

Bogotá, 25 de abril de 2007

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
E. S. D.

Ref: Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad No. D-6749
Actores: Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz
Norma demandada: artículo 163 de la ley 100 de 1993

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén y María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia, atendiendo a su amable invitación de intervenir en el proceso de constitucionalidad de referencia y obrando también en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este escrito, con el propósito de solicitarles de manera principal que se inhiban de conocer de fondo la demanda de referencia por ser ésta inepta. Si la Corte decide que la demanda es apta, solicitamos entonces que realice unidad normativa de forma que se pronuncie no sólo sobre la expresión “familiar” acusada por los demandantes, sino también sobre la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en ese mismo artículo 163 de la ley 100 de 1993, y que declare la constitucionalidad condicionada de esta última, en el entendido de que ésta incluye también a las parejas del mismo sexo. Igualmente, en caso de que la Corte proceda a un pronunciamiento de fondo, solicitamos que la expresión “familiar” acusada por los actores sea declarada exequible pero en el entendido de que la caracterización de la cobertura del POS como familiar no excluye la extensión de ésta a las parejas del mismo sexo. Finalmente, en caso de que la Corte proceda a un pronunciamiento de fondo y acceda a nuestra solicitud de cambiar el precedente constitucional en materia del concepto de familia constitucionalmente protegido, solicitamos que la constitucionalidad de la expresión “familiar” acusada por los actores sea igualmente condicionada a que la misma incluya también a las familias a cuyo origen se encuentran las parejas del mismo sexo.

Para fundamentar nuestra solicitud, a continuación explicaremos por qué la demanda de la referencia es inepta y conduce por tanto a la necesidad de que la Corte

Constitucional profiera una sentencia inhibitoria (I). Luego señalaremos por qué, la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en la norma acusada debería ser declarada constitucional condicionadamente, a la luz del nuevo precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 (II). Finalmente, expondremos la importancia de que la Corte Constitucional cambie su precedente sobre el concepto constitucional de familia, de forma tal que éste incluya también a las familias que tienen a su origen parejas del mismo sexo, e indicaremos que este cambio de precedente conduciría también a la declaratoria de la constitucionalidad condicionada de la expresión antes referida, así como de la expresión “familiar” contenida en el artículo parcialmente acusado (III).

I. Solicitud principal: ineptitud sustantiva de la demanda

Como lo ha establecido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, toda acción pública de inconstitucionalidad debe cumplir con unos requisitos mínimos de carácter razonable, establecidos en el decreto 2067 de 1991 y extensamente desarrollados en la jurisprudencia constitucional.¹ El reclamo por el cumplimiento de estos requisitos mínimos no busca de ninguna manera limitar el derecho a la participación democrática, ni hacer rígido o inflexible el acceso a la justicia constitucional. Por el contrario, el cumplimiento de estos requisitos es fundamental para que estos derechos sean viables², e igualmente para que la protección de los mismos implique la garantía del debido proceso constitucional.

En efecto, las demandas de inconstitucionalidad que cumplen con dichos requisitos constituyen acusaciones concretas contra normas determinadas, que desde un comienzo permiten iniciar un debate constitucional entre los defensores y detractores de la constitucionalidad de dichas normas. Es únicamente respecto de esas acusaciones concretas y del debate constitucional originado a partir de ellas que puede pronunciarse de fondo la Corte Constitucional, pues sólo así se garantiza que su competencia en esta materia no sea ejercida de oficio, sino con base en las demandas ciudadanas. Es por ello que resulta tan importante que toda acción de inconstitucionalidad que no cumpla con los requisitos mínimos que se enuncian a continuación sea declarada inepta y no conduzca a un pronunciamiento de fondo de la Corte. De lo contrario, los pronunciamientos de la Corte no serían el resultado de un debate constitucional concreto iniciado y desarrollado por los ciudadanos, y podrían por tanto obstaculizar o vulnerar el debido proceso constitucional.

¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-504 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-609 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-236 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Corte Constitucional, sentencias C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Los requisitos mínimos para que la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma pueda ser considerada una demanda son cuatro: que se identifique con precisión el objeto de la demanda, es decir, la norma o normas que se demandan, así como los apartes que dentro de ellas son inconstitucionales en concepto del accionante; que se establezca qué disposiciones constitucionales resultan vulneradas por tales normas; que se ofrezcan razones o argumentos por los cuales se consideran vulneradas estas disposiciones, y que se indique por qué la Corte Constitucional es competente para decidir el asunto.³ Como veremos a continuación, en nuestro concepto, la demanda de referencia es inepta sustantivamente por cuanto no cumple a cabalidad con el primero y el tercero de los requisitos antes señalados.

A. Identificación imprecisa del objeto de la demanda

La demanda de referencia se erige contra el término “familiar”, contenido dos veces en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 y subrayado en el texto de la norma transcrita en la demanda. A pesar de ello, es posible afirmar que el objeto sobre el que versa la acusación no es identificado con suficiente precisión, por varias razones. En primer lugar, no queda claro de ninguna manera qué se lograría con la simple expulsión del ordenamiento jurídico del término “familiar”, que alude a la naturaleza de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS). Si el término “familiar” demandado es declarado inexecutable, en el fondo, la declaración sería totalmente inocua, pues no se produciría el efecto aparentemente deseado por los demandantes, ya que, con base en una interpretación sistemática del artículo, se seguiría entendiendo que se trata de una cobertura familiar. En efecto, la disposición quedaría del siguiente tenor:

“La Cobertura.

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

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.” (el subrayado es nuestro)

Nótese pues que, de triunfar la demanda, a pesar de la declaratoria de inexecutable de las expresiones acusadas, una interpretación sistemática permitiría concluir que la

³ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cobertura sigue siendo familiar, con lo cual la sentencia de la Corte no habría tenido ningún efecto sustantivo.

Esto demuestra una segunda debilidad de la demanda y un segundo grave descuido de los actores, que ni siquiera se tomaron la molestia de identificar todos los apartes de la ley 100 de 1993 que hablan de la cobertura familiar en materia de salud, pues otras disposiciones lo hacen, como el párrafo del mismo artículo 163 de la ley 100 de 1993 que sigue hablando de “cobertura familiar” o el artículo 162 de la ley 100 de 1993, que señala como objetivo del POS la protección integral de la familia. Era pues necesario demandar esos apartes, si realmente los actores querían impugnar la cobertura familiar.

Ahora bien, podría argumentarse que la Corte misma podría corregir ese evidente yerro de la demanda, recurriendo a la figura de la unidad normativa y pronunciándose sobre todos los apartes en los que la ley 100 de 1993 hace referencia a la cobertura familiar del POS. Pero eso no es procedente, pues la demanda tiene un tercer defecto sustantivo que hace aún más inepto el escrito y es el siguiente: la demanda no identifica con suficiente precisión el objeto de la acusación, por cuanto las razones o argumentos ofrecidos por los demandantes para justificar la inconstitucionalidad de la disposición acusada no se corresponden de ninguna manera con el término identificado como inconstitucional. En efecto, la argumentación de la demanda está encaminada a demostrar el tratamiento discriminatorio y excluyente del que serían objeto las parejas del mismo sexo por no ser beneficiarias de la cobertura del POS, de la cual sí son beneficiarias en cambio las parejas heterosexuales. Sin embargo, la demanda no señala como inconstitucional la expresión “el compañero o la compañera permanente”, a pesar de que es la interpretación restrictiva de esta expresión –en el sentido de sólo incluir a las parejas heterosexuales- la que tradicionalmente ha permitido que las personas homosexuales se encuentren excluidas de la cobertura del POS en calidad de beneficiarias de sus parejas, y que por ende reciban un tratamiento discriminatorio respecto de las parejas heterosexuales.

En contraste, la única expresión acusada de inconstitucionalidad es el término “familiar”, a pesar de que la demanda señala expresamente no tener como intención que el concepto de familia contenido en el artículo 42 de la Carta sea extendido a las parejas del mismo sexo (ver página 5 de la demanda). Esto demuestra que existe una cierta contradicción entre la argumentación de la demanda y la disposición acusada, que es el fruto de una inadecuada identificación del objeto sobre el cual versa la acusación. En efecto, para que éste coincidiera con la argumentación de la demanda, era menester que se acusara también la expresión “el compañero o la compañera permanente”.

En cuarto lugar, la demanda de referencia es también inepta por no identificar con precisión el objeto de la acusación, pues sólo se erige contra una de varias disposiciones presentes en la ley 100 de 1993 que parecerían restringir el acceso de las personas homosexuales a la cobertura del POS en calidad de beneficiarias de sus parejas. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 162 de la ley 100 de 1993, que señala

como objetivo del POS la protección integral de la familia, y cuya interpretación puede conducir entonces a que las parejas homosexuales se vean excluidas de la protección ofrecida a través del POS, en la medida en que tradicionalmente tal norma ha sido interpretada en el sentido de incluir solamente a familias heterosexuales. Dado el evidente vínculo que existe entre esta norma y la norma acusada, para integrar debidamente la proposición jurídica acusada era necesario que la demanda versara sobre ambas. La ausencia de esta integración, aunada a la inadecuada identificación de la expresión demandada en la disposición acusada, conducen a la conclusión de que la demanda de referencia adolece de ineptitud sustantiva, por cuanto no identifica adecuadamente el objeto sobre el cual versa la acusación.

B. Argumentación poco específica e insuficiente del concepto de la violación

La demanda de referencia es inepta sustantivamente no sólo por no identificar con precisión el objeto de la acusación, sino también por no exponer adecuadamente el concepto de la violación, esto es, las razones por las cuales las disposiciones demandadas vulneran la Constitución Política. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional, para identificar adecuadamente el concepto de la violación, una demanda de inconstitucionalidad no sólo debe señalar las normas constitucionales que se consideran violadas por la disposición acusada, sino que debe exponer las razones por las cuales se considera que ésta es vulneratoria de aquéllas. Estas razones están sometidas, a su vez, a unos requisitos mínimos, a saber: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.⁴

Puede decirse que las razones ofrecidas por la demanda de referencia para justificar por qué la disposición acusada vulnera las disposiciones constitucionales allí señaladas cumplen con los requisitos de claridad, certeza y pertinencia, en la medida en que se exponen a través de un hilo conductor que permite una relativa comprensión de las mismas, versan sobre un precepto jurídico real y existente, y traen a colación consideraciones de orden constitucional.⁵ Sin embargo, dichas razones no exponen adecuadamente el concepto de la violación, pues son poco específicas e insuficientes.

Las razones o argumentos de la demanda carecen de especificidad, pues no definen con precisión de qué manera la norma acusada vulnera las disposiciones constitucionales allí invocadas.⁶ En efecto, como se señaló en la sección anterior, no existe un vínculo claro entre las expresiones de la norma acusada que se identifican como inconstitucionales y las razones aducidas por la demanda para justificar su inconstitucionalidad. En esa medida, puede concluirse que en la demanda no existe ningún cargo concreto contra el término “familiar” contenido en el artículo 163 de la

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* Ver también Corte Constitucional, sentencia C-568 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ley 100 de 1993, pues la propia demanda afirma no tener la intención de incluir a las parejas homosexuales en la definición de familia, y las razones que ofrece parecen estar más encaminadas a cuestionar la constitucionalidad de los términos “compañero o compañera permanente”, que sin embargo no fueron demandados. La falta de relación entre las disposiciones acusadas y las razones de su inconstitucionalidad permite concluir que los argumentos de la demanda son vagos, indeterminados e indirectos⁷, y que carecen por tanto de la especificidad necesaria para identificar cuál es el cargo concreto contra la norma acusada y para permitir con ello el desarrollo de la discusión constitucional.⁸

De otro lado, las razones o argumentos de la demanda son insuficientes, pues no logran tener un alcance persuasivo tal que sea susceptible de despertar en los Honorables Magistrados de la Corte una “duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada”.⁹ Esto es así, en primer lugar, ya que la demanda de referencia reproduce buena parte de los argumentos contenidos en otra demanda presentada con anterioridad ante la Corte contra otra disposición de la ley 100 de 1993, sobre la cual ésta decidió inhibirse en la reciente sentencia C-1043 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) por considerar, entre otras cosas, que los demandantes no integraron debidamente la proposición jurídica acusada.¹⁰ Para verificar la reproducción de argumentos antes señalada, basta comparar la página 3 de la demanda de referencia con la página 3 de la sentencia citada, en donde existen identidades evidentes de los dos escritos. Esto indica que los argumentos contenidos en la presente demanda de referencia ya habían sido analizados por la Corte Constitucional y que –por incumplir los requisitos mínimos impuestos por la jurisprudencia constitucional- los mismos no habían sido suficientes para despertar en la Corte siquiera una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la disposición acusada. Por consiguiente, es evidente que esta duda mínima no puede ser despertada en la Corte con la mera reproducción de argumentos ya analizados por ella.

En segundo lugar, los argumentos de la demanda de referencia son insuficientes por cuanto no tienen en cuenta el precedente que la Corte Constitucional ha establecido en materia de los derechos de las parejas homosexuales. Ésta no es, de ninguna manera, la primera vez que se somete ante la Corte la cuestión del tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales resultante del otorgamiento de beneficios exclusivos a las parejas heterosexuales, tales como aquéllos propios del régimen patrimonial de bienes de la unión marital de hecho, del régimen de adopción,

⁷ Éstos son algunos de los defectos que pueden generar la falta de especificidad de las razones o argumentos de la demanda. Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-281 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-519 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-013 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Gálvis; C-380 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-177 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰ Ver Corte Constitucional,.

del régimen de residencia, o del régimen de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 que es objeto de la demanda de referencia.¹¹ Más aún, hasta la reciente sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, existía un precedente constitucional relativamente consolidado -y en nuestro juicio muy desafortunado-, según el cual, como regla general, el tratamiento diferenciado de las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales era justificado y no podía considerarse discriminatorio.¹²

Por lo anterior, a la presunción general de constitucionalidad que cobija a todas las normas se sumaba, en el asunto de los derechos de las parejas homosexuales, un precedente reiterado con base en el cual se había declarado la constitucionalidad de varias normas que excluían a éstas de los beneficios concedidos a las parejas heterosexuales. En esa medida, para que una demanda de inconstitucionalidad sobre este tema sea susceptible de despertar en la Corte una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, parece relevante que la misma aborde explícitamente el análisis de dicho precedente constitucional, y en particular de la manera como el mismo afecta o no el debate constitucional iniciado. Como se verá en la siguiente sección, de haberse formulado adecuadamente la demanda de referencia, el análisis de fondo sobre la constitucionalidad de la norma acusada debería necesariamente haber versado sobre la manera como el precedente constitucional existente en la materia, y en particular el reciente cambio del mismo, influye en la discusión constitucional.

Queremos insistir en que esta solicitud de inhibición por demanda inepta no propugna por que la jurisprudencia constitucional exija ritualismos excesivos en la formulación de las demandas de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que se trata de una acción pública que puede ser presentada por cualquier ciudadano. Sin embargo, un mínimo de cuidado de parte de los actores es exigible al menos por tres razones. De un lado, porque los requisitos mínimos de las demandas de inconstitucionalidad no imponen cargas excesivas, sino exigen simplemente un análisis básico de la jurisprudencia constitucional a fin de que se logre un verdadero diálogo constitucional entre la Corte y los ciudadanos.

De otro lado, el cumplimiento de estos requisitos es importante para evitar que los ciudadanos banalicen algo que debe ser siempre un asunto serio, que es la puesta en marcha de un proceso constitucional ante la Corte Constitucional, pues se trata de provocar decisiones con fuerza *erga omnes* sobre la validez de las leyes.

Finalmente, un exceso de amplitud en la interpretación de las demandas por parte de la Corte, de suerte que ella termine reconstruyendo un cargo confuso e impreciso – como el que existe en este caso- para llegar a una decisión de fondo, puede parecer

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² *Id.*

una estrategia adecuada en términos de acceso a la justicia, pero es problemática en términos de debido proceso constitucional. En efecto, si la Corte declara exequible o inexecutable una norma con base en una demanda que no es mínimamente apta pues carece de cargos apropiadamente formulados, dicha actuación puede traducirse en una afectación del debido proceso constitucional y del derecho de participación de los otros ciudadanos, pues la norma sería analizada y declarada exequible o inexecutable, con fuerza de cosa juzgada, sin que realmente los otros ciudadanos pudieran realmente comprender el alcance del debate constitucional, debido precisamente a la confusión o precariedad de los cargos, con lo cual se vería afectado su derecho a participar en ese debate constitucional. Como ha dicho la Corte, muchos podrían decidir “abstenerse de actuar porque consideran que la demanda no está llamada a prosperar por ausencia de cargo, o porque la acusación fue indebidamente presentada”, y entonces “podrían verse sorprendidos con una decisión de fondo por un cargo que nunca tuvieron oportunidad de conocer”.¹³

A todo lo anterior podría agregarse que, como lo ha señalado la Corte, una decisión inhibitoria, sobre todo cuando se trata de acciones sin caducidad -como sucede en este caso-, no afecta intensamente el derecho de acceso a la justicia constitucional de parte de los ciudadanos, ya que dicha decisión no tiene efectos de cosa juzgada constitucional. Los mismos ciudadanos pueden entonces volver a demandar la misma disposición, tomando incluso en consideración los argumentos que la Corte ha indicado, con lo cual se fortalece el diálogo constitucional creativo entre el juez constitucional y la ciudadanía. Ese punto ya había sido señalado por la propia Corte Constitucional cuando indicó que “la decisión inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada y, por el contrario, permite que el actor, o cualquier otro ciudadano, pueda volver a presentar la demanda de inconstitucionalidad, teniendo la posibilidad de profundizar en el estudio del tema y hacer más fecundo el debate en una nueva oportunidad”, lo cual “demuestra entonces que la decisión inhibitoria, lejos de afectar, fortalece la democracia participativa y hace más transparente la función atribuida a la Corte”.¹⁴

Por todo lo anterior, de acuerdo con la amplia jurisprudencia constitucional existente sobre la materia, no es posible que la Corte supla oficiosamente la ausencia de un requisito sustancial en una acción pública de inconstitucionalidad, como lo es el concepto de la violación.¹⁵ A esta conclusión es necesario llegar incluso en los eventos en los cuales los cargos de la demanda son aclarados y precisados por posteriores intervenciones de los propios demandantes o de terceros interesados en participar en el debate constitucional. En efecto, según la Corte Constitucional, si bien en estos casos podría pensarse a primera vista que la demanda ya no es inepta por cuanto es posible determinar con claridad y precisión el objeto de la demanda y el concepto de la violación, procede en todo caso una decisión judicial inhibitoria, por

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1256 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 13.

¹⁴ *Id.*, Fundamento 14.

¹⁵ *Id.* En el mismo sentido ver, entre muchas otras, Corte Constitucional, sentencias C-447 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-142 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-402 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cuanto una decisión de fondo vulneraría el debido proceso constitucional.¹⁶ Esto por cuanto la admisión de que la demanda puede ser corregida a través de las intervenciones ciudadanas al proceso impediría que todos los posibles intervinientes conocieran en tiempo la formulación final de los cargos de la demanda, pudiendo ello conducir a que la Corte profiriera una decisión sobre unos cargos no conocidos por todos los intervinientes.¹⁷

II. Solicitud subsidiaria: constitucionalidad condicionada de la expresión acusada y de la que debió acusarse

Como lo desarrollamos a lo largo del acápite anterior, la demanda de referencia debería ser declarada inepta por la Corte Constitucional, y en consecuencia ésta debería inhibirse de producir una decisión de fondo al respecto. Por ello, si bien en lo que sigue intentaremos determinar cuáles son los cargos que podrían justificar la constitucionalidad condicionada de una expresión de la disposición demandada en el proceso de referencia, ello no debería ser considerado como un esfuerzo encaminado a corregir la demanda, sino como un aporte al debate constitucional de fondo, en el evento de que la Corte Constitucional considere que la demanda no es inepta y que por tanto procede pronunciarse de fondo.

Si sucediere lo anterior, en nuestro concepto, la Corte Constitucional debería declarar la constitucionalidad condicionada no sólo de la expresión “familiar” que fue demandada, sino también de la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en la disposición acusada, en el entendido de que la misma incluye a parejas del mismo sexo. De hecho, los argumentos de la demanda de referencia parecen dirigirse hacia la formulación de un cargo en contra de esta última expresión, por no incluir a las parejas del mismo sexo y por implicar de esa manera un trato discriminatorio de éstas respecto de las parejas heterosexuales.

La constitucionalidad condicionada de las expresiones antes referidas encontraría plena justificación en el precedente constitucional en la materia, tal y como el mismo quedó tras la sentencia C-075 de 2007. En efecto, según el comunicado de prensa que hizo pública la decisión de la sentencia C-075 de 2007, la expresión “hombre y mujer” de la ley 54 de 1990 debe interpretarse en el sentido de que el régimen de protección allí contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Sin embargo, como aún no se conoce el texto completo de la sentencia, todavía no se sabe con certeza si dicha decisión tendrá efectos inmediatos y/o directos en todos aquellos regímenes jurídicos que se refieren a las expresiones unión marital de hecho y compañero o compañera permanente -como sucede con el régimen jurídico de la seguridad social, y en particular de la salud al que hace referencia el proceso en cuestión- o si, por el contrario, la decisión de la sentencia se restringirá únicamente al

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1256 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁷ *Id.*

régimen jurídico de la sociedad patrimonial de bienes propia de la unión marital de hecho. Ahora bien, cualquiera de las dos interpretaciones antes referidas implica un cambio del precedente constitucional existente sobre la materia con anterioridad a la sentencia C-075 de 2007, y conduce a la necesidad de que tanto la expresión “familiar” como la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenidas en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 sólo puedan ser consideradas constitucionales en el entendido de que esta última incluye también a las parejas del mismo sexo. Veamos.

A. Constitucionalidad condicionada de las expresiones, si la sentencia C-075 de 2007 dispone que la ley 54 de 1990 continúa siendo referente normativo de otros regímenes jurídicos

Como fue sugerido en el debate constitucional que antecedió y sirvió de base a la sentencia C-075 de 2007, tradicionalmente la ley 54 de 1990 ha sido utilizada como referente normativo de diversos regímenes jurídicos que hacen alusión a la figura de la unión marital de hecho o del compañero o la compañera permanente. En efecto, regímenes jurídicos como el civil –en materia de herencias, por ejemplo-, el penal –en lo que se refiere al derecho a no testificar contra los seres queridos, por ejemplo-, el administrativo –en lo que tiene que ver con las inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos, por ejemplo-, o el de seguridad social –en lo que se refiere a la condición de beneficiarios de las pensiones y los servicios de salud, como el objeto del presente proceso, por ejemplo-, para sólo mencionar algunos, aluden a la noción de compañero o compañera permanente y la llenan de contenido con base en la definición de la misma propia de la ley 54 de 1990.

Durante muchos años, lo anterior implicó para las parejas homosexuales un trato discriminatorio con múltiples efectos negativos, pues la restricción de la noción de compañero o compañera permanente a las parejas heterosexuales impedía que aquéllas accedieran no sólo a los beneficios de la unión marital de hecho y del régimen patrimonial de bienes contenidos en la ley 54 de 1990, sino también de todos aquellos regímenes que utilizaban esta norma como referente normativo. Por esta razón, la primera interpretación posible de la sentencia C-075 de 2007, es que ésta permitirá no sólo que los beneficios de la ley 54 de 1990 se extiendan a las parejas homosexuales, sino también que esta ley continúe siendo un referente normativo de todos los regímenes jurídicos que utilizan la noción de compañero o compañera permanente, y que en esa medida permita que los beneficios contenidos en ellos para las parejas heterosexuales se extiendan a las parejas homosexuales.

Lo anterior sucedería tanto si el texto de la sentencia de la Corte Constitucional alude explícitamente a la ley 54 de 1990 como referente normativo de otros regímenes jurídicos, como si nada dice sobre el tema. En efecto, en este último caso se entendería que, tal y como lo ha sido hasta el momento, la ley 54 de 1990 continuaría siendo referente normativo para efectos de la definición de compañero o compañera permanente, pues se trataría de la interpretación más favorable a la protección de los

derechos de las personas homosexuales a la igualdad, al libre desarrollo de la identidad sexual y a la dignidad, entre otros.

Sin lugar a dudas, una interpretación de esta naturaleza aseguraría la mayor protección de los derechos de las personas homosexuales, pues garantizaría que éstas reciban un tratamiento igual a aquél otorgado a las parejas heterosexuales en los diversos ámbitos jurídicos, en todos aquellos casos en los que dicho tratamiento se justifique por el hecho de la existencia de una pareja. En esa medida, la discriminación y falta de protección a la que durante mucho tiempo fueron sometidas las parejas del mismo sexo terminarían, y darían paso a una situación de protección igualitaria de los derechos de las parejas, con independencia de su orientación sexual.

Esta situación terminaría por completo con el tratamiento constitucional dispar al que durante mucho tiempo estuvieron sometidas las personas homosexuales, pues eran ampliamente protegidas en contra de la discriminación por razones de la opción sexual en su condición de individuos¹⁸, pero estaban completamente desprotegidas de dicha discriminación en su condición de parejas.¹⁹ Esta artificial distinción entre la protección del individuo en la esfera de la intimidad y la protección de la pareja en el ámbito social conducía a que la jurisprudencia constitucional consagrara los derechos a elegir libremente la opción sexual y a no ser discriminado por esa razón, pero limitara el ejercicio pleno de los mismos, que sólo puede tener lugar en la dimensión de la pareja y la familia.

En cambio, si la sentencia C-075 de 2007 fuera interpretada en el sentido de que la ley 54 de 1990 continuará siendo el referente normativo de todos los regímenes jurídicos que aludan a la figura de compañero o compañera permanente, las parejas del mismo sexo podrían acceder a todos los beneficios consagrados en la ley para las parejas heterosexuales. Esta interpretación implicaría que, a través de la sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional cambió radicalmente su precedente en la materia, expresado, entre otras, en las sentencias SU-623 de 2001, C-814 de 2001, T-725 de 2004 y T-349 de 2006.

En el caso concreto del régimen de seguridad social, lo anterior conduciría a la necesidad de que toda referencia a la figura de compañero o compañera permanente sea interpretada en el mismo sentido de la ley 54 de 1990, es decir, en el sentido de incluir a las parejas del mismo sexo. En el caso particular de la cobertura del POS que es objeto del proceso de referencia, esto conduciría a la necesaria conclusión de que la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” debería ser declarada constitucional condicionadamente, en el entendido de que incluye también a las parejas del mismo sexo. Igualmente, la

¹⁸ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

expresión “familiar” acusada en la demanda de referencia sea también declarada constitucional condicionadamente, en el entendido de que la caracterización de la cobertura del POS como familiar no excluye la extensión de ésta a las parejas del mismo sexo.

B. Constitucionalidad condicionada de las expresiones, si la sentencia C-075 de 2007 restringe los efectos del fallo al régimen jurídico de sociedad patrimonial de bienes previsto en la ley 54 de 1990

A pesar de que la anterior sería la interpretación de la sentencia C-075 de 2007 más favorable a la protección de los derechos de las personas homosexuales, no se trata de la única interpretación posible. En efecto, el comunicado de prensa que hizo pública la decisión permite inferir que, muy posiblemente, la Corte Constitucional restringirá el alcance del fallo únicamente al régimen jurídico regulado por la ley 54 de 1990. Según el comunicado, la Corte

*“precisó que esta decisión se circunscribe al régimen legal de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes regulado en la Ley 54 de 1990 y modificado por la Ley 979 de 2005 y por lo tanto, no cobija otras materias jurídicas”.*²⁰

Lo anterior parece indicar, entonces, que quizás la ley 54 de 1990 dejará de ser el referente normativo de otros regímenes jurídicos cuyas alusiones a la figura de compañero o compañera permanente tendrán un contenido propio e independiente de la definición de esta figura contenida en la ley 54 de 1990. Y respecto de cada uno de esos regímenes jurídicos será menester determinar si una interpretación restrictiva de dicha figura en el sentido de excluir a las parejas del mismo sexo es o no inconstitucional.

Ahora bien, a primera vista podría pensarse que, si ésta es la vía hermenéutica que finalmente decide adoptar la Corte en el texto de la sentencia C-075 de 2007, esta sentencia sólo habría cambiado el precedente constitucional en lo que se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo derivados de su convivencia por más de dos años –precedente que se encontraba consagrado en la sentencia C-098 de 1996-, pero mantendría intacto el precedente constitucional en lo que tiene que ver con otros regímenes jurídicos, y en particular con el régimen de seguridad social –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 –tales como la cobertura y la supervivencia, entre otros- otorgados a las parejas heterosexuales se justifican plenamente por cuanto éstos tienen en propósito de proteger la familia.²¹

²⁰ Corte Constitucional, comunicado de prensa, expediente D-6232 – sentencia C-075/07, 7 de febrero de 2007.

²¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sin embargo, es menester concluir que, incluso si la sentencia C-075 de 2007 restringe su alcance exclusivamente al régimen jurídico de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, dicha sentencia implica un cambio sustantivo del precedente existente hasta la fecha en materia de los derechos de las parejas del mismo sexo en general, y de sus derechos en materia de seguridad social en particular. Esto porque, a partir de dicha sentencia, todo tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales debe ser analizado desde el punto de vista del derecho a la libre opción sexual, como un derecho cuyo ejercicio no se restringe al ámbito individual, sino que debe ser protegido plenamente en el ámbito de la pareja. En esa medida, a partir de dicha sentencia, la expresión de compañero o compañera permanente presente en los diferentes regímenes jurídicos existentes debería ser siempre interpretada en el sentido de incluir también a las parejas del mismo sexo, en la medida en que el contenido de la expresión debería ser definido de manera autónoma en cada régimen jurídico, y que ésa es la interpretación que resulta más favorable a los derechos de las personas homosexuales.

Además, a partir de la sentencia C-075 de 2007, todo tratamiento discriminatorio de las parejas del mismo sexo respecto de las parejas heterosexuales debe ser sometido a un test estricto de proporcionalidad similar a aquél al que fue sometido el tratamiento discriminatorio que consagraba la ley 54 de 1990 al impedir que las parejas del mismo sexo pudieran acceder a los beneficios propios del régimen patrimonial de bienes de los compañeros permanentes. Un test estricto de proporcionalidad implica, antes que nada, la consideración de que toda regulación fundada en la orientación sexual como criterio de diferenciación tanto de los individuos como de las parejas debe presumirse inconstitucional. En esa medida, el tratamiento discriminatorio que se derive de una tal regulación sólo podrá ser considerado constitucional y proporcionado si se demuestra que tiene un objetivo constitucionalmente imperioso, y que el tratamiento discriminatorio es una medida necesaria y proporcionada para cumplir con ese objetivo.

En el caso concreto del régimen de seguridad social, y en particular de la cobertura del POS, podría pensarse entonces que, a la luz del precedente establecido por la sentencia C-075 de 2007, la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” debería ser interpretada por la Corte Constitucional en el sentido de que la misma incluye a las parejas del mismo sexo, por cuanto ésta es la interpretación más favorable a los derechos humanos de estas personas. Sin embargo, en el evento de que la Corte considere, como lo ha hecho en jurisprudencia anterior²², que dicha expresión no incluye a estas parejas por cuanto los servicios de seguridad social tienen el propósito de proteger a la familia -que, según la desafortunada interpretación de la Corte sólo merece ser protegida cuando tiene en su

²² Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

origen una pareja heterosexual²³-, a la luz del nuevo precedente creado por la sentencia C-075 de 2007 sería necesario que esta restricción fuese sometida a un test estricto de proporcionalidad.

En dicho test, el objetivo constitucionalmente imperioso del tratamiento diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales sería, como lo invocado en otras ocasiones la jurisprudencia constitucional, la protección especial de la familia -interpretada ésta en el sentido de que sólo incluye las familias a cuya base se encuentran parejas heterosexuales-.²⁴ Ahora bien, en aplicación de un test estricto de proporcionalidad, la simple existencia de un objetivo de esta naturaleza no es suficiente para justificar un tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo, que debe, adicionalmente, ser necesario para cumplir con dicho objetivo, e implicar una afectación proporcionada de los otros valores o intereses en juego.

El tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo en lo que se refiere a la cobertura del POS no es de ninguna manera necesario para lograr el propósito de dar una protección especial a la familia. En efecto, esta protección especial también puede tener lugar si se otorga a las personas homosexuales la posibilidad de acceder al POS en calidad de beneficiarios de sus parejas. Esto es así si el concepto de familia no es interpretado de manera restrictiva como hasta la fecha lo ha sido por la Corte Constitucional²⁵, y si en consecuencia se entiende que también son dignas de protección especial las familias que tienen a su origen parejas del mismo sexo, o madres o padres cabezas de familia, entre otras posibilidades. Una interpretación más amplia del concepto constitucional de familia, por la cual se abogará en el siguiente acápite de este escrito, permitiría concluir que el tratamiento diferenciado de las parejas del mismo sexo en lo que se refiere a la cobertura del POS no sólo no es necesario sino que resulta perjudicial para lograr el objetivo de la protección especial de la familia a través del régimen de seguridad social.

Pero incluso si se mantiene la posición de que la familia constitucionalmente protegida es sólo aquella originada en parejas heterosexuales, en todo caso debe concluirse que la exclusión de las personas homosexuales de la cobertura del POS en calidad de beneficiarias de sus parejas no constituye una medida necesaria para lograr la protección especial de las familias. **No existe una relación directa ni mucho menos causal entre el tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales en este campo y la protección de las familias.** Como tal, esta última no puede ser considerada una justificación legítima de aquél. Por el contrario, **es posible garantizar esta protección al mismo tiempo que se garantiza la igualdad de las parejas en lo que se refiere a la cobertura del POS, pues esta igualdad puede tener un objetivo distinto de aquél de la**

²³ *Id.*

²⁴ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

protección de la familia, a saber: la protección de las parejas que, con base en su derecho a elegir libremente su proyecto de vida y a vivir su sexualidad con otra persona, establecen una comunidad significativa de vida. Más aún, la extensión de los beneficios propios de la cobertura del POS 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.

Además de no constituir una medida necesaria para el logro de la protección especial de la familia, el tratamiento discriminatorio de las parejas del mismo sexo en lo que se refiere a la cobertura del POS 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 discriminatorio son sin lugar a dudas tangibles y mayores que aquel beneficio abstracto e impreciso. Estos costos tienen que ver con la severa afectación de los derechos a la libre opción sexual, la igualdad y la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, que surge como resultado de un tratamiento discriminatorio e injustificado de las parejas homosexuales, que impide que la protección de estos derechos inherentes a las personas homosexuales en el ámbito de la pareja.

Igualmente, estos costos tienen que ver con la severa afectación de los derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, pues la restricción de la cobertura del POS a las personas homosexuales como beneficiarias de sus parejas impide que éstas puedan acceder a servicios básicos de salud 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 y salud, en muchos casos la exclusión de las personas homosexuales de la cobertura del POS 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.

Es justamente por esa razón que el argumento según el cual la restricción de los beneficios propios de la seguridad social a las parejas heterosexuales no implica el desamparo de las personas homosexuales, que en todo caso cuentan con la posibilidad de acceder a los beneficios ordinarios suministrados por el Estado a los individuos que no conforman parejas ni familias, no se sostiene, ni remedia la desproporción de esta restricción. Este argumento, que ha sido empleado por la Corte Constitucional en

fallos anteriores²⁶ para justificar la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios propios de la seguridad social concedidos a las parejas heterosexuales, ignora el hecho de que los beneficios ordinarios suministrados por el Estado a los individuos que no conforman parejas ni familias son muy inferiores en términos de certeza del derecho y de calidad de la prestación, y no están garantizados de manera universal a todos los ciudadanos colombianos. Por ende, a la luz del nuevo precedente constitucional establecido por la sentencia C-075 de 2007, este argumento no debería volver a ser utilizado por la Corte, pues no constituye una justificación legítima del tratamiento discriminatorio de las parejas del mismo sexo, ni remedia la desproporcionalidad que éste causa.

En conclusión, incluso en el evento de haber restringido su alcance al régimen patrimonial de la sociedad entre compañeros permanentes, la sentencia C-075 de 2007 implicó un cambio sustantivo del precedente constitucional en la materia, pues impuso la exigencia de aplicar un test estricto de proporcionalidad a todos aquellos casos en los que se dé un tratamiento distinto a las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales. En el evento de que la Corte Constitucional decida pronunciarse de fondo sobre el proceso de referencia y de que considere que los efectos de la sentencia C-075 de 2007 no se extienden a otros regímenes jurídicos distintos de la sociedad patrimonial como la seguridad social, este test estricto de proporcionalidad debe por tanto ser aplicado con el fin de determinar si la restricción de la cobertura del POS a las parejas heterosexuales constituye o no una medida proporcionada y por ende constitucional. Como se demostró anteriormente, sin duda la aplicación de un test de esa naturaleza a este tratamiento discriminatorio de las parejas del mismo sexo conducirá a la conclusión de que el mismo es inconstitucional, por cuanto no constituye una medida ni necesaria ni proporcionada para lograr el objetivo de la protección especial de la familia.

Una conclusión como la anterior se ajustaría a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia²⁷, que forman parte del bloque de constitucionalidad, y que prohíben a los Estados tratar de manera discriminatoria a las personas o parejas homosexuales por razón de su orientación sexual. Esto no sucedía, en cambio, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional anterior a la sentencia C-075 de 2007 que, a la luz de los tratados internacionales y de la doctrina de los órganos encargados de su monitoreo, podía ser considerada vulneratoria de los

²⁶ Así, por ejemplo, en un fallo reciente, la Corte Constitucional avaló la negativa del Seguro Social de otorgar a un individuo desempleado y con el virus del VIH-Sida la pensión de sobreviviente de su difunto compañero, con quien convivió por más de 10 años, pues, según la Corte, dicha pensión se comprende como un “instrumento de protección del grupo familiar”, y el grupo familiar sólo debe ser protegido por el Estado cuando tiene en su origen a una pareja heterosexual. Sin embargo, la Corte aclaró que la imposibilidad del accionante de acceder a la pensión de sobreviviente de su compañero no significaba de manera alguna su desamparo. Según la Corte, éste podría –a pesar de su desempleo, del avanzado estado de su enfermedad y de la existencia de la pensión de su compañero– “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”. Corte Constitucional, sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷ Al respecto, resultan de particular relevancia las cláusulas que prohíben la discriminación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

derechos humanos de las personas homosexuales. En particular, este precedente iba en contra de lo establecido por la doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *Young vs. Australia*²⁸, en el cual el Comité determinó que la regulación del Estado australiano que impedía el acceso a la seguridad social de los compañeros sobrevivientes de homosexuales beneficiarios del sistema era violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), pues constituía un trato discriminatorio que no se encontraba justificado en ningún argumento razonable y objetivo. En esa medida, cualquier trato discriminatorio de las parejas homosexuales que no encuentre una justificación razonable y objetiva podría ser considerado contrario al PIDCP y, por ende, al bloque de constitucionalidad del cual éste forma parte.

Los anteriores argumentos justifican plenamente que la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 sea declarada constitucional condicionadamente, en el entendido de que incluye también a las parejas del mismo sexo. Igualmente, esta conclusión justifica plenamente que la expresión “familiar” acusada en la demanda de referencia sea también declarada constitucional condicionadamente, en el entendido de que la caracterización de la cobertura del POS como familiar no excluye la extensión de ésta a las parejas del mismo sexo.

Es importante precisar que, técnicamente hablando, la solicitud de constitucionalidad condicionada de las expresiones antes mencionadas que aquí se hace de manera subsidiaria debe ser comprendida como implícitamente incorporada en la demanda. En efecto, en el evento de que la Corte Constitucional considere que la demanda es apta para que tenga lugar un pronunciamiento de fondo, sería importante que comprendiera que los argumentos de la misma están encaminados a que la Corte declare que la disposición acusada no puede excluir del beneficio de la cobertura del POS a las parejas del mismo sexo. Esto significa que, más que solicitar su exclusión de la disposición demandada, los ciudadanos demandantes están solicitando una interpretación condicionada de la expresión “familiar” que efectivamente señalaron como inconstitucional, e igualmente están identificando la importancia de que la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” sea declarada constitucional condicionadamente.

La solicitud de constitucionalidad condicionada de las expresiones mencionadas implica una solicitud expresa a la Corte Constitucional, ya elevada con anterioridad por los intervinientes ante esta Honorable Corte²⁹, de que se aparte de la decisión contenida en la sentencia C-1299 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). En dicha

²⁸ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Young vs. Australia*, 2003, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C78/D941/2000.

²⁹ Ver las intervenciones de quienes firman este documento en los procesos de constitucionalidad No. D-6122, que culminó en la sentencia C-355 de 2006 que declaró la constitucionalidad condicionada de las normas que penalizaban de manera absoluta el aborto, y No. D-363, que culminó en la sentencia C-075 de 2006, que declaró la constitucionalidad condicionada de la expresión “hombre y mujer” contenida en la ley 54 de 1990, en el sentido de que el régimen de protección allí contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

sentencia, la Corte decidió inhibirse para 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 esta 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, 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 a futuro los ciudadanos 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, respetuosamente le solicitamos que, conforme a ella, recuerde que, cuando un ciudadano le solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, la Corte tiene la facultad de declarar de oficio la constitucionalidad condicionada de la totalidad o de algunos apartes de la misma. Por ello, en este caso concreto solicitamos a la Corte que, en el evento de pronunciarse de fondo sobre la demanda de referencia, declare la constitucionalidad condicionada de las expresiones “familiar” y “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenidas en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, en el entendido de que las mismas incluyen también a las parejas del mismo sexo.

En efecto, la declaratoria de constitucionalidad de las normas acusadas no puede ser interpretada, desde ninguna óptica, como una decisión respetuosa, ni mucho menos protectora, de los derechos de los homosexuales, por cuanto la misma implicaría la perpetuación del tratamiento discriminatorio e injustificado al que, hasta la fecha, se han visto sometidas las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales. Como lo señaló ya el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales constituye una violación del artículo 26 del PIDCP y, como tal, una violación del bloque de constitucionalidad colombiano.

III. Solicitud de cambio del precedente sobre el concepto constitucional de familia

Como lo hemos demostrado hasta el momento, la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional implicó un cambio sustantivo del precedente constitucional en materia de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues o bien permitió que la noción de compañero o compañera permanente -propia de la ley 54 de 1990 y entendida en el sentido de que incluye también a las parejas del mismo sexo- sea utilizada como referente normativo de otros regímenes jurídicos que aluden a ella, o bien restringió dicha noción a la ley 54 de 1990 pero estableció una nueva regla según la cual todo tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad. Sin embargo, este cambio sustantivo del precedente no significa necesariamente un cambio del precedente de la Corte Constitucional relativo al concepto de familia constitucionalmente protegido, y según el cual este concepto sólo abarca a las familias a cuyo origen se encuentren parejas heterosexuales.³⁰

En efecto, bajo cualquiera de las dos interpretaciones antes desarrolladas de la sentencia C-075 de 2007, es posible establecer una distinción entre el concepto de familia y el concepto de pareja, y determinar que la regla de la igualdad y la no discriminación entre personas homosexuales y heterosexuales sólo aplica a la dimensión de la pareja. Esta posibilidad fue sugerida por la propia demanda que inició el debate constitucional del proceso que culminó en la sentencia C-075 de 2007, y la misma permitiría que la Corte Constitucional mantuviera su jurisprudencia en materia del concepto de familia, pero la variara en lo que se refiere a los derechos de los homosexuales como parejas. Como se demostró en el acápite anterior, incluso en los casos en los que la Corte Constitucional ha considerado que el tratamiento desigual de las parejas homosexuales se justifica por el objetivo de proteger de manera especial a la familia, sería posible concluir que la garantía de un tratamiento igualitario y no discriminatorio de las parejas homosexuales no atenta contra este objetivo, entre otras razones porque busca la obtención de un objetivo particular: la protección de las parejas que establecen vínculos estables de solidaridad, afecto y convivencia entre sí. De esta protección serían beneficiarias tanto las parejas homosexuales como las parejas heterosexuales, y sólo estas últimas serían en cambio beneficiarias también de la protección especial conferida a la familia.

Teniendo en cuenta que aún no sabemos si la anterior será la posición de la Corte Constitucional en el texto de la sentencia C-075 de 2007, aprovechamos esta oportunidad para reiterar nuestra solicitud –realizada también el proceso constitucional que condujo a la sentencia C-075 de 2007- de que la Corte varíe su precedente en materia del concepto de familia constitucionalmente protegida, de forma tal que incluya en él familias distintas de aquéllas que tienen a su origen parejas

³⁰ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

heterosexuales, tales como familias a cuyo origen se encuentran parejas del mismo sexo, pero también madres o padres cabeza de familia, entre otros.

Desde nuestro punto de vista, la restricción del concepto de familia constitucionalmente protegida a las familias originadas por parejas heterosexuales interpreta equivocadamente la regulación amplia, pluralista y democrática de la familia que trae el artículo 42 de la Constitución de 1991. Según la Corte, esta disposición debe ser interpretada en el entendido de que la Constitución protege únicamente, o al menos privilegiadamente, a la familia heterosexual y monogámica, en razón de que establece que una de las formas de constituir la familia es “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. Sin embargo, esta hermenéutica ignora que el propio artículo 42 reconoce literalmente otras formas de conformar familias, al establecer que éstas no sólo se constituyen por el matrimonio de hombre y mujer, sino también “por vínculos naturales o jurídicos” o “por la voluntad responsable de conformarla(s)”. Esto significa que la exigencia de que al origen de la familia se encuentre una pareja heterosexual está referida exclusivamente a la institución matrimonial, pero no a otras formas de familia, que pueden tener otro origen y estructura.³¹

Además de incurrir en una hermenéutica restrictiva que no corresponde a la literalidad del artículo 42 de la Constitución, la jurisprudencia constitucional sobre el concepto constitucionalmente protegido de familia implica un tratamiento discriminatorio de las parejas homosexuales que quieren conformar familias. Aunque, sin lugar a dudas, un tratamiento no discriminatorio de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales constituye un avance en la garantía de los derechos de la población homosexual, el mismo no da fin a las discriminaciones sufridas por las personas homosexuales. En efecto, como se mencionó anteriormente, la protección de las personas homosexuales en su dimensión de pareja pero no de familia implica que éstas deben ser tratadas de manera igual en lo que se refiere a la concesión de los beneficios que se otorguen por el hecho de ser pareja, pero que no podrán acceder a aquellos beneficios que se concedan única y exclusivamente a las familias. Esto implica la posibilidad de que beneficios tradicionalmente comprendidos como propios de la familia sean comprendidos como propios de las parejas, tales como el régimen de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes o el régimen de seguridad social, y de cobertura de salud en particular –cuya restricción a las parejas del mismo sexo no puede justificarse con el objetivo de la protección familiar porque, como se vio, ello no es necesario y resulta desproporcionado-. A pesar de esto, la distinción entre pareja y familia excluye en todo caso a las parejas homosexuales de ciertos beneficios, tales como el derecho a adoptar hijos, a los que sí tienen acceso las parejas heterosexuales.

Este trato diferenciado se basa en la idea de que sólo las parejas heterosexuales pueden conformar familias susceptibles de ser protegidas por el Estado, idea que es

³¹ Ver, en este sentido, los salvamentos de voto de los Magistrados Álvaro Araújo Rentería, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa a las sentencias SU-623 de 2001 y C-814 de 2001.

evidentemente discriminatoria, pues excluye de plano la posibilidad de que las parejas homosexuales constituyan familias valiosas para el proyecto de sociedad pluralista e incluyente contenido en la Constitución de 1991, y en particular en el artículo 42 de la Carta. Es por esto que resulta de fundamental importancia que la Corte Constitucional modifique este precedente constitucional, que impone a la protección constitucional de la opción homosexual un límite invisible, según el cual ésta sólo llega hasta donde empiezan las regulaciones relativas al núcleo familiar. Para remediar a fondo la histórica injusticia del tratamiento discriminatorio de la población homosexual, la Corte debería alejarse de la noción restrictiva de familia heterosexual y monogámica e incluir en la misma a la familia que tiene como origen una pareja homosexual. Con ello, la Corte Constitucional garantizaría un tratamiento igual para las parejas y familias homosexuales y heterosexuales, y una cabal protección de los derechos de los homosexuales a la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la libre opción sexual.

La modificación del precedente constitucional relativo al concepto constitucionalmente protegido de familia que aquí se solicita reforzaría aún más la necesidad de que, en el evento de que la Corte se pronuncie de fondo sobre la demanda de referencia, se declare la constitucionalidad condicionada de las expresiones “familiar” y “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenidas en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, pues implicaría que las mismas incluyen también a las parejas del mismo sexo y a las familias conformadas por este tipo de parejas.

IV. Solicitud

De manera comedida solicitamos a la Corte Constitucional:

Solicitud principal: Que declare la ineptitud sustantiva de la demanda de referencia y que, en consecuencia, profiera una sentencia inhibitoria.

Primera solicitud subsidiaria: Que, en el evento de que decida pronunciarse de fondo sobre la demanda de referencia, realice unidad normativa de forma que se pronuncie no sólo sobre la expresión “familiar” acusada por los demandantes, sino también sobre la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en el artículo 163 de la ley 100 de 1993 objeto de la demanda.

Segunda solicitud subsidiaria: Que de conformidad con la anterior solicitud, declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años” contenida en el artículo 163

de la ley 100 de 1993, en el entendido de que ésta incluye también a las parejas del mismo sexo.

Tercera solicitud subsidiaria: Que de conformidad con la anterior solicitud, declare la constitucionalidad condicionada de la expresión “familiar” acusada en la demanda de referencia, en el entendido de que la caracterización de la cobertura del POS como familiar no excluye la extensión de ésta a las parejas del mismo sexo.

Cuarta solicitud subsidiaria: Que, en el evento de acceder a la solicitud de cambiar el precedente constitucional relativo a la noción de familia constitucionalmente protegida contenida en el acápite III de este escrito, declare exequible la expresión “familiar” también en el entendido de que incluye a las familias a cuyo origen se encuentran las parejas del mismo sexo.

De los Honorables señores Magistrados,

Rodrigo Uprimny Yepes,
c.c. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia

María Paula Saffon Sanín
c.c. 52.862.641 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
DeJuSticia