosexuales**

Es evidente que en la sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional no cambió el precedente constitucional antes referido en materia del principio de competencia del legislador para otorgar protección a las parejas homosexuales. Antes bien, la Corte reafirmó dicho principio, reconociendo que su aplicación constituye la regla general en la materia. Así, como resultado de su estudio de la ley 54 de 1990 -tal como fue modificada por la ley 979 de 2005- la Corte concluyó:

*“Sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”*<sup>87</sup> (negrilla fuera del texto original).

De esa manera, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte mantuvo el principio de competencia del legislador para regular la protección estatal de las parejas homosexuales. No obstante, al mismo tiempo la Corte reconoció que este principio encuentra unos límites constitucionales que, de ser trasgredidos por una ley, pueden conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma. Con ello, lo que hizo la Corte fue complementar el principio de competencia del legislador en esta materia, identificando con claridad los límites constitucionales que enfrenta y, en esa medida, los otros principios que rigen la materia. En particular, la Corte reconoció los siguientes dos principios complementarios a aquél de la competencia del legislador:

**(a) La regulación de la protección de las parejas homosexuales no posee una única vía, pero debe respetar los derechos fundamentales.** En la sentencia C-075 de 2007 la Corte estableció que el ámbito de configuración

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>87</sup> *Id.*

del legislador permite establecer distintas formas de protección, pero que, en todo caso, la actividad legislativa está limitada por la Constitución y los derechos fundamentales.<sup>88</sup>

**(b) Proteger a las parejas homosexuales es una obligación derivada del principio de la dignidad humana al cual se encuentra especialmente vinculado el Congreso.** En la sentencia C-075 de 2007, la Corte recordó que el principio de dignidad humana es fundante del Estado colombiano, y que a él se encuentran vinculadas todas las autoridades públicas. Igualmente, la Corte afirmó que este principio comporta un deber de no intromisión, pero también un deber de positivo de protección y mantenimiento de las condiciones de vida.<sup>89</sup> Finalmente, la Corte señaló que el Congreso de la República se encuentra especialmente vinculado a estos deberes, pues es la institución democrática competente para establecer, a través de un proceso deliberativo, los regímenes de protección de los distintos grupos sociales, y entre ellos de las parejas homosexuales.

De conformidad con lo anterior, de acuerdo con el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, la intervención judicial en este campo sólo se justifica cuando no se cumplen los principios complementarios previamente mencionados y cuando, por ende, se verifica que el legislador no ha garantizado un mínimo de protección a las parejas homosexuales, y ha violado con ello los derechos de sus integrantes. Esta intervención de la justicia constitucional respeta el principio democrático, ya que es excepcional y complementaria a la competencia del Congreso, y sólo es posible cuando se verifica que la ausencia de regulación viola los derechos fundamentales de las parejas homosexuales.

---

<sup>88</sup> La sentencia establece:

*“En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas”* (negrilla fuera del texto original).

*Id.*

<sup>89</sup> Al respecto, la sentencia afirma:

*“En ese contexto, la previsión constitucional conforme a la cual el Estado se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana (C.P. art. 1.), impone a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona (...) Finalmente cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de dignidad humana, comporta un mandato constitucional que determina no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna”.* (negrilla fuera del texto original).

*Id.*

En conclusión, el Congreso de la República tiene competencia para regular la protección de las parejas homosexuales, pero en caso de no ofrecerles ningún tipo de protección, irrespetando los límites constitucionales a los que se encuentra obligado. Ello justifica la intervención del juez constitucional que, en desarrollo de su rol de guardián de la Constitución y de protector de los derechos fundamentales, debe buscar que las injusticias cometidas por la ley no se perpetúen. Como lo veremos a continuación, esto puede suceder si la solución de esas injusticias queda sometida indefinidamente a las mayorías políticas, en especial cuando éstas se ven permeadas por prejuicios sociales e históricos, como es el caso de aquéllos que existen contra los homosexuales.

### **iii) Proyectos de ley para reconocer derechos a las parejas homosexuales**

El Congreso de la República se ha negado sistemáticamente a garantizar el mínimo de protección al cual tienen derecho las parejas homosexuales en materia de seguridad social. De hecho, a pesar de que han sido varias las iniciativas legislativas que han tenido ese propósito, ninguna ha sido aprobada por el Congreso. Más aún, el Congreso tampoco ha reformado la ley 100 de 1993 para lograr ese propósito, aunque han sido innumerables las modificaciones que ha hecho de ella en sus 14 años de vigencia.

En este apartado se analizará la suerte que han tenido los distintos proyectos de ley que han pretendido reconocer los derechos de las parejas homosexuales. En primer lugar, describiremos el proceso legislativo de 5 proyectos de ley que han sido discutidos en el Congreso de la República (a). En segundo lugar, nos detendremos a analizar el proceso del último proyecto de ley que hizo curso en el Congreso, reconstruyendo su trámite legislativo, el debate social y político que acompañó el debate, y la actuación institucional del movimiento de gays y lesbianas (b).<sup>90</sup> En tercer término, señalaremos los efectos de este letargo legislativo (c), y finalmente, argumentaremos las razones por las cuales la Corte Constitucional debe proferir una sentencia que proteja los derechos de la minoría homosexual (d).

#### **a. Proyectos de ley sobre parejas homosexuales (1999 – 2007)**

Ante el precedente constitucional según el cual es el Congreso de la República el que debe regular los derechos de las parejas homosexuales, el movimiento de

---

<sup>90</sup> Cuando se habla de movimiento de gays y lesbianas, se hace referencia a las distintas formas asociativas y a las personas de esta minoría que realizan movilización social y política para la garantía de sus derechos, la lucha contra la discriminación y el trabajo comunitario. Se estima en 60 el número de organizaciones de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el país, entre las cuales se encuentran organizaciones no gubernamentales, grupos universitarios, grupos espirituales, grupos de auto-apoyo, grupos comunitarios y culturales. En otras palabras, es la sociedad civil organizada representativa de las minorías sexuales.

gays y lesbianas se movilizó activamente con el fin de lograr esa regulación. En los últimos 8 años, el movimiento inició acciones de presión ciudadana y logró a través de parlamentarios de distintos partidos políticos impulsar 5 proyectos de ley para el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales. Sin embargo, ninguno de esos proyectos tuvo éxito, o bien por falta de trámite de las iniciativas, o bien por archivo por votación. A continuación resumiremos brevemente dichas iniciativas, así como la suerte que corrieron:

- En el año 1999<sup>91</sup>, la senadora Margarita Londoño (Partido Verde – Oxígeno) presentó un proyecto de ley que pretendía garantizar los derechos patrimoniales de las parejas homosexuales y el derecho a la afiliación a la seguridad social, y que contemplaba otras medidas contra la discriminación de la población homosexual. Este proyecto fue presentado en la Comisión Primera del Senado y posteriormente fue archivado por falta de trámite.
- El 22 de agosto de 2001<sup>92</sup>, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó un proyecto de ley que pretendía otorgar reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo a través de un régimen especial de conformación distinto al de las parejas heterosexuales, y mediante el cual se garantizarían sus derechos patrimoniales, de seguridad social, de alimentos, herenciales y laborales. La iniciativa también contemplaba medidas contra la discriminación de la población homosexual. El proyecto de ley (No. 85 de 2001-Senado<sup>93</sup>), cuyo ponente fue el senador Jesús Piñacué (senador elegido por circunscripción especial indígena), recibió ponencia positiva, fue aprobado en primer debate por la Comisión Primera del Senado, pero fue archivado por decisión de la Plenaria del Senado.<sup>94</sup>
- El 6 de Agosto de 2002, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó nuevamente un proyecto similar al que había presentado el año anterior, cuyo ponente fue el Senador Carlos Gaviria Díaz (Frente Social y Político - Alternativa Democrática). El proyecto de ley (No. 45 de 2002-Senado<sup>95</sup>) recibió aprobación de la Comisión Primera del Senado, pero en segundo debate fue archivado por decisión de la Plenaria del Senado en

---

<sup>91</sup> Tres años después de la Sentencia C-098 de 1996.

<sup>92</sup> Dos meses después de la Sentencia SU-623 de 2001, la cual se produjo el 14 de junio de 2001.

<sup>93</sup> "Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos y otros derechos".

<sup>94</sup> Gacetas del Congreso No. 510 de 2001, 603 de 2001 y 189 de 2002.

<sup>95</sup> "Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos".



septiembre de 2003.<sup>96</sup>

- El 1 de septiembre de 2004, la senadora Piedad Córdoba (Partido Liberal) presentó por tercera vez un proyecto de ley que pretendía reconocer derechos patrimoniales a las parejas homosexuales. Nuevamente, el ponente del mismo fue el Senador Carlos Gaviria Díaz (Frente Social y Político - Alternativa Democrática). El proyecto de ley (No. 113-Senado<sup>97</sup>) fue archivado por falta de trámite el 27 de junio de 2005.

#### **b. Proyecto de ley No. 130 de 2005 - Senado y 152 de 2006 - Cámara**

En este apartado se describe el proceso del último proyecto de ley tramitado en el seno del Congreso de la República y tendiente a reconocer derechos a las parejas homosexuales. Este proyecto es relevante, pues ha sido la única iniciativa legislativa que ha surtido todo el trámite legislativo, y además contó con un amplio respaldo social y político. Sin embargo, este proyecto también es la expresión más evidente del abuso de poder de las mayorías políticas sobre las personas homosexuales y sus parejas. En lo que sigue nos referiremos al trámite legislativo del proyecto, al debate y apoyo que recibió, y a los resultados de su archivo.

#### ***Trámite legislativo***

El 10 de Octubre de 2005, el Senador Álvaro Araujo (Partido Alas – Equipo Colombia) presentó un nuevo proyecto de ley que buscaba otorgar derechos patrimoniales y de seguridad social a las parejas del mismo sexo. El proyecto de ley No. 130 - Senado y 152 - Cámara<sup>98</sup> fue aprobado por la Comisión Séptima del Senado, la Plenaria del Senado, la Comisión Séptima de la Cámara y la Plenaria de la Cámara. No obstante, el proyecto fue archivado de manera intempestiva el 19 de junio de 2007, debido a que el Senado de la República no aceptó el informe de conciliación.

A continuación describiremos el trámite legislativo del proyecto en tres momentos: trámite en el Senado, trámite en la Cámara y trámite de conciliación.

---

<sup>96</sup> Gacetas del Congreso No. 381 de 2002, 438 de 2002 y 484 de 2003.

<sup>97</sup> “Por la cual se reconoce la unión de parejas del mismo sexo y sus efectos patrimoniales.”

<sup>98</sup> “Por el cual se dictan medidas relativas a la Protección Social de las parejas del mismo sexo.” El texto del proyecto original fue el siguiente: "Artículo 1º. Las parejas conformadas por personas del mismo sexo podrán acceder a la seguridad social y podrán conformar sociedades patrimoniales, con los mismos requisitos y condiciones previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes”.

### *Trámite en Senado*<sup>99</sup>

El proyecto de ley No. 130 - Senado recibió ponencia favorable de las senadoras Flor Modesta Gnecco (Partido de la U) y Ángela Cogollos (Partido Alas – Equipo Colombia) y del senador Luis Carlos Avellaneda (Polo Democrático Alternativo).<sup>100</sup> En la ponencia para primer debate se resalta que el proyecto desarrolla los principios constitucionales y deberes estatales. Igualmente, la ponencia para primer debate analiza el principio de universalidad y de no discriminación frente a las parejas homosexuales, justificando de este modo la protección de estas parejas.

El proyecto de ley fue aprobado en primer debate el 6 de junio de 2006 por la Comisión 7ª del Senado, con 11 votos a favor y 2 en contra. Durante el primer debate se le introdujo un parágrafo, según el cual se aplicaría el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo.<sup>101</sup>

El segundo debate de este proyecto se desarrolló en la Plenaria del Senado. La ponencia mayoritaria para segundo debate fue favorable y se fundaba en argumentos similares a los de la ponencia para primer debate. La ponencia minoritaria fue negativa, y se fundó principalmente en el argumento según el cual proteger a la pareja homosexual quebranta el deber de protección constitucional de la familia.<sup>102</sup> El 10 de octubre de 2006, la iniciativa fue aprobada por la Plenaria del Senado de la República, con 49 votos a favor y 40 en contra.

En resumen, los argumentos a favor del proyecto, expuestos en la Plenaria de Senado, se centraron en los siguientes asuntos: (i) la protección que el Estado debe a las minorías, (ii) los principio de no discriminación y de universalidad en materia de seguridad social, y (iii) las situaciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las parejas del mismo sexo en relación con sus derechos patrimoniales y de seguridad social. Para los congresistas favorables a esta iniciativa, era claro

---

<sup>99</sup> Proyecto publicado en la Gaceta del Congreso No. 702 de 2005; ponencia para primer debate publicada en la Gaceta del Congreso No. 69 de 2006; ponencia para segundo debate publicada en la Gaceta del Congreso No. 173 de 2006.

<sup>100</sup> Recibió ponencia negativa del senador Dieb Maloof Cusé (Colombia Viva).

<sup>101</sup> El texto aprobado fue el siguiente: "Parágrafo. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en las normas vigentes, regirá y se aplicará de igual forma para las parejas del mismo sexo...".

<sup>102</sup> Según la ponencia negativa para segundo debate al proyecto de ley No. 130, presentada por el senador Dieb Maloof, "(e)l proyecto de ley 130 de 2005, aprobado en la Comisión Séptima del Senado de la República, consideramos que vulnera la Constitución Política en sus artículos 5º y 42 y las leyes civiles que tratan la materia, especialmente la Ley 54 de 1990, la Ley 979 de 2005, entre otras". Gaceta del Congreso No. 177 de 2006.

que otorgar derechos a las parejas homosexuales no cambiaba el concepto constitucional de familia, ni otorgaba a estas parejas derechos como la adopción y el matrimonio.

Los argumentos esbozados en la Plenaria en contra de este proyecto de ley se pueden agrupar en los siguientes: (i) su inconstitucionalidad porque afecta el concepto de familia, (ii) el exceso de la cláusula de competencia del legislador, (iii) la afectación de las finanzas públicas, y (iv) la ausencia de necesidad por cuanto las parejas homosexuales tienen otras formas de acceder a los derechos de forma personal.<sup>103</sup>

### *Trámite en Cámara*

---

<sup>103</sup> Según la Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos (Cambio Radical), el proyecto

*“viola los artículos 5º, 42 y 48 de la Constitución Nacional, por cuanto:*

*– Infringe el concepto de que la familia es la institución básica de la sociedad (artículo 5º).*

*– Desconoce que la familia ‘es el núcleo fundamental de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos entre un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...’. (Artículo 42). Lo anterior se puede corroborar con la lectura de las Sentencias de la Corte Constitucional, C-434 de 1992, T-523 de 1992, C-575 de 1992, C-224 de 1994 C-098 de 1996, C-112 de 1998, SU-623 de 2001, C-814 de 2001 y T-349 de 2006.*

*– El proyecto de ley exige en principio la modificación de la Constitución Política, de acuerdo con su contenido y en razón a que la ponencia positiva y los argumentos que esgrimen quienes están a favor, en cuanto a que se trata de reglamentar derechos fundamentales de parejas del mismo sexo, razón por la que es inconstitucional tramitar el proyecto a través de una ley ordinaria, requiriendo de un acto legislativo. Una vez modificada la Carta Superior en cuanto al concepto familia, es necesario, valga la redundancia, modificar el Código de Familia, el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia. De igual manera, posteriormente las Leyes 100 de 1993, 54 de 1990, entre otras, y de ser necesario modificar también la Ley 819 de 2003 para revocar los requisitos que esta exige, como es, entre otros, el soporte correspondiente que debe expedir el Gobierno Nacional, que demuestre que fiscal y presupuestalmente son viables los proyectos de ley que como el que se está debatiendo, tienen un gran impacto fiscal, en razón a que se pretende aprobar el proyecto a pesar de adolecer de estos.*

*–Al aprobar su contenido se estaría olvidando, que aunque la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso por cuanto es a este a quien corresponde hacer las leyes (artículos 114 y 150 de la Constitución Política), este órgano tiene tal potestad genérica de desarrollar la Constitución y de expedir las reglas del derecho, pero ajustada a esta. Dice la Corte Constitucional en Sentencia C-527 de 1994, que se trata de una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así, el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas **ni los principios y valores constitucionales...**” (negrilla en el texto original).*

Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos, Constancia de voto negativo al proyecto de ley No. 130 – Senado, publicada en la Gaceta del Congreso No.547 de 2006.

En el mes de noviembre de 2006, el proyecto de ley inició su trámite en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes.<sup>104</sup> El 5 de diciembre, la Comisión escuchó en audiencia pública a los ciudadanos que estaban interesados en la iniciativa, con el fin de garantizar el principio de participación ciudadana en la labor legislativa. Posteriormente, el 24 de abril de 2007 la Comisión aprobó el proyecto de ley con algunas modificaciones.<sup>105</sup>

Durante el trámite en la Cámara de Representantes, los parlamentarios denunciaron prácticas dilatorias por parte del Presidente de esa corporación, Alfredo Cuello Baute, quien se oponía a la iniciativa. Por ello, algunos senadores y organizaciones del movimiento de gays y lesbianas pidieron su recusación a la Comisión de Ética de la Cámara, para separarlo de la dirección del debate. La Comisión de Ética decidió que el Presidente de la Cámara no podía dirigir ese debate; aún así, continuaron las denuncias en su contra por prácticas dilatorias, pues el Presidente de la Cámara continuó participando en la confección del orden del día, hecho que fue puesto en conocimiento del Procurador General de la Nación por el senador Armando Bendedetti.

El proyecto siguió su curso, y el 15 de junio de 2007 la Plenaria de la Cámara de Representantes aprobó el texto de la iniciativa tal como venía de la Comisión Séptima Constitucional Permanente, con una votación 62 votos a favor y 43 en contra. Los argumentos tanto a favor como en contra fueron similares a los esgrimidos en el Senado.

#### *Trámite de conciliación*

Debido a discrepancias gramaticales y técnicas en la formulación del proyecto, se conformó una comisión accidental que rindió informe de conciliación, en el cual

---

<sup>104</sup> Gacetas del Congreso No. 545 de 2006, 189 de 2007 y 293 de 2007.

<sup>105</sup> El texto aprobado por la Cámara fue el siguiente:

*"Artículo 1 ° Las parejas del mismo sexo que cumplan con los requisitos y condiciones previstas en la Ley 979 de 2005, podrán conformar sociedades patrimoniales.*

*Las parejas conformadas por personas del mismo sexo podrán acceder a la Seguridad Social con los mismos requisitos y condiciones previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes y compañeras permanentes, incluidos los mecanismos de demostración previstos en el artículo 2° de la Ley 979 de 2005.*

*En el caso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de los hijos con derecho a ser inscritos en el Régimen Contributivo de conformidad con la normatividad vigente, la protección en calidad de beneficiario se extenderá solamente al miembro de la pareja.*

*Parágrafo 1°. En caso de que el compañero o compañera cotizante del mismo sexo haya tenido anteriormente cónyuge o compañero(a) heterosexual reconocido(a) de acuerdo con las normas vigentes, sólo se tendrá en cuenta esta circunstancia para lo relacionado con los derechos de Pensión de Sustitución o Sobrevivientes y se aplicará lo establecido en las leyes correspondientes.*

*Parágrafo 2°. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en las normas vigentes regirá y se aplicará de igual forma para las parejas del mismo sexo."*

se afirmó: *"Los conciliadores llegamos a la sana conclusión que el texto aprobado en segundo debate de la honorable Cámara de Representantes le otorga las mejores garantías al presente proyecto de ley e igualmente presenta mejor redacción en términos de técnica jurídica(...)"*.

El informe de conciliación fue puesto a disposición de las Plenarias de las dos cámaras, siendo votado negativamente en la Plenaria del Senado de la República y afirmativamente en la Cámara de Representantes. El informe de conciliación fue negado por el Senado sin ningún debate, en una votación de 34 votos contra 29. De esta forma, en la etapa final de conciliación de los textos, que tenía como objetivo racionalizar y hacer eficiente la acción legislativa, no fue aprobada la iniciativa.

Lo anterior sucedió, a pesar de que durante el trámite parlamentario del proyecto de ley se produjeron dos hechos legales trascendentales para este tema fuera del Congreso, a los cuales hemos hecho referencia en varias ocasiones a lo largo de esta demanda, a saber: la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional y la decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *X contra Colombia*.

### ***Diálogo y respaldo institucional al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales***

Durante el trámite parlamentario del proyecto de ley, diversas instituciones y organizaciones sociales participaron en el debate para mostrar la legalidad y conveniencia de la iniciativa, lo cual demuestra la importancia del tema y, al mismo tiempo, la gravedad del hundimiento del proyecto de ley.

De un lado, el proyecto obtuvo amplio apoyo del Gobierno. Así, el Presidente de la República defendió en varias oportunidades la importancia de una iniciativa como ésta. En el primer taller democrático de su campaña política para la reelección, el 29 de marzo de 2006 el Presidente Álvaro Uribe se comprometió a apoyar temas relativos al régimen común de bienes y seguridad social para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, como Presidente, el doctor Uribe reiteró su posición sobre los derechos de las parejas del mismo sexo y en particular sobre el tema de la seguridad social, diciendo:

*"al matrimonio no, a la adopción no, a los derechos patrimoniales y a la seguridad social sí, en ese sentido se debe trabajar; la Constitución colombiana dice que la seguridad social debe ser solidaria, eficiente y avanzar hacia la universalidad. Esas instrucciones las tiene el Señor Ministro de la Protección, que todo lo que expresamos en la campaña sobre el tema se traduzca en voluntad del gobierno manifestada ante el*

*Congreso de la República*".<sup>106</sup>

Más adelante, durante el trámite del proyecto de ley, el Presidente pidió a su bancada en el Congreso, y especialmente al Partido Conservador, que lo apoyaran. *"Ese fue un compromiso de mi campaña y les pido que me ayuden a aprobarlo"*, les dijo Uribe.<sup>107</sup> Finalmente, al conocer la no aprobación del proyecto de ley, el Presidente ratificó su apoyo a los derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas homosexuales.<sup>108</sup>

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social manifestó su apoyo al proyecto de ley en el trámite legislativo tanto ante el Senado como ante la Cámara. Así, en comunicación de 2 de febrero de 2007 dirigida a la Comisión Séptima de la Cámara, el Ministerio reiteró su apoyo al proyecto y aclaró algunas dudas sobre la iniciativa. En ese concepto, el Ministerio estimó que la población homosexual ascendía a una cifra aproximada de 1.660.881 personas<sup>109</sup>, y afirmó que el reconocimiento de las parejas del mismo sexo traería beneficios para la salud pública, en lo que se refiere a la lucha contra la epidemia del VIH – SIDA.<sup>110</sup>

En el mismo sentido, el Ministerio de Hacienda dio aval al proyecto de ley en cuestión en un concepto del 7 de junio de 2007. Allí, el Ministro afirmó:

*"Después de este análisis podemos concluir que el proyecto no afectará la sostenibilidad financiera del Sistema, siempre y cuando establezca expresamente que la ley 979 de 2005 aplica para determinar los*

---

<sup>106</sup> Declaraciones a Caracol Radio, 12 de septiembre de 2006.

<sup>107</sup> *El Tiempo*, 19 de octubre de 2006.

<sup>108</sup> Declaraciones en Asamblea Anual de FENALCO, 21 de junio de 2007. En esta asamblea dijo el Presidente:

*"El tema de las parejas homosexuales. Son temas muy difíciles, donde entra una lucha entre el respeto a la intimidad, la ética, los compromisos con la comunidad, las creencias religiosas. Temas muy difíciles. Y qué difícil referirse a ellos y qué difícil resolverlos. Yo he pensado que en esos temas, la fórmula es la que menos antagonismo cree. Y por eso yo, como Presidente, dije al año pasado: una fórmula que puede crear los menores antagonismos, es la fórmula de decirle no al matrimonio, no a la adopción, sí a la seguridad social y a los derechos patrimoniales. Yo creo que es un buen balance entre el respeto a la intimidad y la obligación de no hacerle daño al prójimo. Es un buen balance para no antagonizar la sociedad colombiana".*

<sup>109</sup> De acuerdo con el concepto del Ministerio,

*"según estimaciones realizadas sobre estudios científicos consistentes entre sí (Kinsey, 1948; Hunt, 1974; Diamon, 1993; Siedman & Reidor, 1994; Stell et al., 1995) en Colombia se puede estimar que un 5% de personas mayores de 15 años son de orientación homosexual exclusiva, lo que equivaldría a una cifra de alrededor de 1.660.881 personas, hombres y mujeres homosexuales".*

<sup>110</sup> Al respecto expresó el Ministerio en su concepto:

*"Desde la perspectiva de salud pública, el no reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales en las mismas condiciones de sus pares heterosexuales tiene un impacto negativo sobre la epidemia de SIDA en la medida en que obliga al confinamiento, la clandestinidad y propicia, de alguna manera, la inestabilidad de las parejas. La condena social se traduce en aumento de casos de infección y no lo contrario, como erróneamente se argumenta cuando se discuten estos casos".*

*requisitos de estas parejas por cuanto ésta es una previsión que evita posibles fraudes y por tanto garantiza que no haya impacto en la sostenibilidad financiera del sistema.*"<sup>111</sup>

A esta posición del Gobierno Nacional se sumó el Procurador General de la Nación, quien en reiterados conceptos presentados ante la Corte Constitucional<sup>112</sup>, que fueron conocidos por los parlamentarios, señaló que es competencia del Congreso expedir una ley que proteja a las parejas del mismo sexo *"para eliminar las injusticias y discriminaciones existentes en relación con los derechos reconocidos constitucionalmente a las personas y las parejas homosexuales"*. En dichos conceptos indicó además que *"(e)l legislador bien puede extender a las parejas homosexuales un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de similares efectos jurídicos que les reconoció a las uniones maritales de hecho"*.

De otro lado, el proyecto de ley obtuvo apoyos políticos relevantes. Así, los líderes de la oposición al gobierno también se expresaron favorablemente hacia la iniciativa. Carlos Gaviria, presidente del Polo Democrático Alternativo, ratificó su apoyo al proyecto de ley en comunicación al Presidente del Congreso de 6 de junio de 2007, diciendo:

*"el Polo Democrático Alternativo (PDA), de acuerdo con su Ideario de Unidad y sus estatutos, reconoce la importancia de los derechos patrimoniales como lo estableció la Corte Constitucional en su sentencia C-075 de 2007, y cree necesario avanzar en la protección de los derechos en seguridad social de las parejas del mismo sexo como bien lo pretende dicha iniciativa"*.

Por su parte, el expresidente César Gaviria, presidente del Partido Liberal Colombiano, firmó una declaración pública de 10 de marzo de 2006, en la que apoyaba la iniciativa en los siguientes términos: *"apoyaríamos legislación para extender la afiliación de estas parejas a la seguridad social y la posibilidad de conformar un patrimonio común como pareja"*. Esta declaración también fue firmada por el Partido de la U, el Polo Democrático Alternativo y el movimiento político Por el País que Soñamos.

Además, en el debate parlamentario, el proyecto de ley recibió apoyos de congresistas de todos los partidos políticos con presencia en el Congreso, excepto del movimiento político MIRA, de origen cristiano.

---

<sup>111</sup> Con este aval se resolvieron las dudas sobre los costos de la extensión del derecho a la seguridad social a las parejas del mismo sexo, pues el Ministerio expresó que dichos costos son razonables y sostenibles y, por tanto, no afectan el marco fiscal de mediano plazo, ni el presupuesto nacional.

<sup>112</sup> Los conceptos fueron presentados en los procesos D-6330, D-6362 y D-6749.

Como puede advertirse, la consagración de derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas homosexuales tiene un respaldo institucional y político diverso e importante, y su relevancia es igualmente reconocida por la opinión pública y la ciudadanía. Pese a ello, el proyecto de ley se terminó hundiendo y, en consecuencia, perpetuó la situación de desprotección y afectación de derechos de la población homosexual.

### **c. Efectos del letargo legislativo**

Cabe resaltar que, durante más de diez años, el movimiento de gays y lesbianas usó, sin éxito, todos los medios democráticos disponibles para conseguir una protección mínima de sus derechos por la vía parlamentaria, tales como el cabildeo con parlamentarios (cartas, llamadas, reuniones), la elaboración y aportación de estudios técnicos y legales, la producción de información pública, la movilización social, entre otros. A pesar de ello, la población homosexual continúa enfrentando las injusticias y efectos negativos derivados de la ausencia de regulación de los derechos de las parejas del mismo sexo.

En ese sentido, la no aprobación de la iniciativa legislativa en las condiciones descritas demuestra que existe un letargo legislativo en materia del derecho a la seguridad social de los integrantes de parejas homosexuales, el cual se prueba con las siguientes razones.

En primer lugar, en los últimos 8 años, el Congreso de la República no ha aprobado ninguno de los 5 proyectos de ley que se han discutido en su seno buscón el fin de regular los derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas del mismo sexo. Así, a pesar de tener competencia para regular la materia y de evidenciarse la necesidad urgente de hacerlo, el Congreso no ha usado su competencia de regulación en materia de seguridad social y, con ello, ha generado impactos negativos de carácter permanente sobre gays y lesbianas.

En segundo lugar, aunque en múltiples ocasiones el Congreso de la República ha tenido la oportunidad de modificar y adicionar la ley 100 de 1993, en ninguna de ellas ha tenido en cuenta a las parejas homosexuales. Con ello, ha demostrado su indiferencia frente a las necesidades de protección que poseen estas parejas en materia de seguridad social.

En tercer lugar, a pesar del amplio consenso institucional, político y social sobre la necesidad de esa protección, de los distintos argumentos presentados en su favor y de la importante movilización del grupo discriminado y afectado por su ausencia, el Congreso de la República se ha negado sistemáticamente a proteger



el derecho a la seguridad social de las parejas homosexuales. Al hacerlo, el Congreso ha ignorado los múltiples argumentos en su favor, así como del cambio social que se ha generado en los actores democráticos e institucionales, consistente en el reconocimiento de su importancia.

En cuarto lugar, pese a que la ausencia de regulación es una violación del derecho a la igualdad y a la dignidad humana de los integrantes de las parejas homosexuales, con su letargo, la mayoría política demuestra que, para ellas, esta legislación no es necesaria ni relevante. Así pues, la experiencia legislativa demuestra que la mayoría política hace caso omiso de los argumentos constitucionales y de conveniencia que justifican la protección de las parejas del mismo sexo, así como de los efectos que tiene su ausencia.

En quinto lugar, esta actitud de negligencia de la mayoría política frente a los derechos de la minoría homosexual se está reproduciendo en otras corporaciones públicas del país, incluso frente a normas que no son moralmente controversiales y que pretenden garantizar las mínimas condiciones institucionales de igualdad y no discriminación. Así, por ejemplo, en el mes de julio de 2007, la Comisión de Gobierno del Concejo de Bogotá votó en contra del proyecto de acuerdo No. 357 de 2007, "Por medio del cual se establecen lineamientos de política pública en relación con personas lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas –LGBT- en Bogotá y se dictan otras disposiciones", que era respaldado por concejales de diversos partidos (Polo democrático, Por la Bogotá que Soñamos, Partido Liberal) y por el gobierno distrital. Los argumentos utilizados para hundir el proyecto en su primer debate fueron abiertamente homofóbicos y contrarios al espíritu del Estado Social y Democrático de Derecho.

#### **d. La Corte Constitucional y la protección de los derechos de la minoría homosexual**

En el apartado anterior se mostró que el movimiento de gays y lesbianas no ha podido lograr el reconocimiento de un mínimo de protección en favor de las parejas homosexuales a través del debate parlamentario, a pesar de que durante varios años ha acudido a éste para intentarlo. Esto ha sucedido debido a que el factor determinante en ese escenario es el principio mayoritario que, si bien constituye un pilar fundamental de la democracia, en algunos casos puede ser insuficiente para garantizar la protección de los derechos de las minorías. Es justamente esto lo que justifica la intervención del juez constitucional en casos como el presente.

En este caso, la Corte Constitucional debe intervenir con el fin de garantizar un mínimo de protección a la minoría homosexual, ya que, como lo mostramos anteriormente, la reticencia e indiferencia de las mayorías políticas dificulta

enormemente que esta minoría pueda hacer valer sus derechos en la arena democrática. La experiencia demuestra que dejar los derechos de los homosexuales en manos de la opinión y convicciones de las mayorías implica daños y perjuicios incompatibles con un Estado Social de Derecho.

La petición contenida en esta demanda consistente en que la Corte actúe en favor de una minoría marginada y/o estigmatizada por las mayorías políticas no es nueva para la jurisprudencia constitucional. En efecto, la Corte ha reconocido que el principio de mayorías puede ir en contra de los derechos de las minorías, hasta el punto de que los reclamos de protección de éstas no sean siquiera escuchados, lo cual justifica la intervención del juez constitucional para proteger tales derechos. Así lo hizo al referirse a la población carcelaria en la sentencia T-153 de 1998, en la cual la Corte declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en los centros penitenciarios del Estado.<sup>113</sup> En dicha sentencia la Corte manifestó:

*“51. La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos”<sup>114</sup> (negrilla fuera del texto original).*

En el caso que nos ocupa, el juez constitucional debe asumir la vocería de la minoría homosexual, pues si bien ésta ha tenido acceso a los organismos de decisión política, no ha logrado los resultados esperados, dada la reticencia o indiferencia de la mayoría política frente al tema. Como se mencionó anteriormente, la minoría homosexual se ha organizado y ha agotado todos los caminos democráticos disponibles, sin éxito. Prueba de ello son los 5 intentos fallidos de lograr una regulación en materia de seguridad social para parejas del mismo sexo, la no modificación de la ley 100 de 1993 en sus 14 años de vigencia, y la omisión del llamado al Congreso de la República para regular la materia.

La lógica del principio de las mayorías podría llevar a pensar que la minoría homosexual debería seguir insistiendo en el Congreso hasta lograr el reconocimiento de sus derechos. Pero esta lógica no es aplicable a este caso por las siguientes razones.

En primer lugar, la lógica del principio de las mayorías es propia de partidos políticos en pugna, y no de las minorías sociales contra las mayorías políticas. En

---

<sup>113</sup> Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>114</sup> *Id.*

efecto, el concepto de mayoría no es aplicable a la minoría homosexual, que en ninguna cultura contemporánea supera el 10% del total de la población, lo cual dificulta que, por la vía electoral, se convierta en una mayoría. Así pues, mientras que en el futuro la oposición política puede convertirse en la mayoría a través del proceso democrático<sup>115</sup>, a la minoría social le queda difícil hacerlo, pues es un participante indirecto del debate parlamentario que, por ende, no tiene mucho poder en el seno del Congreso. En conclusión, la minoría homosexual es un actor indirecto y sin mayor poder en el parlamento que, a pesar de ello, ha usado todos los caminos democráticos para buscar un mínimo de protección en materia de seguridad social para las parejas del mismo sexo, tal y como lo demuestra la experiencia legislativa, previamente narrada. Por ello, someter a esta minoría a la búsqueda indefinida de la protección de sus derechos a través de la vía legislativa no es compatible con la Constitución, la vigencia de un orden justo y la prevalencia de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la historia de discriminación y exclusión de gays y lesbianas y de las parejas por éstos constituidas es, en gran medida una historia de discriminación derivada de la ley, lo cual demuestra que las mayorías parlamentarias generalmente son indiferentes e incluso hostiles respecto de los derechos de la población homosexual. Esta relación entre prejuicios sociales y normas legales en materia de derechos de la población homosexual fue resaltada por la Corte en la sentencia C-481 de 1998 de la siguiente manera:

*“Normas como la acusada [que tipificaba la homosexualidad como falta disciplinaria de los docentes] 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”.*<sup>116</sup>

En tercer lugar, dejar indefinidamente los derechos de los miembros de una población históricamente discriminada en manos de las mayorías políticas genera

---

<sup>115</sup> Según la Corte, “(e) por ello que en los actuales Estados democráticos se considera a la voluntad de la oposición como un decidir hacia el futuro, pues en la medida en que no renuncien a las razones que los llevaron a disentir de una determinada decisión, es posible que a través de un nuevo proceso legislativo alcancen la mayoría de votos suficientes para lograr el reconocimiento normativo de sus intereses y anhelos”. Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Rodrigo Escobar Gil; Marco Gerardo Monroy Cabra; Humberto Antonio Sierra Porto; Álvaro Tafur Galvis; Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>116</sup> Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

incertidumbre sobre la garantía efectiva de sus derechos y aplaza injustificadamente la atención de sus necesidades. Es importante recordar que en la sentencia C-098 de 1996 la Corte Constitucional estableció la libre opción sexual como derecho fundamental autónomo que, como tal, se sustrae de la decisión de la mayoría política. Así, según la Corte, “*(e)l derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria*”.<sup>117</sup>

En cuarto lugar, los votos y opiniones de los parlamentarios son libres y, como tal, pueden ilustrar sus convicciones políticas y personales. Sin embargo, no puede permitirse que sus convicciones en materia de la homosexualidad, y en particular aquéllas arraigadas a viejos y discriminatorios prejuicios, perpetúen la injusticia generada por la ausencia cada vez más prolongada de un mínimo de protección para las parejas homosexuales en materia de seguridad social. Ello porque los derechos fundamentales constituyen un límite para la opinión política mayoritaria. Como tal, ésta no puede imponer sus convicciones sobre la sexualidad si ello implica una afectación de derechos, pues esto constituiría un abuso de poder. La Corte Constitucional ha recordado con acierto el papel de los derechos en el debate democrático y su relación con el principio mayoritario:

*“En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo [Cf Ronald Dworkin. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1989, p. 303.] pues ‘condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas’<sup>118</sup>. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general”*.<sup>119</sup>

Así las cosas, en nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales se sustraen a la decisión de la mayoría y al ejercicio del poder estatal. Estos derechos imponen un límite que puede implicar deberes tanto negativos como positivos para el Estado, y en particular para el legislador. En el caso que nos ocupa, los derechos fundamentales de las personas homosexuales exigen un

---

<sup>117</sup> Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>118</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-350/94 MP Alejandro Martínez Caballero.

<sup>119</sup> Corte Constitucional, sentencia T-669 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte reiteró lo dicho en esta sentencia en una decisión posterior: Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

mínimo de protección para las parejas por ellas conformadas. Por consiguiente, la omisión reiterada e injustificada del legislador de regular esta materia transgrede el límite impuesto por estos derechos y, por ende, los vulnera.

En razón de lo anterior, la intervención de la Corte Constitucional para garantizar el mínimo de protección que se ha negado a ofrecer el legislador a las parejas homosexuales resulta necesaria. Lejos de quebrantar el principio democrático, una intervención de esta naturaleza sería la expresión del rol que el juez constitucional cumple en una democracia, a saber: ser el garante de los derechos fundamentales de las minorías, con el fin de que las mayorías no arrasen con ellas.

Y es que, si la Corte insiste en sus pronunciamientos anteriores y determina que la ausencia de protección en materia de seguridad de las parejas del mismo sexo puede ser corregida por el Congreso en un futuro sin que sea necesaria su intervención, ello equivaldría a someter el derecho a la seguridad social de las parejas homosexuales a una situación incierta y contingente por un tiempo indefinido. En efecto, a pesar de que, en diversas ocasiones, la Corte ha señalado que es competencia del legislador regular este derecho, éste sólo ha demostrado indiferencia y reticencia frente al tema. Por tanto, es muy posible que el reconocimiento de este derecho continúe siendo bloqueado por las mayorías y que, ante la renuencia del juez constitucional de intervenir en el asunto, termine condenándose a la población homosexual a una situación sin salida.

En consecuencia, de manera respetuosa solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que impida que los derechos de la población homosexual continúen siendo sometidos a una situación de encrucijada y de desprotección de parte de las distintas autoridades estatales, a través de una intervención que garantice un mínimo de protección en materia de seguridad social a las parejas del mismo sexo.

### **3) Consideraciones técnicas sobre la formulación de la demanda**

Habiendo desarrollado ya los cargos de fondo contra las normas acusadas, resulta importante enfrentar ahora las complejidades de técnica constitucional que presenta esta demanda, con el fin de demostrar que la solicitud de la misma es procedente y conducente no sólo por razones materiales sino también procedimentales. Esencialmente, la demanda presenta dos complejidades de técnica constitucional.

La primera complejidad de técnica constitucional se refiere a la relación que existe entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 aquí acusado y las disposiciones de la ley 100 de 1993 también acusadas aquí. En efecto, de la manera como se

comprenda esta relación dependerá que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de todas las normas acusadas, o únicamente sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la ley 100 que se acusan (A).

La segunda complejidad de técnica constitucional de esta demanda se refiere al tipo de cargo que se formula contra las normas acusadas. En efecto, de la manera como la Corte interprete el contenido de las normas acusadas, dependerá que el cargo contra ellas sea concebido como una solicitud de constitucionalidad condicionada o como una solicitud de declaratoria de una omisión legislativa relativa (B).

A continuación desarrollaremos cada uno de estos puntos en mayor detalle.

#### **A. La relación entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las disposiciones acusadas de la ley 100 de 1993**

La relación existente entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 que aquí se demanda y las disposiciones de la ley 100 de 1993 que también se acusan plantea una complejidad de técnica constitucional, puesto que hay dos posibles formas en las cuales la Corte Constitucional puede comprender esta relación, que inciden en las normas respecto de las cuales procede un análisis de fondo de la Corte.

Así, si dicha relación se comprende en el sentido de que el artículo 1 de la ley 54 de 1990 se proyecta a los regímenes jurídicos que –como la ley 100- se refieren a la noción de compañeros permanentes, la Corte debería pronunciarse sobre la constitucionalidad del conjunto normativo conformado por todas las disposiciones acusadas (i). En cambio, si la relación entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las disposiciones acusadas de la ley 100 se comprende en el sentido de que la primera norma no se proyecta a estas últimas, la Corte debería en todo caso pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas de la ley 100, mas podría declararse inhibida respecto del artículo 1 de la ley 54 de 1990 (ii). Veamos.

##### **i) Primera interpretación posible: la existencia de un conjunto normativo conformado por el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las disposiciones acusadas de la ley 100 de 1993**

Una primera forma de comprender la relación entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las disposiciones acusadas de la ley 100 de 1993 consiste en considerar que, si bien la ley 54 de 1990 tiene un ámbito normativo propio –referido al régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho-, su artículo 1 se proyecta a otros regímenes jurídicos distintos e independientes, uno de los cuales es aquél

contenido en la ley 100 de 1993. Esta proyección se explica por el hecho de que el artículo 1 de la ley 54 de 1990 contiene las definiciones jurídicas de nociones como “unión marital de hecho” y “compañero y compañera permanente”. Estas nociones han sido reproducidas por otras leyes –entre ellas la ley 100 de 1993-, y tradicionalmente han sido interpretadas no de manera autónoma, sino por remisión a las definiciones de la ley 54 de 1990. Así, como lo expresó la demanda de inconstitucionalidad que condujo a la sentencia C-075 de 2007, la ley 54 de 1990 ha sido, hasta ahora, “el referente normativo a la luz del cual se interpretan todas aquellas disposiciones que dentro del ordenamiento otorgan derechos e imponen deberes a las parejas unidas por vínculos extramatrimoniales”.

Esta manera de comprender la relación entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las demás normas que –como la ley 100- hacen referencia a la noción de compañeros permanentes parece ser aquélla adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007. En efecto, como lo hemos mencionado anteriormente, en esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 1 y 2 literal a de la ley 54 de 1990, comprendidos en conjunto, en el entendido de que el régimen de protección allí contenido aplica también a las parejas homosexuales. Además, en dicha sentencia la Corte se inhibió de pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 1 de la ley 54 de 1990, considerado de manera aislada, argumentando que las definiciones contenidas en esa norma no pueden en sí mismas considerarse vulneratorias de la Constitución, sino que deben analizarse en conjunto con las normas que establecen unos efectos determinados para dichas definiciones. Así, expresó la Corte:

*“(…) para que exista demanda en forma, es preciso que la acusación se dirija, en cada caso, contra el conjunto normativo integrado por la disposición que define la unión marital de hecho y las expresiones compañero o compañera permanente y aquellas que le fijan efectos concretos que puedan resultar contrarios a la Constitución”.*<sup>120</sup>

A manera de ilustración de lo anterior, la Corte dijo explícitamente que, para analizar la constitucionalidad de una figura como la pensión de sobrevivientes – contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 y acusada en esta demanda-, es

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, párr. 2.2.1.2.

necesaria la “consideración conjunta” de esta norma con el artículo 1 de la ley 54 de 1990.<sup>121</sup>

Estos planteamientos de la Corte se explican por el hecho de que, en su concepto, el artículo 1 de la ley 54 de 1990 conforma conjuntos normativos con cada uno de los regímenes que otorgan efectos jurídicos a las nociones de unión marital de hecho y/o compañeros permanentes que dicho artículo define. Así, para el caso que nos ocupa, existiría un conjunto normativo entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y todas las disposiciones de la ley 100 de 1993 que contienen la noción de compañero o compañera permanente y que le otorgan efectos jurídicos en materia de seguridad social.

La existencia de un conjunto normativo entre esas normas implica que, al momento de analizar su constitucionalidad, las mismas deben ser consideradas de manera conjunta y no aislada. De esa manera, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007, para determinar si el artículo 1 de la ley 54 de 1990 es o no constitucional, no basta con analizar esa norma, sino que resulta necesario analizar también los efectos que la misma genera en un régimen jurídico determinado, como lo es el régimen jurídico de la seguridad social en este caso. Así mismo, para determinar si las disposiciones de la ley 100 de 1993 que contienen la noción de compañero y compañera permanente son o no constitucionales, es preciso analizar estas disposiciones en conjunto con el artículo 1 de la ley 54 de 1990 que define dicha noción. Y, para que este análisis conjunto sea posible, es necesario demandar el grupo de normas indicando que se trata de un conjunto normativo.

Justamente por ello, esta acción pública de inconstitucionalidad demanda el conjunto normativo conformado por el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993. El propósito de demandar el artículo 1 de la ley 54 de 1990 es integrar la unidad normativa del proceso de inconstitucionalidad. Por ello, la pretensión principal de esta demanda es que las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en tales disposiciones de la ley 100 de 1993, pero cuyo referente normativo se encuentra en el artículo 1 de la ley 54 de 1990, sean declaradas exequibles

---

<sup>121</sup> *Id.* En sentido similar se expresó la Corte en la sentencia C-1043 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual profirió sentencia inhibitoria sobre el artículo 47 de la ley 100 de 1993 porque el contenido normativo adecuado para estudiar el asunto de la sustitución pensional de la pareja homosexual no había sido identificado. Dijo la Corte:

*“Lo que se pretende por los demandantes es que se declare la existencia de una omisión legislativa, con la consecuencia implícita de que se señale que en la expresión ‘compañera o compañero permanente’ están comprendidas las parejas del mismo sexo del causante, lo cual afecta la definición de la unión marital de hecho y del alcance que dentro de esa institución tienen las aludidas expresiones, lo cual remite a una disposición normativa distinta, la del artículo 1 de la Ley 54 de 1990, que no fue demandada en esta oportunidad.”*



condicionadamente, de forma tal que se consideren constitucionales sólo en el entendido de que el régimen de protección en materia de seguridad social allí consagrado para las parejas heterosexuales es también aplicable a las parejas homosexuales.

**ii) Segunda interpretación posible: no existe un conjunto normativo entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y las disposiciones acusadas de la ley 100 de 1993**

A pesar de lo dicho anteriormente, existe una segunda manera de comprender la relación entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y los demás regímenes normativos que –como la ley 100 de 1993– otorgan efectos jurídicos a la unión marital de hecho y a los compañeros permanentes. De acuerdo con esta interpretación, a pesar de referirse a las nociones definidas por la ley 54 de 1990, estos otros regímenes jurídicos comportan definiciones autónomas y distintas de tales nociones, por lo cual no cabe admitir que la ley 54 de 1990 se proyecta a estos regímenes jurídicos. Esto conduciría a la conclusión de que, para cuestionar la constitucionalidad de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en las disposiciones acusadas de la ley 100 de 1993, bastaría con demandar estas disposiciones, tornándose innecesario e incluso impertinente demandar también el artículo 1 de la ley 54 de 1993.

En virtud de las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 antes referidas, no creemos que la anterior sea la postura de la Corte en cuanto a la relación existente entre el artículo 1 de la ley 54 de 1990 y los regímenes jurídicos que, como la ley 100 de 1993, otorgan efectos jurídicos a las definiciones allí contenidas. Sin embargo, en caso de que la Corte opte por interpretar dicha relación de esta manera, ello no es óbice para que pueda darse un pronunciamiento de fondo sobre nuestra demanda. Esto porque, en caso de adoptar esta posición, la Corte podría inhibirse en el análisis del artículo 1 de la ley 54 de 1990 aquí demandado, y sólo pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la ley 100 de 1993 que también son objeto de esta demanda. En consecuencia, solicitamos a la Corte que, en caso de considerar que no procede un pronunciamiento suyo de fondo respecto del artículo 1 de la ley 54 de 1990, se pronuncie en todo caso sobre la constitucionalidad de los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993.

**B. El tipo de cargo que se eleva contra las normas acusadas**

La segunda complejidad de técnica constitucional que enfrenta la presente demanda está estrechamente ligada a la anterior, y se refiere al tipo de cargo que

técnicamente se erige contra el conjunto normativo integrado por las disposiciones demandadas.

En efecto, desde el punto de vista de la técnica constitucional, existen dos tipos de cargo que podrían elevarse contra las normas acusadas. Esos dos tipos de cargo conducirían al mismo resultado que busca la demanda, a saber: la constitucionalidad condicionada de las expresiones subrayadas o, en caso de no acceder a ella la Corte, su inconstitucionalidad. Sin embargo, se trata de cargos incompatibles entre sí que, por consiguiente, no pueden ser formulados a un mismo tiempo.

El que se formule uno u otro cargo depende de la manera como la Corte Constitucional interprete el contenido de las disposiciones acusadas. Así, si la Corte considera que las disposiciones acusadas admiten dos interpretaciones de la noción de compañeros permanentes, una que sólo se refiere a las parejas heterosexuales, y otra que incluye también a las parejas homosexuales, entonces debe considerarse que el cargo formulado contra ellas consiste en una solicitud de constitucionalidad condicionada de las mismas (i). En cambio, si la Corte considera que las disposiciones acusadas sólo pueden interpretarse en el sentido de que se refieren exclusivamente a las parejas heterosexuales, por cuanto el régimen de seguridad social que consagran busca proteger a la familia, entonces debe considerarse que el cargo formulado contra ellas consiste en una solicitud de declaratoria de omisión legislativa relativa (ii).

Dado que los demandantes no tenemos certeza sobre cuál será la posición adoptada por la Corte al respecto, no es posible optar la formulación de uno u otro de estos cargos *prima facie*. Por ello, como lo exponemos a continuación, solicitamos a la Corte que, según cuál sea su interpretación de las normas demandadas, considere que es uno u otro el cargo que técnicamente elevamos contra las mismas.

**i) Primer cargo posible: solicitud de constitucionalidad condicionada de las normas acusadas**

La primera vía interpretativa que puede adoptar la Corte Constitucional en relación con las normas acusadas consiste en considerar que el tenor literal de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” allí contenidas permite dos interpretaciones: una de acuerdo con la cual dichas expresiones sólo se refieren a las parejas heterosexuales, y otra según la cual dichas expresiones se refieren tanto a las parejas heterosexuales como a las parejas homosexuales.

La existencia de estas dos interpretaciones posibles sería resultado de la sentencia C-075 de 2007. En efecto, podría decirse que antes de esa sentencia la noción de

compañeros permanentes sólo podía interpretarse en el sentido de que incluía únicamente parejas heterosexuales, pues ésta era tanto su interpretación oficial –avalada por diferentes instituciones, incluida la Corte Constitucional en su sentencia C-098 de 1996-, como aquélla que era aplicada tradicional y mayoritariamente. Sin embargo, también podría decirse que, al declarar la constitucionalidad condicionada de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 en el sentido de que el régimen patrimonial de bienes allí contenido aplica también a las parejas homosexuales, la sentencia C-075 de 2007 amplió las posibilidades interpretativas de la noción de compañeros permanentes, permitiendo así que también pueda considerarse que ésta incluye parejas del mismo sexo.

Esto último podría afirmarse a pesar de que -como lo vimos en los fundamentos de esta demanda-, la sentencia C-075 de 2007 limitó su alcance al régimen patrimonial de la unión marital de hecho. En efecto, la *ratio decidendi* de tal sentencia estableció la subregla según la cual debe existir un mínimo de protección jurídica para las parejas homosexuales allí donde dicha protección existe para las parejas heterosexuales. Con base en esa subregla podría concluirse que dicho mínimo de protección jurídica es predicable de todos aquellos regímenes que otorgan efectos jurídicos a la figura de compañeros permanentes. Esta conclusión permitiría entonces afirmar que la sentencia C-075 de 2007 abrió la posibilidad de interpretar la noción de compañeros permanentes en el sentido de que incluye a las parejas del mismo sexo, no sólo para el caso del régimen patrimonial de bienes previsto en la ley 54 de 1990, sino también para los demás regímenes jurídicos que utilizan esa noción para conferir beneficios jurídicos a las parejas no casadas.

Si ésta fuera la postura de la Corte Constitucional, técnicamente, el cargo fundamental elevado contra el conjunto normativo integrado por las normas acusadas debería entenderse como una solicitud de exequibilidad condicionada de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente”, en el entendido de que el régimen de protección en materia de seguridad social allí contenido es también aplicable a las parejas homosexuales. En efecto, esta solicitud equivaldría a solicitarle a la Corte que, tras constatar que tales expresiones admiten dos interpretaciones –una que excluye a las parejas homosexuales, y otra que las incluye-, declare que sólo una de ellas –aquélla que incluye a las parejas homosexuales- es constitucional, y por tanto expulse del ordenamiento jurídico la interpretación que es inconstitucional –aquélla que excluye a las parejas homosexuales-.

Además, si ésta fuera la postura de la Corte Constitucional, sería necesario entender que nuestra solicitud de exequibilidad condicionada de las normas acusadas implica también una solicitud a la Corte de que se distancie de lo establecido en la sentencia C-1299 de 2005. En esa sentencia, la Corte se inhibió

de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de inconstitucionalidad elevada por la ciudadana Mónica Roa contra las normas penales que tipificaban el aborto como delito, argumentando, entre otras cosas, que una demanda de inconstitucionalidad no podía solicitar la declaratoria de la constitucionalidad condicionada de una norma, sino simplemente la declaratoria de inconstitucionalidad, siendo la Corte la única competente para analizar si un condicionamiento tal procede o no.

Consideramos que esa decisión es errada en términos de procedimiento constitucional y que además va en contra del principio de justicia rogada propio de la justicia constitucional, pues si se admite que la Corte Constitucional es competente para proferir decisiones de constitucionalidad condicionada de las normas, es apenas obvio que también se admita que el ciudadano pueda solicitárselo en aquellos eventos en los que lo considere pertinente. Como lo afirmó el Magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto que hizo a la sentencia C-1299 de 2005,

*“Resulta pues, incompresible que la Corte Constitucional pueda dictar - como lo ha hecho en innumerables ocasiones – sentencias interpretativas y se prohíba a las ciudadanas y a los ciudadanos realizar una solicitud en este sentido, esto es, exigir por medio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare la constitucionalidad condicionada de una Ley”.*

Por ello, aprovechamos esta oportunidad para solicitar a la Corte que se aparte de la decisión contenida en la sentencia C-1299 de 2005, de forma tal que admita que los ciudadanos como quienes suscribimos la presente demanda puedan solicitarle la constitucionalidad condicionada de una norma, cuando así lo consideren oportuno.

Sin embargo, en caso de que la Corte decida mantener la doctrina esbozada en la sentencia C-1299 de 2005, a manera de pretensión subsidiaria de esta acción, realizamos el siguiente planteamiento alternativo. El argumento central de la sentencia C-1299 de 2005 para concluir que los ciudadanos no pueden solicitar una constitucionalidad condicionada de una disposición legal es que la acción que ejerce el ciudadano, en los términos literales del artículo 241 de la Carta, es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad, por lo que no puede el ciudadano hacer una solicitud de constitucionalidad condicionada, ya que estaría pidiendo a la Corte que confirme y declare la constitucionalidad de la norma demandada.

Ahora bien, aunque como ya lo señalamos, no compartimos esa visión de la Corte, creemos que incluso si se acepta la tesis de que la acción pública es de inconstitucionalidad y no de constitucionalidad, es de todos modos procedente una solicitud de constitucionalidad condicionada por la sencilla razón de que ésta

equivale a solicitar la inexecutable de ciertos entendimientos de la disposición acusada. Es más, en ciertos ordenamientos, como el italiano, la técnica que usualmente utiliza la Corte Constitucional no es fijar, por una declaración de constitucionalidad condicionada, la interpretación autorizada de la disposición acusada, sino excluir, por una sentencia de inconstitucionalidad, los entendimientos inadmisibles de la norma demandada.<sup>122</sup> La razón de esa técnica es maximizar la autonomía interpretativa del juez ordinario, pues el juez constitucional no fija el único sentido de la disposición legal, sino que únicamente excluye aquellos entendimientos que resultan inconstitucionales.

Nada se opone en la Carta a que la Corte Constitucional recurra a esa técnica de excluir del ordenamiento, por medio de una sentencia de inexecutable, ciertas interpretaciones de una disposición demandada, en vez de proceder a fijar su único sentido por medio de una sentencia de constitucionalidad condicionada. En esas condiciones, y con el fin de compatibilizar nuestra pretensión con la doctrina señalada por la citada sentencia C-1299 de 2005, solicitamos entonces no la constitucionalidad condicionada de las expresiones acusadas sino la inconstitucionalidad de ciertos entendimientos de las mismas. La pretensión subsidiaria sería entonces que la Corte declare inexecutable la expresión “familiar” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, y que declare que es igualmente inconstitucional que las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993 sean interpretadas como que excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección en materia de seguridad social previsto en ellas para las parejas heterosexuales.

Por último, en caso de que la Corte decida mantener la doctrina esbozada en la sentencia C-1299 de 2005 y no admita la anterior pretensión subsidiaria, entonces, como una segunda pretensión subsidiaria de esta acción, respetuosamente le solicitamos que declare la inexecutable de las expresiones subrayadas.

**ii) Segundo cargo posible: solicitud de declaratoria de omisión legislativa relativa**

En contraste con aquella desarrollada previamente, existe otra vía interpretativa que la Corte Constitucional puede adoptar en relación con las normas acusadas. Según ésta, las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” allí contenidas sólo admiten una interpretación legal de conformidad con la cual

---

<sup>122</sup> Ver al respecto Pizzorusso, Alessandro. 1984. "El tribunal constitucional italiano", en Varios Autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp 252 y ss. Ver igualmente Aljs Vignudelli. 1988. *La Corte delle leggi*. Dogana: Rimini, capítulo segundo.

las mismas sólo se refieren a las parejas heterosexuales y no a las parejas homosexuales.

Esta interpretación única de dichas expresiones se explicaría por el hecho de considerar que los beneficios otorgados a las parejas por el régimen jurídico de la seguridad social tienen el objetivo de proteger a la familia conformada por un hombre y una mujer. En efecto, esto conduciría a afirmar que dichos beneficios están destinados exclusivamente a las parejas heterosexuales y que, en esa medida, la noción de compañeros permanentes utilizada en el régimen de seguridad social sólo incluye ese tipo de parejas.

Más aún, podría sostenerse que esta interpretación única de la noción de compañeros permanentes se mantiene incluso tras la sentencia C-075 de 2007. En efecto, de conformidad con esta idea se argumentaría que el régimen de seguridad social confiere beneficios a las parejas sólo con el fin de proteger a las familias y que, por ende, lo decidido en dicho fallo no es aplicable a este caso.

En el evento de que ésta sea la postura de la Corte, técnicamente, el cargo fundamental elevado contra las normas acusadas debería entenderse como una solicitud de declaratoria de una omisión legislativa relativa, por el hecho de que el conjunto normativo acusado no ofrece protección a las parejas homosexuales, a pesar de que existe un deber constitucional de hacerlo. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional en diversas ocasiones, la omisión legislativa tiene lugar

*“cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Esta omisión puede ocurrir de varias maneras: a) cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) **Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás;** y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial, exigido por la Constitución.*

*En la primera hipótesis, corresponde a una omisión legislativa absoluta, pues no existe precepto alguno; en los demás casos, a una omisión legislativa relativa, porque si bien el legislador ha expedido la ley que desarrolla un deber constitucional, en ella **solamente ha regulado algunas situaciones dejando por fuera otros supuestos similares, con clara violación del principio de igualdad**”* (negrilla fuera del texto original).<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Corte Constitucional, sentencia C-067 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

Según la Corte, la declaratoria de inconstitucionalidad de una omisión legislativa sólo procede en los casos en los que la misma es relativa y, como tal, se refiere a un precepto jurídico concreto que resulta incompleto y, por ende, discriminatorio.<sup>124</sup> Tal es el caso de las disposiciones demandadas, que prevén un régimen jurídico especial de protección de seguridad social para parejas heterosexuales, que no es aplicable a las parejas homosexuales.

En efecto, como lo mencionamos en los fundamentos de esta demanda, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, si bien no es imperativo que el legislador trate de manera igual a las parejas heterosexuales y homosexuales en todos los casos, sí existe una obligación constitucional de ofrecer un mínimo de protección a estas últimas. Esta obligación constitucional es particularmente clara e imperativa desde que la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional fue proferida. De esto se deriva que, si el legislador no ha ideado un régimen específico de protección para las parejas homosexuales en materia de seguridad social, se presenta un vacío legal que niega todo reconocimiento jurídico de la situación de estas parejas, y que por ende vulnera su deber constitucional de otorgarles un mínimo de protección.<sup>125</sup>

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha afirmado que, para que se configure el cargo de omisión legislativa relativa, es menester probar que la situación excluida por la norma acusada es asimilable a aquella contenida en ella, y que su exclusión no encuentra justificación en un principio de razón suficiente.<sup>126</sup> Como lo argumentamos *in extenso* en los fundamentos de esta demanda, en el caso que nos ocupa, la existencia del vacío de regulación antes mencionado es discriminatoria, por cuanto sólo afecta a las parejas homosexuales, a pesar de que éstas presentan necesidades similares de protección en materia de seguridad social que las parejas heterosexuales.

Además, esta afectación de las parejas homosexuales no encuentra justificación en un principio de razón suficiente, ya que si bien el fundamento de la misma ha pretendido ser hallado en el hecho de que la cobertura de la seguridad social tiene el propósito de proteger a la familia heterosexual, éste no es un propósito razonable y objetivo y, por lo demás, para su cumplimiento no resulta necesaria la desprotección de las parejas homosexuales.

---

<sup>124</sup> Ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias C- 073 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-402 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería; C-562 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1043 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Finalmente, tal y como sucede con la figura de la unión marital de hecho, la seguridad social no sólo protege a las familias, sino que en muchos casos protege también a las parejas heterosexuales que han decidido no conformar familias, protección que beneficia sobre todo al miembro más vulnerable de esas pareja: aquél que depende económicamente del otro y que por lo tanto no puede acceder al sistema de seguridad social ni en calidad de cotizante ni en calidad de subsidiado. Sin lugar a dudas, las parejas homosexuales presentan idénticas necesidades de protección que estas últimas y, no obstante, se les niega la cobertura de seguridad social que se ofrece a las parejas heterosexuales, lo cual es ciertamente discriminatorio.

Los puntos anteriormente señalados, que justifican plenamente la declaratoria de una omisión legislativa relativa, fueron tratados con mayor detenimiento en la sección relativa a los fundamentos de la demanda (3), y en especial en el acápite relativo a la violación del derecho a la igualdad (C).

Antes de concluir, cabe hacer una precisión adicional en relación con el cargo de omisión legislativa relativa: éste se presenta de manera particularmente nítida en relación con las normas acusadas que se refieren al régimen pensional –artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993. En efecto, estas normas fueron reformadas por el legislador a través del artículo 13 de la ley 797 de 2003, que se entiende incluido en la demanda contra dichos artículos de la ley 100 de 1993. A pesar de ello, el legislador no aprovechó esa oportunidad para reformar dichas normas también en el sentido de hacerlas aplicables a las parejas del mismo sexo.

Con el artículo 13 de la ley 797 de 2003, el legislador reconoció efectos jurídicos a la convivencia simultánea -esto es, a la situación en la cual el pensionado(a) difunto(a) convivió a un mismo tiempo con su esposa(o) y su compañera(o) permanente- en materia de la pensión de sobrevivientes. Con ello, el legislador buscó evitar dejar desprotegida a cualquiera de las personas sobrevivientes de la convivencia simultánea que no pudiera acceder a la pensión del difunto porque la otra hubiera accedido primero. Al hacerlo, el legislador estableció un nuevo mecanismo de protección no sólo para los miembros de matrimonios, sino también para los miembros de parejas de hecho heterosexuales. Y, en esa medida, incrementó la discriminación de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales, que -a pesar de poder encontrarse en una situación similar de convivencia simultánea- no son beneficiarias de un régimen jurídico específico en materia de seguridad social para resolver ésta y otro tipo de situaciones de desprotección.

La expedición de la ley 797 de 2003 era la oportunidad ideal para que el legislador resolviera la injusticia generada por el vacío de protección de las parejas homosexuales en materia de seguridad social. En efecto, habían pasado



diez años de la vigencia de la ley 100 de 1993, y la Corte Constitucional ya había expresado en su sentencia SU-623 de 2001 que era competencia del legislador remediar la discriminación de las parejas homosexuales originada en este vacío legal. Además, con la ley 797 de 2003 se buscó remediar una situación injusta, que perjudica no sólo a parejas heterosexuales sino también a parejas homosexuales. Sin embargo, el legislador decidió limitarse a combatir únicamente la situación injusta enfrentada por las parejas heterosexuales, y con ello aumentó no sólo la protección estatal otorgada a estas parejas, sino también la discriminación por ausencia de protección de las parejas homosexuales en materia de seguridad social. Esto prueba plenamente la configuración de una omisión legislativa relativa.

Por las anteriores razones, en caso de que la Corte Constitucional considere que las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en el conjunto normativo integrado por las normas acusadas sólo admiten una interpretación de conformidad con la cual las mismas sólo se refieren a las parejas heterosexuales y no a las parejas homosexuales, respetuosamente le solicitamos que declare la existencia de una omisión legislativa relativa respecto de las disposiciones acusadas. Igualmente solicitamos a la Corte que, como consecuencia de esta declaratoria, ordene que expresiones subrayadas en las normas acusadas sean comprendidas en el sentido de que el régimen de protección en materia de seguridad social contenido en ellas es también aplicable a las parejas homosexuales o que, en su defecto, las declare inexecutable.

#### **IV. Procedencia y admisibilidad de la demanda**

##### **A. Competencia de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda, en virtud del artículo 241, numeral 4 de la Constitución, por tratarse de una demanda ciudadana contra normas que hacen parte de una ley

##### **B. Ausencia de cosa juzgada constitucional**

Hasta la fecha, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del conjunto normativo conformado por las disposiciones demandadas, razón por la cual procede un pronunciamiento de fondo respecto de las mismas, pues el fenómeno de cosa juzgada no ha operado.

Esta conclusión es aplicable al artículo 1 de la ley 54 de 1990, pues si bien la constitucionalidad de ésta fue revisada por la Corte en la sentencia C-075 de 2007, sólo lo fue en tanto que parte integrante de la proposición jurídica conformada por esa norma y por el artículo 2 de la ley 54 de 1990, y no de manera autónoma, como ya se explicó en un acápite anterior de esta demanda. Por ende, el fenómeno de cosa juzgada opera únicamente frente al conjunto normativo integrado por esas dos normas, y no frente al artículo 1 de la ley 54 de 1990 considerado de manera aislada. Esta conclusión es confirmada por el hecho de que la propia Corte Constitucional estableció en la sentencia C-075 de 2007 que, para que exista demanda en forma contra el artículo 1 de la ley 54 de 1990, es necesario integrar la unidad normativa entre este artículo y aquellas disposiciones legales que le otorguen efectos a las definiciones allí contenidas. Por consiguiente, el artículo 1 de la ley 54 de 1990 puede ser demandado en múltiples ocasiones en conjunto con otras normas, y sólo operará el fenómeno de cosa juzgada respecto del conjunto normativo con ellas integrado.

La conclusión de la ausencia de cosa juzgada es también aplicable al artículo 163 de la ley 100 de 1993, pues si bien esta norma fue recientemente demandada por los ciudadanos Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz (proceso de constitucionalidad No. D-6749), la Corte Constitucional no ha proferido aún fallo de fondo sobre la constitucionalidad de la misma, por lo que aún no ha operado el fenómeno de cosa juzgada.

## V. Solicitud

De la manera más respetuosa solicitamos a la Honorable Corte Constitucional que acceda a las siguientes pretensiones:

**Pretensión principal.** Que declare la exequibilidad condicionada de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993, y de la expresión “familiar” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, de tal forma que las mismas sean consideradas constitucionales sólo en el entendido de que el régimen de protección en materia de seguridad social contenido en ellas es también aplicable a las parejas homosexuales.

**Primera pretensión subsidiaria.** Que en el evento de no admitir la pretensión principal, declare inexecutable la expresión “familiar” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, y declare que es inconstitucional que las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993 sean interpretadas como que excluyen a las

parejas homosexuales del régimen de protección en materia de seguridad social previsto en ellas para las parejas heterosexuales.

**Segunda Pretensión subsidiaria.** Que en el evento de no acceder a las anteriores pretensiones, declare la inexequibilidad de las expresiones “compañero permanente” y “compañera permanente” contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993, y de la expresión “familiar” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, por violar los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución.

**Solicitud suplementaria.** Por último, teniendo en cuenta que contra algunas de las normas acusadas en esta oportunidad cursa una demanda ante esta Corte (Expediente D-6749) y que en principio corresponde a la Corte examinar las disposiciones acusadas frente a la totalidad de la Carta, entonces solicitamos al magistrado sustanciador que, si lo juzga pertinente, remita copia de esta demanda al expediente D-6749 para que, si la Corte lo juzga oportuno, tome en consideración en ese proceso también los argumentos del presente escrito.

## **VI. Notificaciones**

Se reciben notificaciones en la Secretaría Común de la Corte Constitucional.

De la Honorable Corte Constitucional,

RODRIGO UPRIMNY YEPES  
Director  
Centro de Estudios DeJuSticia  
c.c. 79.146.539 de Usaquén

MARIA PAULA SAFFON SANÍN  
Investigadora  
Centro de Estudios DeJuSticia  
c.c. 52.862.641 de Bogotá

MARCELA SÁNCHEZ BUITRAGO  
Directora Ejecutiva  
Colombia Diversa  
c.c. 51.987.541 de Bogotá

LUZ MARÍA SÁNCHEZ  
Abogada  
Colombia Diversa  
c.c. 30.323501 de Manizales

DANIEL BONILLA MALDONADO  
Director  
Grupo de Derecho de Interés Público  
Universidad de los Andes  
c.c. 79490915 de Bogotá

ALEJANDRA AZUERO QUIJANO  
Asesora Jurídica  
Grupo de Derecho de Interés Público  
Universidad de los Andes  
c.c. 52865683 de Bogotá