

Sentencia C-1043/06

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Competencia de la Corte Constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-
Requisitos para la prosperidad del examen

UNIDAD NORMATIVA-Integración excepcional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-
Incumplimiento de carga argumentativa/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR
VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD- Incumplimiento de carga
argumentativa/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA
RELATIVA-Exclusión parejas homosexuales pensión de sobrevivientes

La Corte ha dicho que existen diversos factores de orden social y jurídico que hacen que no siempre quepa predicar la existencia de un imperativo constitucional de aplicar el mismo régimen en uno y en otro caso. La existencia de esas diferencias hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad. Esta carga argumentativa no se satisface en el presente caso, puesto que, como se ha dicho, el actor se limita a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio. En ese mismo contexto, el demandante no presenta razones que lleven a la conclusión, sobre la que se edifica toda su demanda, de que la norma acusada contiene una diferencia de trato atribuible exclusivamente a la orientación sexual de aquellos a quienes considera excluidos. Como quiera que la diferencia de trato jurídico puede obedecer a las diferencias en los supuestos fácticos que existen entre la situación que es objeto de regulación y la que se estima excluida por el accionante, éste ha debido mostrar de qué manera, en su concepto, frente a la materia objeto de regulación, una y otra situación son asimilables, de manera que la ausencia de justificación para el trato diferente conduzca a la conclusión sobre la existencia de discriminación.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Falta de integración

El actor no integró debidamente la proposición jurídica demandada, dado que la plena identificación de los destinatarios de la norma acusada sólo puede hacerse a la luz de un contenido normativo no demandado, el previsto en el artículo primero de la Ley 54 de 1990, que regula la unión marital de hecho y en el que se dispone que "... para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.". Tal como se ha expresado en esta providencia, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, en las demandas de inconstitucionalidad por presunta omisión legislativa, el actor debe acusar el texto del cual emerge específicamente la aludida omisión. De esta manera, para cumplir con el requisito de coherencia lógica que exige la jurisprudencia, el actor debe conectar el vacío normativo que se alega con la norma de la cual podría predicarse. Sin embargo, en el presente caso, la restricción del alcance de las expresiones compañero o

compañera permanente contenidas en la norma acusada se encuentra en una norma distinta. Esto es, el cargo por omisión no es directamente predicable de la disposición acusada y los demandantes no cumplen con la carga de demostrar que la supuesta omisión legislativa se deriva del contenido normativo del literal acusado.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA-No adecuada formulación cargo omisión legislativa relativa

Considerando que en la presente causa los actores no han cumplido con el presupuesto de formular adecuadamente el cargo por la pretendida omisión legislativa, la Corte debe abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo y, en su lugar, proceder a declararse inhibida por haberse presentado el fenómeno procesal de la ineptitud sustancial de la demanda.

Referencia: expediente D-6330

Ley 100 de 1993, artículo 74, Literal a (parcial), modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

Demandantes:

Andrés Pacheco Bohórquez

María Claudia Gómez Uricoechea

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Andrés Pacheco Bohórquez y María Claudia Gómez Uricoechea solicitaron a esta Corporación que declare inexequible el artículo 74, Literal a (parcial), de la Ley 100 de 1993 –modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003–. La demanda fue admitida mediante auto de 9 de junio de 2006.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia, asignando la sustanciación al Magistrado Rodrigo Escobar Gil, debido a que la ponencia original presentada por el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa no fue aprobada en Sala Plena.[1]

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma acusada:

Ley 100 de 1993

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

[...]

Libro Primero

Sistema general de pensiones

[...]

TÍTULO III

Régimen de ahorro individual con solidaridad

[...]

CAPÍTULO IV

Pensión de sobrevivientes

[...]

Artículo 74.– (modificado por el artículo 13° de la Ley 797 de 2003) Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. 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.

[...]

III. LA DEMANDA

1. Andrés Pacheco Bohórquez y María Claudia Gómez Uriceochea presentaron acción de inconstitucionalidad contra el literal a (parcial) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por considerar que viola los artículos 13 y 48 de la Constitución Política de Colombia.

2. Los demandantes consideran que la Corte debe declarar inconstitucional el aparte normativo acusado, fundándose en varios argumentos que sintetizan en los siguientes términos:

"1. El constituyente primario, debidamente representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, definió la seguridad social como un servicio público que debe ser garantizado a todos los habitantes de forma irrenunciable al tenor del artículo 48 de la Carta.

2. El constituyente primario estableció además en el artículo 13 de la Carta la igualdad de todas las personas ante la ley, el goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

discriminación.

3. El legislador desarrollo el artículo 48 constitucional a través de la Ley 100 de 1993 a partir de una base de fundamentos que se encuentra definida en el artículo 2° de la norma en cita, en el cual se establece como una de sus fuentes, de conformidad con el literal b la universalidad como "... la garantía de la protección para todas las personas sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida".

4. Sin embargo, al tenor del literal a del artículo 74 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solamente serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite.

5. El legislador al no contemplar a la pareja en el contenido de la norma excluyó del beneficio de la pensión de sobrevivientes a un importante número de colombianos que por no contar su relación afectiva con la condición de heterosexual quedan desprotegidos por la ley, al tenor de la norma en cita que no los contempla como beneficiarios del derecho referido. Lo anterior, teniendo en cuenta que la legislación colombiana no contempla los derechos civiles a los compañeros o compañeras del mismo sexo.

6. El inciso segundo del artículo 13 de la Constitución contempla además, que "el Estado deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados y marginados", lo que permite colegir que además de lo referido en los 5 anteriores numerales, deberá a través de la ley colombiana protegerse a estos grupos discriminados y marginados como lo es el caso de las parejas homosexuales que de igual forma deberán gozar al tenor de las normas constitucionales antes referidas (artículos 13 y 48) del derecho de pensión de sobrevivientes en iguales condiciones de los demás ciudadanos y no excluírseles por el hecho de su personalidad."

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social intervino en el proceso por medio de apoderado[2] para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, en los siguientes términos.

1.1. En Ministerio reitera, en primer lugar, que la Seguridad Social es reconocida por la Constitución Política (art. 48) como un servicio público de carácter obligatorio, cuya organización, dirección, control y vigilancia corresponde expresamente al estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Advierte que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración de la Seguridad Social y, en consecuencia,

"(...) es el llamado a definir los elementos y variables que la constituyen, estando limitado en su actuar únicamente por los derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, sin perder de vista la necesidad de que las limitaciones que se impongan resultan razonables y proporcionadas al fin que se persigue, es decir la regulación no puede exceder los fines del Estado Social de Derecho, máxime si se tiene en cuenta que la Seguridad como lo ha expresado la reiterada jurisprudencia constitucional, ha sido definida como un derecho de naturaleza asistencial o prestacional y progresivo, dado que su cobertura no es inmediata."

1.2. Posteriormente, el Ministerio de la Protección Social indica que la finalidad de la pensión de

sobrevivientes es proteger la familia. Dice al respecto la intervención,

"La finalidad de la pensión de sobrevivientes es la protección de la familia del trabajador o jubilado fallecido, por cuanto a su muerte, se deriva la privación o disminución de unos ingresos con los cuales se atiende la subsistencia del grupo familiar; en tal sentido se entiende esta pensión como una prestación social que tiene como finalidad proteger a las personas del núcleo familiar que dependían económicamente del fallecido, por tanto no es dable interpretarse como derecho adquirido de persona alguna.

Así, se reitera, lo que se procura es indemnizar el perjuicio económico causado al grupo familiar dependiente económicamente, con el deceso del proveedor de estos recursos, para que éste pueda seguir con su vida en condiciones semejantes a las existentes antes del fallecimiento, naturalmente en el plano económico."

1.3. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y luego de precisar que "(...) el término familia se interpreta de acuerdo a la Constitución y a la Jurisprudencia constitucional como la formada por la pareja que se encuentra constituida por un hombre y una mujer",[3] el Ministerio de la Protección Social concluye que no se pueden inferir que los derechos previstos para el grupo familiar, también los tengan parejas del mismo sexo. Dice la intervención,

"Así las cosas y acorde con lo previsto en la Constitución y lo ya señalado en la jurisprudencia constitucional no puede predicarse efectos que la misma Constitución y la ley no [ha] previsto que se desprenden de una relación afectiva entre personas del mismo sexo, es decir, no puede inferirse de las mismas un grupo familiar, el cual es precisamente el objeto a proteger por una prestación como la pensión de sobrevivientes, en ese orden de ideas el Sistema Pensional no tiene que asumir un gasto que no corresponde al concepto indemnizatorio que ya se ha señalado.

Debe dejarse claramente establecido que el Sistema General de Pensiones, tratándose de pensiones de sobrevivencia no pretende brindar un enriquecimiento gratuito a una persona que no trabaja, sino solventar la merma que sufre el ingreso familiar por la muerte de uno de los padres que se ocupaba de llevar este ingreso a la familia."

Para el Ministerio de la Protección Social, la demanda que se estudia en este caso no pretende enfrentar una discriminación, sino crear un beneficio económico injustificado a un grupo de la sociedad.

"Así, resulta que lo realmente pretendido por el actor no es defender la presunta discriminación que alega, sino procurarse un ingreso permanente y gratuito para quienes no han obtenido un ingreso económico por sí mismos y pretenden derivarlo del Sistema General de Pensiones, sin detenerse a considerar que ello implica negar pensiones a quienes sí están en necesidad de las mismas, por carecer de posibilidades de obtenerlas por sí mismos."

1.4. Con fundamento en las razones expuestas, el Ministerio de la Protección Social solicita "declarar la exequibilidad de la norma acusada."

2. Intervención de la Organización Colombia Diversa

Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de la Corporación Proyecto Colombia Diversa,[4] intervino en representación de su organización para "(...) apoyar los cargos formulados por los ciudadanos demandantes en el sentido que la norma impugnada viola la Constitución Política, en especial los artículos 13 y 48, y que esta disposición es una norma

discriminatoria contra todas las personas homosexuales de Colombia y que por tanto debe ser retirada del ordenamiento. No obstante, por el principio de conservación del derecho, se solicitará una exequibilidad condicionada (...)."

2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual. Para Colombia Diversa, "(...) los demandantes tienen razón en afirmar que esta norma es discriminatoria y establece un requisito para acceder al beneficio de sustitución pensional, que por su contenido normativo imposibilita a cualquier persona homosexual que viva en pareja para acceder a este beneficio; por tanto esta norma es irrazonable y desproporcionada."

La intervención considera que la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la libre opción sexual y el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género, en diversos campos y ámbitos de la vida.[5] Con base en este derecho, y teniendo en cuenta que los homosexuales son un grupo 'tradicionalmente excluido y socialmente vulnerable',[6] la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la orientación sexual es un 'criterio sospechoso' de diferenciación, por lo que 'todo trato diferente fundamentado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto'.

Colombia Diversa sostiene que con relación a los derechos de los homosexuales,

"(...) la Corte ha mantenido dos líneas jurisprudenciales encontradas, pasando por alto que se trata de la misma problemática. Es decir, que ha abordado de manera distinta aquellos casos que involucran al sujeto como individuo o al sujeto como miembro de la pareja. En virtud de tal distinción se ha permitido aplicar el test de proporcionalidad solo en aquellos casos en los que se reivindica un derecho desde la perspectiva del individuo. En cambio ha omitido la aplicación del mismo cuando se ha estudiado el problema de la discriminación que resulta de los beneficios que se otorgan exclusivamente a los heterosexuales que conviven en pareja." No obstante, a su juicio cuando la Corte aplique un 'test estricto de igualdad' "(...) encontrará que la norma es inconstitucional, ya que no es necesaria, proporcional, ni razonable, no cumple ningún fin constitucional válido ni importante, y por el contrario tiene un efecto nocivo y discriminatorio sobre las personas homosexuales."

2.2. Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Colombia Diversa considera que se debe tener en cuenta que "(...) en el derecho internacional de los derechos humanos también se ha reconocido que la orientación sexual es un criterio de discriminación prohibido por los pactos de derechos humanos."

2.2.1. Con relación a la 'Doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas' (CDH), la intervención señala,

"El primer instrumento convencional de Derecho Internacional que reconoce la discriminación por razón de sexo como una conducta contraria a los Derechos Humanos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo de ahí a que se reconociera que dentro de este tipo de discriminación estaba incluida aquella ligada a la opción sexual el camino recorrido ha sido largo. Es sólo hasta el 31 de marzo de 1994 cuando se produce el histórico fallo del Comité de Derechos Humanos en el caso Toonen v. Australia,[8] que por primera vez se afirma que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido en contra de la discriminación. Sin embargo, desde finales de la década de los noventa se han venido

multiplicando las decisiones que en el sistema universal de protección de los derechos humanos, los sistemas regionales europeo e interamericano y en distintas cortes nacionales, se avanza con paso firme hacia el reconocimiento de la igualdad de los homosexuales; igualdad que se interpreta como incluyendo el goce pleno e igual de todos los derechos y libertades por parte de los homosexuales."

Colombia Diversa resalta que la "Corte Constitucional usó en la sentencia C-481 de 1998 la Doctrina del Comité de Derechos Humanos, especialmente el caso citado, para determinar y garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas homosexuales." Posteriormente, en el año 2003,

"(...) el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) reconoció en su decisión Young v. Australia[10] los derechos de las parejas homosexuales como fundantes de la no discriminación por causa de la orientación sexual. Es decir, si bien no toda discriminación puede ser calificada como contraria al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sí es discriminatoria una medida que trata de forma desigual a los homosexuales frente a los heterosexuales, a menos que pueda ser justificada por criterios objetivos y razonables. Así las cosas el no otorgar beneficios pensionales al compañero sobreviviente de una pareja homosexual, constituía un caso de discriminación violatorio del artículo 26 del Pacto. Esto, teniendo en cuenta que la legislación australiana sí preveía dicho beneficio para los matrimonios y las parejas heterosexuales en cohabitación que pudiesen demostrar encontrarse en una relación equivalente al matrimonio, y que es claro que el autor de la demanda, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de acceder al matrimonio ni se le reconocía como pareja que había cohabitado con el fallecido. El Comité concluyó que el Estado australiano incurrió en una discriminación basada en la orientación sexual que era violatoria del Pacto, por cuanto la exclusión legislativa a la que se somete a las parejas homosexuales constituye un trato desigual ante la ley que no se encuentra justificado por tal instrumento internacional."

La intervención, "teniendo en cuenta que este análisis de constitucionalidad versa sobre sustitución pensional de parejas homosexuales, materia idéntica a la tratada en Young v. Australia, invi[ta] a la Corte a tenerla en cuenta como un elemento de juicio en este proceso."

2.2.2. Con relación a la 'Doctrina de la Comisión de Derechos Humanos y los Comités de Naciones Unidas', la intervención señala,

"Un número importante de organismos convencionales y extraconvencionales de Naciones Unidas encargados de interpretar y monitorear el cumplimiento de los tratados de derechos humanos han determinado que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación según los pactos de derechos humanos. Esta clase de discriminación es obstáculo para el disfrute y garantía de otros derechos y que las personas homosexuales por esta razón pueden ser sujetos vulnerables de violaciones de derechos humanos. Por esta razón estos organismos han instado a los estados a tomar medidas que conduzcan a eliminar la discriminación y la protección adecuada de los derechos de las personas homosexuales.

En ese sentido la Comisión de Derechos humanos en la Resolución 2004-37 manifestó su preocupación por los asesinatos cometidos por razones discriminatorias incluida la Orientación Sexual. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual en once observaciones finales a los informes presentados por los Estados parte.[12] En todos los pronunciamientos a los que se viene haciendo referencia

se ha enfatizado en tomar medidas legislativas para prevenir y sancionar la discriminación por orientación sexual.

De otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual en dos observaciones generales[13] y cinco observaciones finales a los informes de los Estados[14] parte de dicho tratado. Ha señalado que la orientación sexual no puede ser un obstáculo para el acceso a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el mismo sentido el Comité de Derechos del Niño se ha pronunciado sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual y su incidencia en el disfrute y garantía de otros derechos en dos observaciones generales[15] y en cuatro Observaciones Finales a los informes de los Estados parte.[16] Así mismo lo ha expresado el Comité para todas las formas de discriminación contra la Mujer[17] y el Comité contra la Tortura."

Se resalta que estos pronunciamientos son "reiterados, claros y constantes", por lo que se considera que "deben ser tenidos en cuenta por el juez constitucional en el estudio de exequibilidad de la norma demandada. Esto fundamentalmente debido a que representan un criterio relevante de interpretación, el cual, al ser reiterado tanto en los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional son útiles, adecuados y necesarios para fijar el alcance y garantía de los derechos de los homosexuales." Añaden, además "(...) que en el derecho comparado los tribunales constitucionales han analizado el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo a la luz de la cláusula del derecho a la igualdad y a la libertad.[19]"

2.3. Otros derechos y principios constitucionales violados. Se alega que esta norma también desconoce el principio del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (sentencia T-268 de 2000; Alejandro Martínez Caballero) 'la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución', "(...) así las cosas las personas homosexuales tienen derecho a la libre opción sexual y están amparados por una Constitución pluralista, pero una vez deciden desarrollar su proyecto de vida en pareja con una persona de su mismo sexo pierden derechos y beneficios que tendrían si la pareja fuera heterosexual, es decir, por el pierden derechos y beneficios de la pareja. No puede entenderse un derecho al libre desarrollo de la personalidad de forma completa si se asume que los homosexuales son personas que siempre viven solas y que no generan relaciones de afecto, solidaridad y permanencia. Adicionalmente, las personas homosexuales cada vez son más visibles y con mayor frecuencia están viviendo en pareja (...) lo cual genera que cada vez más personas sufran esta injusticia, (...) una nueva causa de discriminación a un grupo social históricamente discriminado."

Colombia Diversa considera que la norma acusada también viola el derecho fundamental, "(...) en la medida que no reconoce las consecuencias de las relaciones que se conforman en desarrollo de este derecho fundamental. Es importante recordar que la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 1996 estableció la libre opción sexual como derecho fundamental autónomo, [en los siguientes términos:] 'el 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'."

Finalmente, sostiene que también se desconoce el principio de solidaridad. Al respecto se sostiene,

"Si una persona homosexual muere y disfrutaba de su pensión, y en caso de no tener

beneficiarios de la pensión, esta se destinará al Fondo de Solidaridad pensional, es decir, a su muerte la persona homosexual será solidario con sus aportes al sistema de seguridad social. Por otra parte, si esta persona al momento de su muerte tenía pareja y ésta dependía económicamente de él, ésta quedaría desprotegida. Así las cosas, la ley obstaculiza la garantía del principio de solidaridad con la persona más cercana que tenía el cotizante, a saber, su pareja quien lo ha acompañado y con quien ha construido su proyecto de vida. Una persona homosexual debe cotizar toda su vida laboral y recibir su pensión, si cumple los requisitos, pero estos dineros no podrán ser una ayuda y sustento de su pareja, por lo dispuesto en esta ley. En este mismo sentido se vulnera el derecho al mínimo vital del miembro de la pareja sobreviviente, ya que sí dependía económicamente de su compañero, no tendrá recursos para sobrevivir. Por esta razón esta norma discriminatoria genera efectos económicos graves en particular a las personas homosexuales más pobres y vulnerables, que son aquellas que dependen económicamente de sus parejas y que al momento de la muerte de éstas quedan en total desprotección y sin sustento."

2.4. Letargo legislativo. Para Colombia Diversa es clara la voluntad del Congreso de no reconocer los derechos de las persona homosexuales en materia de seguridad social. Señala al respecto,

"(...) pese a existir esta discriminación social y legal evidente que sufren las parejas del mismo sexo, la cual ha sido visibilizada durante más de 10 años, el Congreso no ha aprobado proyectos de ley que garanticen los derechos a la seguridad social de las personas homosexuales que viven en pareja. Se han presentado en los últimos años los siguientes proyectos de ley: Proyecto de Ley 85 de 2001, Proyecto de Ley 43 de 2002, Proyecto 113 de 2004, Proyecto 130 de 2005. Los 3 primeros han sido archivados o por votación o por falta de trámite. El último ha sido aprobado en primer debate en Comisión de Senado. Lo que muestra la experiencia legislativa es que existe un letargo por parte de la rama legislativa del poder público, el cual genera impactos negativos y permanentes sobre las personas homosexuales, que están en una posición de minoría y que por la vía del debate político representativo no ha podido lograr el reconocimiento de sus derechos. Como lo muestra la experiencia, dejar los derechos de los homosexuales a la opinión de las mayorías ha significado daños y perjuicios incompatibles con un estado social de derecho."

2.5 Cambio social. Para Colombia Diversa es "(...) pertinente enfatizar el cambio social que se ha producido por este tema en la sociedad colombiana." Funda su afirmación en los siguientes términos,

"(...) Por ejemplo los medios de comunicación revelan el cambio y visibilidad que ha ocurrido sobre la homosexualidad.[20] La inclusión creciente de temas relacionados con la comunidad homosexual en publicaciones escritas, así como en radio, cine y televisión confirman esta tendencia.

Por otra parte, se ha emprendido políticas públicas en materia de diversidad sexual lideradas por el alcalde Sergio Fajardo en la ciudad de Medellín y por Luis Eduardo Garzón en la ciudad de Bogotá lo cual ilustra el proceso de visibilización del proyecto de vida homosexual en la realidad social colombiana.

Igualmente, el Gobierno Nacional se ha manifestado recientemente de manera positiva frente al reconocimiento de los derechos patrimoniales y de seguridad social de los homosexuales que viven en pareja. En efecto, el Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró hace una semana que su Gobierno 'apoya [el] régimen común de bienes y seguridad social para las parejas del mismo sexo (...)'. [21] En el mismo sentido varios partidos políticos como el Partido Liberal, el Partido

de Unidad Nacional, el Polo Democrático Alternativo, etc., se han pronunciado favorablemente sobre este tema, del mismo modo se pronunció la Iglesia Católica, tal y como lo demuestran las declaraciones del Monseñor Luis Augusto Castro para el periódico El Espectador y las declaraciones que dio el Presidente de la Conferencia Episcopal a la revista Cambio. Mientras que el primero afirmó que 'creemos que a los homosexuales se les deben dar beneficios tales como la seguridad social o los de tipo patrimonial',[22] el segundo indicó que 'ahora, los homosexuales piden una reglamentación para obtener beneficios, y eso le toca al Estado'.[23] Estas declaraciones hacen evidente el giro que ha dado la Iglesia y la mayoría católica en Colombia hacia un discurso más inclusivo del proyecto de vida homosexual.

A pesar de existir este cambio social, éste no se ha traducido en un cambio legal efectivo, y éste aún a pesar del proyecto en curso es altamente incierto y dependerá de las mayorías sociales. No puede por tanto la Corte dejar la definición de los derechos de las minorías en manos de una representación política mayoritaria que tradicionalmente se ha mostrado pasiva y resistente a reconocer los derechos de las parejas de personas homosexuales a que se reconozca su vida en pareja.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional, habiendo expresado que tiene una gran 'fe ... en el poder [que tienen] las normas constitucionales, de transformar la realidad social',[24] tiene ante sí la posibilidad de consolidar un proceso de transformación de aquello que la sociedad colombiana reconoce como un proyecto de vida válido. Posibilidad que permite a su vez convertir el derecho en herramienta de transformación de la realidad social.[25]"

2.6. Con relación a cuál debe ser la decisión que adopte la Corte en este caso, la intervención sostiene que "(...) una declaratoria de inexequibilidad podría tener efectos nocivos para otras personas amparadas por el ordenamiento constitucional y beneficiarias de esta disposición, [por lo que] solicitamos respetuosamente que [se] declare la constitucionalidad condicionada de la norma en una sentencia aditiva, mediante un condicionamiento en el sentido de que la norma es exequible siempre que se entienda que comprende también al compañero o compañera permanente homosexual."

Se solicita que se estudie "la posibilidad de fijar efectos retroactivos de esta sentencia respecto de los titulares del derecho a solicitar la sustitución pensional desde el 7 de julio de 1991", teniendo en cuenta que desde tal fecha la Constitución reconoció los derechos de los homosexuales, "y por lo tanto desde esa fecha nació el deber de no discriminarlas".

2.7. Finalmente, la intervención sugiere que se estudie la posible unidad normativa entre el artículo 74 literal (a) parcial de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 artículo 13 y el artículo 1° de la Ley 54 de 1990. A juicio de la intervención,

"[e]stos artículos poseen una estrecha e íntima relación ya que el primero regula los beneficios de los compañeros permanentes en materia de seguridad social y el segundo define quién es el compañero permanente. El cargo formulado por el demandante si bien tiene relación con el beneficio de sustitución pensional de los compañeros permanentes, esta acusación de inconstitucionalidad no deviene sólo del beneficio regulado por este artículo sino también por la definición de compañero permanente establecida en la Ley 54 de 1990. Por tanto, no puede entenderse ni el beneficio regulado por la norma acusada, ni la acusación ciudadana sin lo dispuesto por la Ley 54 de 1990.

En este caso nos encontramos con una norma acusada de inconstitucional, la cual posee un

contenido normativo inteligible y separable, pero que al momento de realizar su análisis no puede ser estudiada en forma independiente ya que el examen de los cargos de inconstitucionalidad remite inevitablemente al estudio del artículo 1° de la Ley 54 de 1990, pues esta última llena de contenido a la norma acusada y esta la causa primera de la inconstitucionalidad del artículo.

En consecuencia, no son normas indispensables, ya que una define un beneficio de seguridad social al que tienen derecho los compañeros permanentes, y la otra define quién es titular de este beneficio. El artículo señala qué personas son beneficiarias de la sustitución pensional, pero no define las características que deben tener los compañeros permanentes, estas características están definidas en la Ley 54, y es esta quién establece que los compañeros permanentes debe ser heterosexuales. Por lo tanto la norma demandada tanto por remisión como por interpretación sistemática del ordenamiento da lugar a un contenido normativo complejo al cual los ciudadanos acusan de inconstitucional. La norma acusada, por tanto, para ser entendida, aplicada[26] y precisada debe acudir al artículo 1° de la Ley 54 de 1990. Esto si además se tiene en cuenta que como lo ha expresado la Corte, el régimen de seguridad social dada la cantidad de normas debe ser interpretado de forma sistemática."

3. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia de Jurisprudencia intervino en el proceso de la referencia, por intermedio de los Académicos correspondiente y de número, Hernando Herrera Vergara y Rafael Forero Contreras, quienes solicitaron a la Corte declarar exequible la norma acusada. Fundan su posición en los siguientes términos,

"El artículo 42 de la Constitución Política estableció que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se encuentra constituida por vínculos naturales o jurídicos, frente a la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio.

Del mismo modo, en el citado precepto constitucional se dispuso que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia así constituida y para el efecto se han generado por el legislador derechos y obligaciones en relación con la pareja, hombre y mujer, que han decidido libremente contraer matrimonio.

[...]

Como resultado de la unión entre el hombre y la mujer, el legislador ha consagrado beneficios a favor de personas de distinto sexo que han contraído libremente matrimonio o para la compañera o compañero permanente o supérstite del titular de una pensión jubilatoria como es el relacionado con la norma acusada.

Ahora bien, dentro del escueto escrito contenido en la demanda acerca del concepto de violación, los querellantes manifiestan: 'El legislador al no contemplar a la pareja en el contenido de la norma la excluyó del beneficio de la pensión de sobrevivientes... [y continúan] ... lo anterior teniendo en cuenta que la legislación colombiana no contempla los derechos civiles a los compañeros o compañeras del mismo sexo.'

A este respecto es necesario señalar en forma categórica que, si por 'derechos civiles' se pretende hacer valer los derechos sucesorales y entre ellos el correspondiente a disfrutar como beneficiario de una sustitución pensional, es claro que ni la Constitución ni el Código Civil, ni la Ley laboral, consideran a personas del mismo sexo como sucesor, para los efectos de extender por vía

jurisdiccional y no legislativa el derecho a la pensión de sobreviviente a la pareja del mismo sexo y como es bien sabido la Corte Constitucional no puede legislar sobre esta materia."

Con relación a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la norma acusada, la intervención sostiene lo siguiente,

"Cabe recordar que como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, en tratándose de una omisión derivada de la completa inactividad del legislador, 'la Carta carece de referente normativo para hacer la confrontación con la Carta', lo que le impide llevar acabo el examen de constitucionalidad; en efecto, por definición este es un juicio comparativo entre una norma legal y otra constitucional. No existiendo norma legal, faltaría uno de los extremos normativos de comparación. Por ello la jurisprudencia ha dicho que la acción de inconstitucionalidad 'si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales'. Esta es la razón por la cual la Corte no tiene competencia para 'conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta' (C-660/00).

(...) no es posible pretender por la vía del control de constitucionalidad que se configure entre dos personas del mismo sexo una modalidad de sociedad conyugal, a efecto de poder acceder a los beneficios de la sustitución de una pensión vitalicia de vejez.

[...]

[La Constitución y las leyes autorizan] la creación de sociedades civiles entre personas sin discriminación alguna, con propósitos mercantiles. Sin embargo, mal podría pretenderse la utilización de dichos preceptos legales, para amoldarlo a una situación que constitucionalice la institución matrimonial entre personas del mismo sexo, como resultado del ejercicio de la acción de inexequibilidad y del control de constitucionalidad establecido para funciones diferentes a las contempladas en la demanda, más aún, cuando nuestra constitución solamente permite el matrimonio entre un hombre y una mujer que integran la familia, que es lo que el Estado y la Sociedad, conforme a los postulados constitucionales debe proteger en forma integral."

Para la Academia Colombiana de Jurisprudencia las parejas del mismo sexo no tienen derechos sucesorales, lo cual implica, a su juicio, que tampoco tienen derechos pensionales. Dice al respecto la intervención,

"(...) dentro de la vigencia de los mandatos superiores, la sociedad entre dos personas del mismo sexo no puede generar en el caso específico de la demanda una modalidad de derecho sucesoral puesto que ello desconoce el Estatuto Superior y las disposiciones legales.

No es procedente entonces por el medio utilizado la creación de una institución con el propósito de que, en consecuencia, se obligue otorgar beneficios pensionales bajo la modalidad de la sustitución pensional con respecto de personas del mismo sexo.

La situación contemplada es desde luego diferente a la prerrogativa de construir sociedades civiles o comerciales, configurar testamento, entre personas del mismo sexo, que no guarda relación con la institución de la sociedad conyugal integrada por un hombre y una mujer que han contraído matrimonio, integrando la familia como núcleo fundamental de la sociedad que en los términos señalados goza del amparo Constitucional y de la protección integral del estado y de la sociedad.

Por consiguiente, si la familia es la base de la sociedad como lo pregonaba la Carta Fundamental y ella indefectiblemente está integrada por un hombre y una mujer, no es posible asimilar dentro de un examen de constitucionalidad la unión entre individuos del mismo sexo a los conceptos ya aludidos de familia, matrimonio o compañeros permanentes."

4. Intervención del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti

El abogado Germán Humberto Rincón Perfetti participó dentro del proceso de la referencia para coadyuvar la demanda, y en consecuencia, solicitar la inexecutableidad del literal a del artículo 74 de la Ley 100 de 1993. A su juicio, "en el contenido del bloque de constitucionalidad se ha producido un cambio en lo que respecta al derecho de los homosexuales a no ser discriminados por motivos de orientación sexual." Señala la intervención al respecto,

"Como esta misma Corte así lo ha determinado en sus fallos, dentro de la última década se ha producido un importante avance en la interpretación del derecho a la no discriminación en razón a la orientación sexual, todo esto bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta nueva interpretación ha sido el resultado de órganos de monitoreo de los tratados internacionales ratificados por Colombia, tratados en donde expresamente se fija el derecho de todos los seres humanos a no ser discriminados.

Lo anterior tiene mayor trascendencia cuando esta misma Corte ha reconocido los conceptos y decisiones que han expedido los mencionados órganos son criterios hermenéuticos vinculantes para el juez constitucional.

Visto esto, es necesario que la Corte estudie la constitucionalidad del literal a del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 bajo la óptica de la interpretación que se le ha dado al derecho a no ser discriminado por su orientación sexual por parte de los órganos internacionales."

El abogado Rincón Perfetti se refiere, en primer lugar, a la Doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en los siguientes términos,

"(...) en el caso de *Young v. Australia* (2003)[28] (...) el CDH debió resolver si el no reconocimiento de una pareja homosexual, para efectos de otorgar una pensión al sobreviviente era violatorio del artículo 26 del PIDCP. En ese sentido, el Comité dijo: 'El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. (...) En el presente caso, está claro que el autor, como la pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el señor C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. (...) 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 en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.'"

Finalmente, el interviniente señala que "(...) debido a la omisión del Estado Colombiano en la determinación de los derechos de pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo

actualmente en calidad de apoderado tengo en trámite [dos] denuncias, las cuales buscan el reconocimiento de los derechos a la luz de los tratados internacionales aprobados por Colombia. [...] Ambos casos se presentaron ante la falta de reconocimiento del derecho a sustitución pensional e inexistencia de mecanismo legales idóneos para la defensa. || Se trata de hombres homosexuales 'viudos' a quienes se les negó en primera instancia ante el respectivo fondo de pensiones, posteriormente ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante sentencia del Consejo de Estado –una de ellas– y agotando tutelas, su derecho a pensionarse)." Para el interviniente, la declaración de inexequibilidad cierra la posibilidad de presentar nuevas denuncias y evitaría las condenas en casos posteriores.

5. Intervención de Asofondos

La Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía –Asofondos de Colombia, participó en el proceso de la referencia para solicitar la integración normativa del artículo 74, literal a, de la Ley 100 de 1993, con el artículo 47 de la misma Ley, y que ambas disposiciones sean declaradas exequibles. No obstante, sugiere en primer término que la Corte Constitucional se declare inhibida para conocer el caso.

5.1. Para Asofondos los demandantes omiten expresar cuáles son las razones de fondo por las cuales la norma acusada es contraria a la Constitución, "(...) en tanto que se limita a señalar el contenido de los artículos constitucionales que se considera infringidos y la 'omisión' en que ocurrió el legislador al excluir a las parejas homosexuales de la norma acusada. || En ese contexto, comedidamente solici[ta] que se dicte un fallo inhibitorio al no existir materia sobre la cual deba pronunciarse la Honorable Corte (...)."

5.1.1. La intervención considera que la acción de inconstitucionalidad acusa a la norma demandada porque "(...) excluyó a un grupo de personas, pues en ella se contemplaron sólo las parejas heterosexuales, lo que a nuestro juicio, es un cargo orientado a señalar que el legislador incurrió en una omisión legislativa (...)". En tal sentido, resalta que "(...) la Corte ha sido absolutamente clara en señalar que la acción de inconstitucionalidad tiene como finalidad ejercer un control de la labor legislativa, con el fin de determinar si en el ejercicio de ésta se han vulnerado las normas superiores; por lo tanto, en ausencia de labor legislativa o de norma contra la cual se pueda ejercer fiscalización por parte de la Corte, ésta carece de competencia por ausencia de actuación del legislador. (...)."[29]

5.1.2. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, para Asofondos "(...) es forzoso concluir que no existen meritos suficientes para que se profiera un fallo de fondo (...)". A su juicio,

"(...) la demandante echa de menos una actuación por parte del legislador, en tanto que no se incluyó dentro del contenido de la norma a las parejas homosexuales. Este es claramente un cargo de omisión legislativa, que como se ha mencionado no ha sido sustentado, pues no se explicaron las razones por las cuales con la supuesta omisión del legislador se ha vulnerado la Constitución y menos aún porque ésta ausencia debió estar contemplada dentro del texto de la norma (...)

En los juicios por omisión legislativa, resulta determinante la finalidad que tuvo el legislador al proferir la norma, es claro en el presente caso, que la finalidad de la norma acusada no es otra que proteger a los miembros del grupo familiar y de ninguna manera buscó lesionar los intereses

de los homosexuales (...)"

5.2. Asofondos sostiene, en todo caso, que si se decide que existen razones suficientes para abordar el estudio de fondo de la disposición acusada, existen suficientes argumentos de orden constitucional para declarar la exequibilidad del literal a del artículo 74 de la Ley 100 de 1993. Se dice al respecto,

"La familia se ha considerado históricamente como la base de la sociedad y así ha sido reconocido por el constituyente y por la propia jurisprudencia constitucional, razón por la cual es objeto de regulación y protección por parte del Estado y la sociedad, sin importar si los vínculos que unen esa familia son de carácter contractual ó formal (unidos por matrimonio) o simplemente por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de unirse y conformar un hogar.

Y no es gratuito haber resaltado las palabras 'hombre y mujer' en el párrafo anterior, pues como se colige de una manera irrefutable de la ponencia presentada por los constituyentes y posteriormente consagrada por la Carta Política y por la misma Corte, las parejas conformadas por un hombre y una mujer que se unen para conformar familias, sin importar el tipo de vínculo, son objeto de protección y regulación por parte de nuestras normas constitucionales y en desarrollo de éstas por las civiles y de seguridad social, sin que esto implique una discriminación, pues las conductas e inclinaciones homosexuales constituyen una opción de vida que es válida, legítima y ante todo protegida por la Constitución, pues forma parte del libre desarrollo de la personalidad. (...)

[La sentencia C-098 de 1996] tiene una especial relevancia dentro del tema que nos ocupa, toda vez que dentro de ese proceso se debatió la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 por la cual se reguló las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes conformados entre un hombre y una mujer. Al igual que en el caso que nos ocupa, en ese debate se planteó que el legislador incurrió en una omisión, en tanto que no se contempló a las parejas homosexuales y como consecuencia de ello se violó el derecho a la igualdad (...)

[...]

(...) conceptualmente el presente debate es el mismo que se sostuvo en esa oportunidad; como primera medida se sostiene que el legislador incurrió en una omisión por no incluir en la norma a las parejas homosexuales; y como segunda medida se alega violación al derecho a la igualdad por el tratamiento diferente respecto de las parejas homosexuales.

Los anteriores argumentos no tuvieron acogida al interior de la Corte, pues consideró que la finalidad de la norma no era lesionar a los homosexuales ni de ella se podría derivar un efecto adverso para ese grupo de personas. En cuanto al derecho a la igualdad, consideró que no se podría dar un tratamiento igual a las parejas homosexuales dado que existen varias diferencias a la luz de la Constitución, como son la igualdad que se busca en cuanto a los derechos de los hombres y mujeres y la finalidad de procreación y de formar una familia integrada por hijos que se da en la parejas heterosexuales.

Basta con una lectura del literal a del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, para predicar respecto de él idénticas conclusiones a las que llegó la Honorable Corte en la sentencia citada, pues la finalidad del legislador no fue otra que proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y prevenir a sus miembros de maniobras fraudulentas de personas que no requieren de las prestaciones del sistema, lo que es a todas luces legítimo, ajustado a la Carta Política, y

contrario a lo que sostiene la demandante desarrolla el artículo 48 de la Constitución y bajo ninguna circunstancia atenta contra el mismo (...)."

5.3. Para Asofondos, la norma en cuestión tampoco desconoce el derecho a la seguridad social contemplado en la Constitución (art. 48), por el contrario, lo desarrolla.

5.3.1. Con relación a la finalidad de esta institución, dice la intervención,

"(...) la pensión de sobrevivientes es el desarrollo concreto a través del cual se respeta y materializan dos principios mínimos del Estado Social de Derecho, esto es, la solidaridad y la igualdad, sin los cuales resulta impensable que pueda alcanzarse un orden social justo en el cual los asociados puedan llevar una vida digna que les permita disfrutar de mínimos económicos de subsistencia.

En este contexto, entonces, nótese que la finalidad de la pensión de sobrevivientes permite la sustitución de los ingresos de un miembro del núcleo familiar que fallece en beneficio del núcleo familiar que padece moral, afectiva y económicamente su desaparición mortal. Luego, no debe perderse de vista que financieramente el sistema de pensiones está calculado de tal manera que pueda cancelarse esta prestación a los miembros más próximos del núcleo familiar que dependían del afiliado del fallecido. (...)"

5.3.2. La intervención considera que de acuerdo a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional,[30] "(...) corresponde al Congreso de la República, al dictar la regulación específica sobre el sistema general de pensiones, establecer los requisitos y condiciones para acceder a las prestaciones económicas que haya determinado en forma concreta, así como los beneficios de las mismas conforme a los criterios de universalidad, solidaridad, eficiencia, al cual es preciso agregar el de sostenibilidad financiera recientemente incorporado a través del Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Carta Política." Para cumplir con esta facultad, se sostiene, la jurisprudencia constitucional ha reconocido un amplio margen al legislador para configurar el sistema de seguridad social, inclusive puede llegar a "(...) modificar integralmente su organización e instituciones sin que por tanto se pueda sostener que tales reformas puedan clasificarse a priori como inconstitucionales."

5.3.3. Asofondos considera que la norma acusada representa pues, el legítimo ejercicio de la facultad de configurar el sistema de seguridad por parte del legislador, el cual, además, concuerda con los mandatos constitucionales respecto a la familia. Dice al respecto,

"(...) la simple lectura del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, pone en evidencia que el legislador se adecuó en forma estricta a los principios que informan y limitan al propio tiempo su competencia para configurar el sistema general de pensiones, y en forma específica los relativo a las personas que pueden tener la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes dentro de la concepción de familia consagrada en el artículo 42 de la Constitución, esto es la conformada por miembros de diferentes sexos.

El régimen para acceder a la pensión de sobrevivientes está estructurado sobre la base de la conformación de una pareja entre un hombre y una mujer que en la mayoría de los casos procrean y forman una familia.

Lo anterior no es sólo legítimo a la luz de la Constitución, además la desarrolla y en estricto

sentido la cumple, pues una actuación por parte del legislador en el sentido de incluir a las parejas homosexuales dentro del mencionado orden, haría esta disposición contraria a la carta política."

Para Asofondos, la configuración que ha hecho el legislador no es arbitraria o contraria a la Constitución Política,

"(...) atiende criterios objetivos y razonables de profunda raigambre natural, cuales son la presunción según la cual las personas ordinariamente en edad de trabajar y que han cotizado un número suficiente de años para acceder a una pensión, están o han estado casados o conviven o han convivido en unión marital de hecho, y que bajo tales uniones familiares se han procreado hijos comunes con su pareja, o que aún si no ha habido tales relaciones, pueden existir hijos menores habidos en relaciones extramatrimoniales, casos estos en los cuales, adoptando las reglas fijadas en las normas de familia y las leyes naturales, lo usual es que el padre coadyuve en la manutención y educación de los gastos de la pareja, todo esto dentro del contexto de parejas conformadas por personas de diferentes sexos o heterosexuales.

Debido a esas condiciones, todo el orden de prelación para acceder a una pensión en sustitución de fallecido, está soportado bajo condiciones naturales y dentro del contexto familiar que protege la Constitución, valga decir, pareja formada por un hombre y una mujer que procrean y colaboran a la manutención de un hogar y a satisfacer las necesidades de su pareja y las de los hijos habidos como fruto de esa relación, y que ante la falta de uno o ambos padres no pueden quedar desprotegidos, por lo cual se consagró a favor de ello, los miembros más cercanos del grupo familiar la posibilidad de reclamar en sustitución el derecho del afiliado fallecido, con lo cual claramente se desarrolla y se respeta íntegramente el estado social de derecho, la familia como institución fundacional de la sociedad, y los derechos de contenido máximo y mínimo asociados a la vida. (...) "

5.3.4. Asofondos sostiene que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, "(...) la finalidad de la pensión de sobrevivientes es que las personas más próximas al afiliado fallecido puedan continuar disfrutando con parte de los ingresos con que aquél contribuía a los gastos familiares." [31] En este sentido, concluye al respecto,

"El propósito fundamental del legislador al establecer los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, es la protección a la familia. Y para tal efecto, debe cumplir con un mandato constitucional que es de máxima importancia cuál es el principio de sostenibilidad financiera, de ahí que la pensión de sobrevivientes no es solamente fruto de la acumulación de capital, sino un mecanismo que incorpora un principio de aseguramiento. Esto, porque sólo así es posible otorgar esta clase de prestaciones."

6. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

El Director de la Comisión Colombiana de Juristas, Gustavo Gallón Giraldo, intervino en el presente proceso para solicitar a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad condicionada de la norma acusada.

6.1. Considera la Comisión que la norma vulnera el derecho a acceder a la seguridad social en condiciones de igualdad. Señala al respecto,

"(...) en la medida en que la legislación colombiana no considera a las parejas del mismo sexo como uniones maritales de hecho, niega a las parejas homosexuales el derecho a la sustitución

pensional. Así, una persona que haya convivido con otra en calidad de compañero o compañera permanente sólo puede acceder a una pensión de sobreviviente si es heterosexual. Si es homosexual, es decir, del mismo sexo que su compañero fallecido o su compañera fallecida, no podrá acceder a la pensión."

La Comisión considera que de acuerdo a los criterios de análisis propios de un juicio de igualdad, se concluye que la diferencia de trato a las parejas de personas del mismo sexo no está justificada.

"(...) El primer elemento del juicio de igualdad es el objetivo que se persigue con el trato desigual. ¿Qué se busca al impedir que las parejas del mismo sexo se beneficien de la pensión de su compañero o compañera permanente? Tal restricción no persigue ningún objetivo. Es más, esa exclusión no tiene soporte razonable porque la Constitución colombiana, al momento de reconocer la seguridad social como derecho irrenunciable, lo predica expresamente frente a 'todos los habitantes', como se dejó antes dicho.

Adicionalmente, la exclusión sustentada en la orientación sexual contradice los principios mismos del derecho a la seguridad social. Esos principios en ninguna parte descartan la posibilidad de que cubra parejas de un mismo sexo.

En segundo lugar, debería analizarse la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. Pero no habiendo objetivo, este segundo paso del 'juicio de igualdad' no puede darse.

En estas circunstancias, el tercer elemento del juicio tampoco puede analizarse, pues al no existir un objetivo perseguido con el trato desigual, no hay lugar a evaluar la proporcionalidad entre la medida y el fin buscado con ella. En conclusión, (...) la evaluación en relación con la norma demandada evidencia que las parejas del mismo sexo son víctimas de un trato discriminatorio, pues la legislación impide que tengan acceso a la sustitución pensional, sin que exista un objetivo para el trato desigual. (...)"

6.2. La Comisión Colombiana de Juristas resalta el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 establece los principios que deben regir el servicio de seguridad social, dentro de los cuales se encuentra el de 'universalidad', que demanda 'protección para todas las personas en todas las etapas de la vida'. En tal sentido, sostiene la intervención, "[n]egar el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo es contrario al principio de universalidad establecido en la Ley 100 de 1993, pues se trata de un trato discriminatorio. (...)"

6.3. Ahora bien, desde la perspectiva de los tratados de derechos humanos aplicables en Colombia, la intervención indica que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado que el no otorgamiento de la pensión de sobrevivientes en razón de la orientación sexual es un tratamiento discriminatorio.[32] Dice la intervención,

"La decisión adoptada por ese órgano de protección no sólo insta al Estado Parte a no discriminar por motivos de orientación sexual al demandante que solicita la pensión, sino que obliga a adoptar medidas para que en un futuro no se reiteren tales violaciones al Pacto. Una medida en ese sentido sería eliminar del ordenamiento las normas que dan lugar a la violación del derecho a la pensión en condiciones de igualdad; es decir, aquellas que discriminan en razón de su opción sexual a quienes solicitan una pensión.

El artículo 74 literal (a) de la Ley 100 de 1993 tiene las mismas consecuencias que la norma que generó la controversia ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Si un ciudadano colombiano presentara una petición similar ante el Comité de Derechos Humanos, la decisión de este organismo sería la misma que en el caso mencionado, comprometiendo la responsabilidad estatal por violación del derecho a la igualdad."

La Comisión considera que de presentarse tal caso, éste sería aceptado por los organismos internacionales, incluso antes de agotar los recursos internos,[33] y sería fallado en la misma forma que el precedente mencionado. Considera, por tanto, que

"(...) la decisión del Comité de Derechos Humanos a la cual se ha hecho referencia no sólo es obligatoria para el Estado Parte que fue demandado en esa ocasión. Lo es también para todos los Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien se trata de la decisión respecto de un caso individual, los argumentos expuestos por el Comité son pertinentes para todos los Estados que tengan una legislación similar.

Colombia ha incorporado en su legislación los tratados de derechos humanos a través del bloque de constitucionalidad y ha aceptado la obligatoriedad de la doctrina de los comités de vigilancia de los tratados. En consecuencia, debería ajustar su legislación para impedir que haya normas por medio de las cuales reconfiguren violaciones a los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas homosexuales."

6.4. De acuerdo a la sentencia C-481 de 1998, sostiene la intervención, la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es vinculante en el ordenamiento colombiano. Indica que

"(...) el Estado colombiano no puede eludir las obligaciones que derivan para sus autoridades a partir de la doctrina del Comité (...). En el caso que nos ocupa, la obligación es clara: garantizar a las parejas homosexuales, sin discriminación, el derecho a la sustitución pensional.

La jurisprudencia colombiana ha avanzado en la garantía de derechos a las personas homosexuales, señalando que estas han sido víctimas de violaciones a al derecho a la igualdad en virtud de normas que las han discriminado por su opción sexual. En esta ocasión, se solicita a la H Corte avanzar en la protección de los derechos de las personas homosexuales, a través de un fallo que, como aquellos que se citarán a continuación, mejore la calidad de vida de esta población."

6.5. Para la Comisión Colombiana de Juristas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional "(...) es claro que la homosexualidad es una opción sexual legítima, que no puede ser esgrimida como una razón para un trato diferente. Al contrario, un trato diferente en razón de la opción sexual resulta discriminatorio y contrario a la dignidad humana, la tolerancia, la solidaridad, la autonomía personal, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo establecidos en la Constitución." Para la Comisión la legislación debe permitir el libre ejercicio de la sexualidad, dando a todas las personas, sean homosexuales o heterosexuales, los mismos derechos y libertades. "Si no se da a todas las personas el mismo trato, y en cambio se discrimina por razón de orientación sexual. Quienes optan por la homosexualidad, se ven sometidos a las restricciones legales que les impiden llevar una vida digna."

6.6. La intervención señala que la pensión "(...) es un derecho fundamental, ligado a otros derechos también fundamentales, como la vida la dignidad y la salud. El derecho a un mínimo vital que permita unas condiciones dignas de existencia ha sido objeto de varias sentencias de la

H. Corte Constitucional. "En este orden de ideas, impedir que las parejas homosexuales tengan derecho a la sustitución pensional no solo afecta los derechos relacionados con la libre opción sexual (libre desarrollo de la personalidad, intimidad y autonomía), sino también los derechos a la vida, la salud y la seguridad social, todos ellos considerados fundamentalmente."

6.7. Finalmente, luego de cuestionar la definición de 'unión marital de hecho',[34] la Comisión Colombiana de Juristas culmina su solicitud en los siguientes términos,

"Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad de la norma demandada no sería una solución para las parejas homosexuales. Dado que el artículo impugnado es aquel que señala quiénes tienen acceso a la pensión de sobrevivientes, si se retirara del ordenamiento, este asunto quedaría sin regular, con lo cual se afectaría a todas las personas que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión en esos casos. Por tanto, una constitucionalidad condicionada de la norma demandada sería la solución adecuada para proteger los derechos de las parejas heterosexuales. La Corte Constitucional puede declarar que el artículo impugnado es exequible, siempre y cuando sea interpretado de tal forma que no genere discriminación en contra de las personas homosexuales."

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo anterior, se conceptúa que la H. Corte Constitucional debería declarar constitucional la norma demandada, en el entendido de que también podrá acceder a la sustitución pensional la pareja de la persona fallecida, aun si el sobreviviente es del mismo sexo del difunto. Es decir, que se garantice que las parejas homosexuales tengan derecho a la sustitución pensional."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación intervino en el presente proceso para solicitar a la Corte Constitucional declarar exequibles los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación con los cargos analizados, "(...) pero bajo el condicionamiento que cuando se lea 'la compañera o compañero permanente supérstite', se entiendan comprendidos en ellos, quienes con prescindencia de su sexo, demuestren haber sido el compañero o compañera permanente del causante al momento de la muerte, en los términos y con lleno de los demás requisitos señalados por la ley, de conformidad con la parte motiva."[35]

1. Solicitud de unidad normativa

El Procurador solicita a la Corte Constitucional que al momento de fallar considere la posibilidad de "integrar la unidad normativa", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del decreto 2067 de 1991, de tal suerte que se juzgue también el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. La petición del Director del Ministerio Público parte de considerar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispuso un mismo texto para los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, "(...) la diferencia radica en que el artículo 64, literal (a) de la Ley 100 de 1993, acusado, se encuentra ubicado dentro del Título IV sobre 'régimen de ahorro individual con solidaridad' y que el artículo 47 literal (a) de esa misma ley se sitúa en el Título III sobre 'régimen solidario de prima media con prestación definida'.

2. Fundamentos

2.1. El Procurador, en primer término, resalta el raigambre constitucional del derecho a la

seguridad social en salud, en relación a lo cual sostiene,

"El derecho a la seguridad social incluye la accesibilidad al servicio. Esto implica la posibilidad de beneficiarse de tales servicios o recursos. Por consiguiente, la accesibilidad y el acceso al servicio son un todo inescindible.

La garantía de accesibilidad a la seguridad social, se ve reforzada, cuando sus titulares estén en condiciones de debilidad manifiesta o formen parte de un grupo tradicionalmente discriminado. Sería un contrasentido sostener que el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de seguridad social, bien por sí mismo o por particulares controlados por éste, pero que dicha obligación excluye el deber de permitir a los titulares de derechos fundamentales relacionados con la prestación, de las herramientas necesarias para acceder a la misma."

2.2. Posteriormente, luego de hacer una descripción del sistema general de seguridad social en pensiones, en especial, lo referente a las reformas introducidas por la Ley 797 de 2003 a la Ley 100 de 1993, el Procurador se refiere a las características, finalidad y naturaleza de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos,

"La denominada 'pensión de sobrevivientes' es una especie contenida dentro del género de los derechos de previsión social. Esta institución resulta ser uno de los mecanismos establecidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado.

La finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes es establecer un marco de protección para las personas que dependían económicamente del causante, a fin de que puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de su muerte, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido (sentencias T-190 de 1993; C-617 de 2001).

Esta institución como la pensión de invalidez y la sustitución pensional son medidas de justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o que por circunstancias de necesidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (sentencia T-827 de 1999). Es por ello que la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas a su entorno familiar, que más dependían del causante y que compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades (sentencia C-080 de 1999).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Para esa Corporación 'no pudo 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.'" (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de abril de 1998. Radicación 10406).

Según lo dispuesto por las normas vigentes, la pensión de sobrevivientes se reconoce tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad; para tal efecto, se deben cumplir las exigencias fijadas por el legislador, dentro del ámbito de configuración que le corresponde (artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003).

[...]

(...) la Corte Constitucional ha concluido que en relación con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la legislación colombiana acoge un criterio material –esto es, la convivencia efectiva al momento de la muerte– (sentencia C-389 de 1996). Así mismo, que es el compromiso de apoyo efectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes lo que determina, en caso de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente, quien es el beneficiario de la pensión de sobrevivientes (sentencia C-081 de 1999)."

El Procurador advierte que la Corte Constitucional ha reconocido que la pensión de sobrevivientes es un derecho fundamental '(...) por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada. (...)'" (sentencia T-827 de 1999)

2.3. Para el Director del Ministerio Público, "(...) de conformidad con las precisiones efectuadas en los acápites anteriores sobre los principios generales que orientan el Sistema General de Seguridad Social Integral, que en las disposiciones generales del Sistema General de Pensiones, se excluya al compañero o compañera permanente del mismo sexo del afiliado para acceder al mismo. De contenerse tal disposición se podría afirmar que la misma sería abiertamente contraria a la Constitución, por cuanto resultaría, además, injustificado bajo el marco de la Carta de 1991." Al respecto, sostiene el concepto,

"La finalidad genérica de los derechos de prestación, como lo es el derecho a la Seguridad Social, está en la satisfacción de las necesidades básicas sin las cuales no se considera posible que las personas puedan alcanzar plenamente su condición de personas, ejercer el resto de sus derechos fundamentales y desde luego elegir libremente sus planes de vida. Negar el acceso a la seguridad social del compañero o compañera permanente de un afiliado a la seguridad social por razón de su orientación sexual, sería desconocer la dignidad humana de dicho grupo y de cada uno de sus integrantes, ha de recordarse que es la dignidad humana uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La dignidad humana deriva de la decisión de mostrar capacidad de elegir, de la autonomía de la persona.[36]

En efecto, la dignidad humana es un referente ético racional, presupuesto a la vez de la ética pública. La dignidad humana que es igual para todos, en un estado social y democrático de derecho, se ve favorecida por la existencia de un poder legítimo en su origen, legítimo en su ejercicio –es decir, limitado, sometido al derecho–. La vocación de ese poder debe ser también, contribuir a la igualdad real y efectiva que satisfaga las necesidades de aquellas personas que no pueden satisfacerlas por sí mismas. La organización racional de la sociedad debe favorecer la existencia de derechos que faciliten la libre elección de las opciones y dentro de ellas está la de la alternativa sexual, que a la vez forma parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad"

2.4. Para el Procurador General, la norma no excluye a las parejas del mismo sexo, pues se trata de una norma 'neutra' en términos de orientación sexual. Dice el concepto sobre este asunto,

"(...) la norma no hace alusión expresa que permita deducir que la compañera o compañero permanente o supérstite que el legislador ha señalado en la disposición como beneficiario en primer orden de la pensión de sobrevivientes, deba ser heterosexual, como tampoco excluye a la

compañera o compañero permanente o supérstite del mismo sexo del causante. La norma es neutra, y es por ello que resulta ajustada a la Constitución.

(...) [es imposible] interpretar dentro de un marco universalista e igualitario la norma acusada para excluir al compañero o compañera permanente del afiliado al sistema general de pensiones que pertenezca al mismo sexo del afiliado.

Sin embargo, cabe agregar, que la norma no dice nada respecto a los tipos de unión, lo cual resulta razonable, por cuanto las normas de la Ley 100 de 1993 que se refieren a las instituciones jurídicas, cuando se utilizan conceptos tales como familia, matrimonio, compañero y compañera permanente, no tienen como propósito redefinir dichas instituciones. Su uso es meramente instrumental, medios elegidos por el legislador para ampliar la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Pensiones conforme al mandato constitucional y cumplimiento con el principio de la universalidad.

Si la Constitución no permite hacer distinciones en razón del sexo, mucho menos al legislador o al aplicador directo les está permitido hacerlas. Además, no es un secreto que ese tipo de discriminaciones consagradas en leyes y decretos anteriores a la Constitución de 1991, e inclusive dentro de su vigencia, son las que no han permitido que determinados y compañeras permanentes de los causantes puedan disfrutar de su derecho a la pensión de sobrevivientes cuando, no obstante cumplan los requisitos legales de la convivencia efectiva con carácter de permanencia, reúnen las demás exigencias señaladas por la ley."

Para el Procurador "(...) en otras ocasiones, se ha efectuado una interpretación errónea de la norma objeto de examen, tal vez porque los conceptos de compañero y compañera permanente fueron utilizados en la Ley 54 de 1990, donde se exige para los efectos señalados en la misma la heterosexualidad, pero resulta necesario dejar claramente establecido que en dicha ley, sólo se reguló la unión marital de hecho, más no todas las demás uniones, como tampoco a todas la parejas socialmente existentes que no constituyen familia en los términos del artículo 42 de la Constitución Política."

3. Solicitud

En conclusión, "al no observar la exclusión de las personas homosexuales a que se refieren los cargos sobre los cuales se fundamenta la demanda", el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional,

"Declarar exequibles los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo acusado, en relación con los cargos anteriormente analizados, pero bajo el condicionamiento que cuando se lea 'la compañera o compañero permanente o supérstite', se entiendan comprendidos en ellos, quienes con prescindencia de su sexo, demuestren haber sido el compañero o compañera permanente del causante al momento de la muerte, en los términos y con el lleno de los demás requisitos señalados por la ley (...)".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de la República.

2. Cuestión previa - Competencia de la Corte Constitucional para conocer sobre demandas de inconstitucionalidad por la ocurrencia de una presunta omisión legislativa.

Del tenor de la demanda se desprende que lo que se pretende en este caso es que la Corte declare que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa cuando, al establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, decidió incluir solamente al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite y excluyó del beneficio a las parejas homosexuales, y que con ello se afectan los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la seguridad social de los excluidos.

El anterior planteamiento impone la necesidad de que, de manera previa, la Corte establezca si es procedente proferir decisión de fondo en el presente juicio de constitucionalidad, por cuanto, en jurisprudencia uniforme, este alto tribunal ha sostenido que en estos casos es necesario definir, en primer lugar, la naturaleza absoluta o relativa de la omisión y que, siendo ésta relativa –única frente a la cual cabe un juicio de constitucionalidad-, la misma sea específica y directamente predicable de la normatividad impugnada y no de otros dispositivos que no fueron acusados en la demanda.

Tal como de manera general se ha sostenido por la jurisprudencia de esta Corte, la inactividad del legislador puede, en ciertos supuestos, afectar o desconocer derechos y garantías superiores, y en esa medida, ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad. En estos casos, ha dicho la Corte, "... la presunta infracción a la Carta proviene, no del derecho positivo preexistente - fruto de la acción legislativa ordinaria o especial- como es lo común, sino de la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer." [38] Sin embargo, como se ha expresado, no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional, pues cuando se está ante una omisión legislativa absoluta "... es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política, aspecto que resulta relevante al proceso de constitucionalidad, en cuanto responde a la técnica a partir de la cual éste último se edifica, configura y desarrolla." [39] Sobre el particular, la Corte tuvo oportunidad de precisar:

"Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control." [40]

Por el contrario, la Corte ha afirmado su competencia para ejercer el control de constitucionalidad frente a la llamada omisión relativa o parcial, puesto que en este supuesto la misma "... se edifica sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos." [41]

En consecuencia, prosigue la Corte, "... puede afirmarse que en esta hipótesis, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto

en su concepción, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso."[42] En relación con el tema, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

"No obstante, la omisión del legislador también puede ser relativa, caso en el cual se la denomina, llanamente, omisión legislativa. Una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales –, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente. De lo anterior se deduce, entonces, que las omisiones legislativas relativas son susceptibles de control constitucional."[43]

La Corte ha considerado que para que quepa el examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, es necesario el cumplimiento de las siguientes condiciones: "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador."[44]

Por otra parte, la Corte ha puntualizado que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada[45], y que "... la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso".[46] Sobre el particular, esta Corporación, en abundante y reiterada jurisprudencia, ha señalado que "... la técnica utilizada en la formulación de las demandas de inconstitucionalidad, derivada de las exigencias contenidas en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, le impone a quien pretende ejercer esta acción, la obligación de señalar con claridad las razones que sustentan la inexequibilidad del precepto impugnado, razones que, además, deben guardar correspondencia lógica con el texto acusado, de tal modo que le sean atribuibles directamente a éste"[47]. De este modo, ha dicho la Corte, "... al margen de las condiciones que son necesarias para determinar la ocurrencia de una omisión relativa, es claro que las demandas dirigidas contra normas de las cuales no se extraiga en forma directa la materia que ha sido omitida por el legislador, no pueden ser resueltas en sede del proceso de constitucionalidad. No solo por cuanto se ha desconocido el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la acción - acusar el precepto del cual surge la presunta violación a la Carta -, sino además, (y en plena concordancia con lo anterior) por cuanto la Constitución Política no le otorga a la Corte competencia para examinar, ex officio, aquellas disposiciones que no fueron formalmente acusadas por los ciudadanos mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (C.P. art. 241-4-5)."

En torno a esta última afirmación, es preciso tener en cuenta que esta Corporación ha señalado que su atribución para integrar la unidad normativa, vinculando al proceso de inconstitucionalidad preceptos que no han sido materia de acusación, tiene un carácter excepcional y que para su ejercicio es indispensable la existencia de una demanda en forma, esto es, que la misma cumpla con los requisitos formales y sustanciales de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, tal y como éstos han sido consagrados en la ley (Art. 2° del Decreto 2067 de 1991) y precisados por la jurisprudencia constitucional. Y ello es así porque la unidad normativa "... sólo procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano." [49]

Con fundamento en los criterios precedentes, entra la Corte a pronunciarse sobre la acusación formulada en la demanda.

1. El actor en su demanda expresa, sin aportar argumentos que sustenten su posición, que la decisión de no incorporar a las parejas homosexuales en el régimen de la disposición acusada (i) resulta discriminatoria, contraria al principio de universalidad que rige la seguridad social y violatoria del artículo 13 de la Constitución que consagra el principio de igualdad; (ii) desconoce el mandato del artículo 13 superior que impone al Estado el deber de promover la igualdad real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados y, (iii) deja a un importante grupo de colombianos sin protección legal en materia de pensión de sobrevivientes.

El demandante no explica, sin embargo, las razones por las cuales una prestación que no tiene carácter general, sino que, por el contrario, ha sido establecida a favor de quienes se encuentren en determinados supuestos normativos, debe, por imperativo constitucional, hacerse extensiva a las personas que considera excluidas por la norma. Esto es, no cumple con la carga de mostrar que, frente al contenido normativo demandado, existe una identidad de posiciones jurídicas entre quienes fueron incluidos como beneficiarios –el cónyuge o el compañero o la compañera permanente- y quienes no lo fueron –las parejas homosexuales-.

Lo anterior es así porque no basta con afirmar que, por el hecho de que en ambos casos se esté ante un proyecto de vida en común, deba existir identidad de trato jurídico entre las parejas conformadas por personas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales. Sobre el particular la Corte ha dicho que existen diversos factores de orden social y jurídico que hacen que no siempre quepa predicar la existencia de un imperativo constitucional de aplicar el mismo régimen en uno y en otro caso. Específicamente la Corte ha expresado que:

"Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos –además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. (...) De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponer que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación, la que no cabe

predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990."

La existencia de esas diferencias hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad. Esta carga argumentativa no se satisface en el presente caso, puesto que, como se ha dicho, el actor se limita a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio.

En ese mismo contexto, el demandante no presenta razones que lleven a la conclusión, sobre la que se edifica toda su demanda, de que la norma acusada contiene una diferencia de trato atribuible exclusivamente a la orientación sexual de aquellos a quienes considera excluidos. Como quiera que la diferencia de trato jurídico puede obedecer a las diferencias en los supuestos fácticos que existen entre la situación que es objeto de regulación y la que se estima excluida por el accionante, éste ha debido mostrar de qué manera, en su concepto, frente a la materia objeto de regulación, una y otra situación son asimilables, de manera que la ausencia de justificación para el trato diferente conduzca a la conclusión sobre la existencia de discriminación.

Por otra parte, como quiera que los integrantes de una pareja homosexual pueden, dentro del régimen general de la seguridad social, acceder a la pensión de vejez en igualdad de condiciones que cualquier otra persona, la afirmación conforme a la cual la disposición acusada es discriminatoria y contraria a la seguridad social porque deja sin protección legal a un importante número de colombianos, debía haberse complementado con la argumentación orientada a demostrar que tales personas tenían derecho, además de las prestaciones del régimen ordinario, a acceder al régimen especial de la pensión de sobrevivientes y que fueron injustificadamente privadas del mismo.

En cuanto hace a la acusación que se refiere a la omisión en adoptar medidas especiales de protección a favor de quienes, en criterio del actor, por su condición de grupos marginados, tienen derecho a ellas a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, observa la Corte que la misma claramente alude a una hipótesis de omisión legislativa absoluta sobre la cual este Corporación carece de competencia para ejercer el control de constitucionalidad.

2.2. Las anteriores consideraciones apuntan hacia otra deficiencia de la demanda, como quiera que el actor no integró debidamente la proposición jurídica demandada, dado que la plena identificación de los destinatarios de la norma acusada sólo puede hacerse a la luz de un contenido normativo no demandado, el previsto en el artículo primero de la Ley 54 de 1990, que regula la unión marital de hecho y en el que se dispone que "... para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho."

Tal como se ha expresado en esta providencia, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, en las demandas de inconstitucionalidad por presunta omisión legislativa, el actor debe acusar el texto del cual emerge específicamente la aludida omisión. De esta manera, para cumplir con el requisito de coherencia lógica que exige la jurisprudencia, el actor debe conectar el vacío normativo que se alega con la norma de la cual podría predicarse. Sin embargo, en el presente caso, la restricción del alcance de las expresiones compañero o compañera permanente contenidas en la norma acusada se encuentra en una norma distinta. Esto es, el cargo por omisión no es directamente predicable de la disposición acusada y los demandantes no cumplen con la carga de demostrar que la supuesta omisión legislativa se deriva del contenido normativo del literal acusado. En efecto, en la disposición demandada se expresa que tienen el carácter de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, 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. 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. La correcta identificación de las normas respecto de las cuales se derivaría la presunta omisión legislativa habría hecho indispensable argumentar las razones por las cuales de acuerdo con la Constitución, resultaría, en criterio de los actores, imperativo aplicar a las uniones homosexuales la regulación que en materia de pensión de sobrevivientes se ha previsto para quienes integran la unión marital de hecho, lo cual, a su vez implicaba la necesidad de incorporar a la demanda el citado artículo 1 de la Ley 54 de 1990. Como ello no se hizo, también por este motivo el fallo habrá de ser inhibitorio.

2.3. Así las cosas, considerando que en la presente causa los actores no han cumplido con el presupuesto de formular adecuadamente el cargo por la pretendida omisión legislativa, la Corte debe abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo y, en su lugar, proceder a declararse inhibida por haberse presentado el fenómeno procesal de la ineptitud sustancial de la demanda.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E

Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo en relación con el aparte demandado del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

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

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Presidente

CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO A LA SENTENCIA C-1043/06

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA-Improcedencia porque demanda sí contenía un cargo de constitucionalidad (Salvamento de voto)

Se advierte que la Sala concluyó la presencia de una demanda inepta a partir de la falta de suficiencia del cargo, el incumplimiento de los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para las censuras por omisión legislativa relativa y la falta de integración de la proposición jurídica demandada. No obstante, en criterio del suscrito magistrado, la demanda sujeta a análisis sí contenía un cargo de constitucionalidad, susceptible de resolverse a través de un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Alcance del requisito de suficiencia (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Requisitos (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Exclusión parejas homosexuales pensión de sobrevivientes (Salvamento de voto)

Contrario a lo decidido por la mayoría, era posible argumentar a favor de una omisión legislativa relativa para el caso del aparte demandado del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993. Sobre el particular, el criterio relativo a la existencia de un proyecto de vida común tanto en las parejas homosexuales como en las heterosexuales, se muestra como un elemento de asimilación adecuado para que, con base en él, pudiera determinarse por parte de la Corte la constitucionalidad de la exclusión decidida por el legislador. En ese sentido, ante la pertinencia del cargo propuesto, resultaba necesario que la Corte resolviera si existía para el caso de la pensión de sobrevivientes, un mandato constitucional de equiparación de trato entre las distintas modalidades de orientación sexual dentro de la pareja.

DERECHO A LA IGUALDAD DE PAREJAS HOMOSEXUALES-Exclusión pensión de sobrevivientes/PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA-Inexistencia (Salvamento de voto)

En lo que atañe al requisito de integración de la proposición jurídica, considero que no podía constituir una condición de admisibilidad de la acción, en la medida en que la incorporación de las normas de la Ley 54/90 no era imprescindible para la configuración del cargo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la censura propuesta en la demanda iba dirigida, en concreto, a que la Corte declarara la existencia de una omisión legislativa relativa en la norma demandada, contraria al principio de igualdad a favor de las parejas homosexuales, lo que es distinto a sostener que la pretensión de la acción fuera que la Sala subsumiera el concepto "pareja homosexual" dentro de la categoría normativa "compañeros o compañeras permanentes". Por ende, a través de una interpretación particular del cargo propuesto, la mayoría optó por inhibirse de proferir un fallo de fondo, a pesar que la demanda contenía los requisitos suficientes para identificar con claridad y certeza un problema jurídico – constitucional susceptible de estudio por parte de la Corte.

Con el respeto acostumbrado a las sentencias adoptadas por la Corte, en esta oportunidad salvo el voto respecto de lo decidido por el Pleno de esta Corporación en el fallo C-1043 del 6 de diciembre de 2006, el cual se declaró inhibido para emitir pronunciamiento de fondo en relación con el aparte demandado del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Los demandantes sostenían en su libelo que la expresión citada, que en su criterio impone un trato discriminatorio injustificado en contra de las parejas homosexuales respecto del derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, vulnera los artículos 13 y 48 de la Constitución Política. Ello a partir de dos argumentos definidos: (i) la norma contrae un tratamiento distinto en contra de las personas que por el sólo hecho de la orientación sexual en sus relaciones afectivas, son excluidos del beneficio derivado de la prestación económica; situación que resultaba más significativa si se tenía en cuenta la tradicional marginalización que afecta a los homosexuales y (ii) esta exclusión, en tanto impide que un grupo significativo de la población acceda a una prestación propia del sistema de seguridad social en salud, desconoce el principio constitucional de universalidad que informa ese régimen.

A juicio de la Corte, en el presente asunto se estaba ante la ineptitud sustantiva de la demanda.

Para sustentar esta conclusión, la Sala estableció que la demanda no explicaba "las razones por las cuales una prestación que no tiene carácter general, sino que, por el contrario, ha sido establecida a favor de quienes se encuentren en determinados supuestos normativos, debe, por imperativo constitucional, hacerse extensiva a las personas que considera excluidas de la norma.

Esto es, no cumple con la carga de mostrar que, frente al contenido normativo demandado, existe una identidad de posiciones jurídicas entre quienes fueron incluidos como beneficiarios –el cónyuge o el compañero o compañera permanente– y quienes no lo fueron –las parejas homosexuales–."

En criterio de la mayoría, no es posible predicar prima facie efectos análogos para ambos proyectos de vida en común, lo que obligaba a los demandantes a complementar su argumentación en el sentido de determinar por qué para el caso concreto se estaba ante una omisión legislativa relativa, esto es, las razones que permitieran concluir la necesidad de prodigar la misma posición jurídica a las parejas heterosexuales y homosexuales. En palabras de la Corte, "como quiera que la diferencia de trato jurídico puede obedecer a las diferencias de los supuestos fácticos que existen entre la situación que es objeto de regulación y la que se estima excluida por el accionante, éste ha debido mostrar en qué manera, a su concepto, frente a las materias objeto de regulación, una y otra situación son asimilables, de manera que la ausencia de justificación para el trato diferente conduzca a la conclusión sobre la existencia de discriminación."

De otro lado, la Corte consideró que la demanda se mostraba deficiente en lo relativo a la integración de la proposición jurídica, "dado que la plena identificación de los destinatarios de la norma acusada sólo puede hacerse a la luz de un contenido normativo no demandado, el previsto en el artículo primero de la ley 54 de 1990, que regula unión marital de hecho y en el que dispone que "... para todos los efectos civiles, se denominan compañero o compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho." En ese sentido, el libelo debió integrar estas normas al objeto de la demanda, puesto que pretendía que se incluyera a las parejas homosexuales dentro de la expresión "compañero o compañera permanente" contenido en la norma acusada.

Conforme lo anterior, se advierte que la Sala concluyó la presencia de una demanda inepta a partir de la falta de suficiencia del cargo, el incumplimiento de los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para las censuras por omisión legislativa relativa y la falta de integración de la proposición jurídica demandada. No obstante, en criterio del suscrito magistrado, la demanda sujeta a análisis sí contenía un cargo de constitucionalidad, susceptible de resolverse a través de un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte; conclusión que justifico en los argumentos siguientes:

1. En cuanto a la suficiencia del cargo, el precedente constitucional lo ha definido como la necesidad que las razones de inconstitucionalidad guarden relación "en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; (...) Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional." [51].

Examinada la demanda, se tiene que el juicio de igualdad propuesto está fundamentado en un parámetro de comparación suficientemente definido. En efecto, los accionantes proponen que tanto las uniones heterosexuales como homosexuales, en la medida en que constituyen un proyecto de vida en pareja, deben ser acreedoras del mismo nivel de protección. El juicio de igualdad propuesto, entonces, estaba basado en un *tertium comparationis* discernible, al punto que casi la totalidad de los intervinientes, al igual que el Procurador General, identificaron adecuadamente la controversia jurídica y pusieron de presente sus posiciones al respecto.

Incluso, la sentencia de la cual me aparto utiliza algunos argumentos que, con cierta ambigüedad en el análisis, tienen origen en el reconocimiento del parámetro mencionado, para luego desvirtuar la posibilidad de otorgar un tratamiento paritario en materia pensional entre las uniones heterosexuales y homosexuales. Al respecto, como se concluye de la lectura de los apartados de la sentencia anteriormente transcritos, la Corte parte de reconocer la inexistencia de un imperativo constitucional de trato igual *prima facie* entre las dos modalidades de pareja, para luego sostener que la demanda no contenía argumentos suficientes que desvirtuaran dicha conclusión en el caso de la pensión de sobrevivientes. Así, lo que se observa es que, en criterio de la mayoría, el parámetro de comparación entre parejas, esto es, la presencia de un proyecto de vida común, fue comprendido suficientemente, más no compartido. En mi criterio, una consideración de esta naturaleza tuvo que haberse adoptado, en cualquier caso, en el marco de un pronunciamiento de fondo y no en una decisión de naturaleza inhibitoria, pues supera en buena medida el ámbito de estudio de la admisibilidad del cargo.

2. La jurisprudencia constitucional ha previsto reiteradamente que la construcción de un cargo por omisión legislativa relativa, se requiere de determinados requisitos, a saber, "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador"[52].

El parámetro de comparación identificado en el apartado precedente demuestra que, contrario a lo decidido por la mayoría, era posible argumentar a favor de una omisión legislativa relativa para el caso del aparte demandado del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993. Sobre el particular, el criterio relativo a la existencia de un proyecto de vida común tanto en las parejas homosexuales como en las heterosexuales, se muestra como un elemento de asimilación adecuado para que, con base en él, pudiera determinarse por parte de la Corte la constitucionalidad de la exclusión decidida por el legislador. En ese sentido, ante la pertinencia del cargo propuesto, resultaba necesario que la Corte resolviera si existía para el caso de la pensión de sobrevivientes, un mandato constitucional de equiparación de trato entre las distintas modalidades de orientación sexual dentro de la pareja.

3. Finalmente, en lo que atañe al requisito de integración de la proposición jurídica, considero que no podía constituir una condición de admisibilidad de la acción, en la medida en que la incorporación de las normas de la Ley 54/90 no era imprescindible para la configuración del cargo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la censura propuesta en la demanda iba dirigida,

en concreto, a que la Corte declarara la existencia de una omisión legislativa relativa en la norma demandada, contraria al principio de igualdad a favor de las parejas homosexuales, lo que es distinto a sostener que la pretensión de la acción fuera que la Sala subsumiera el concepto "pareja homosexual" dentro de la categoría normativa "compañeros o compañeras permanentes".

Por ende, a través de una interpretación particular del cargo propuesto, la mayoría optó por inhibirse de proferir un fallo de fondo, a pesar que la demanda contenía los requisitos suficientes para identificar con claridad y certeza un problema jurídico – constitucional susceptible de estudio por parte de la Corte.

En definitiva, para el suscrito magistrado los argumentos contenidos en la demanda eran suficientes para la configuración del cargo de inconstitucionalidad que ameritara un pronunciamiento definitivo por parte de esta Corporación. En ese sentido, la mayoría utilizó en esta oportunidad un estándar restrictivo del principio pro actione que gobierna la acción pública de inconstitucionalidad, opción que se muestra problemática en relación con el ejercicio del derecho ciudadano de interponer acciones para la defensa de la Constitución, en el marco de un modelo de Estado fundado en la democracia participativa.

Estos son los motivos de mi disenso.

Fecha ut supra,

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-1043 de 2006

Referencia: Expediente D-6330

Ley 100 de 1993, artículo 74, Literal a (parcial), modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

Demandantes:

Andrés Pacheco Bohórquez

María Claudia Gómez Uricoechea

Magistrado Ponente:

RODRIGO ESCOBAR GIL

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.[53] Esta

se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado.[54] O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habría, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.[55] En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos "duros" pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC[56]. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente

en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no esta de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953[57]. Para Roscoe Pound la actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: "Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad." (Canon 19, parágrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que "esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo". Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disenso.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que

definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

[1] Los antecedentes y las secciones de esta sentencia, hasta el punto VI corresponden, salvo ajustes menores, a la ponencia original presentada por el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

[2] La abogada María Teresa Gil Cortés.

[3] Esta afirmación la funda el Ministerio en las sentencias C-098 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-507 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

[4] "Colombia Diversa es una Organización de Derechos Humanos que trabaja por el reconocimiento, la divulgación, la defensa y el desarrollo de los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas (LGBT) en Colombia." Intervención de Colombia Diversa.

[5] La intervención hace referencia a la educación, en relación con los profesores (C-418 de 1998; MP Alejandro Martínez Caballero) y los estudiantes (T-101 de 1998; MP Fabio Morón Díaz – T-435 de 2002; MP Alvaro Tafur Galvis), el derecho a pertenecer a las Fuerzas Armadas Militares (T-097 de 1994; MP Eduardo Cifuentes Muñoz – C-507 de 1999), la no discriminación para acceder a cargos públicos (C-373 de 2002; MP Jaime Córdoba Triviño), el derecho a recibir visita íntima de la pareja homosexual en las cárceles (T-499 de 2003; MP Alvaro Tafur Galvis), libertad sexual de personas homosexuales reclusas en las cárceles (T-1096 de 2004; MP Manuel José Cepeda Espinosa), el derecho al uso del espacio público (T-301 de 2004; Eduardo Montealegre Lynett).

[6] Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

[7] Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[8] Comité de Derechos Humanos, Toonen v. Australia Comunicación N°. 488/1992, 31 de marzo de 1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

[9] Corte Constitucional de Sudáfrica, NC GLE v. Minister of Home Affairs, 2 de diciembre de 1999.

[10] Comité de Derechos Humanos, Young v. Australia Comunicación n° 941/2000, 6 de agosto de 2003, CCPR/C/78/D/941/2000.

[11] El Comité concluye que "En el caso presente, está claro que el autor [de la reclamación],

como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. 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 en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor [de la reclamación] una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual."

[12] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Greece. 25/04/2005. CCPR/CO/83/GRC., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Namibia. 30/07/2004. CCPR/CO/81/NAM., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia. 02/12/2004. CCPR/CO/82/POL., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador. 22/08/2003. CCPR/CO/78/SLV, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Filipinas. 01/12/2003. CCPR/CO/79/PHL., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Trinidad y Tobago. 03/11/2000. CCPR/CO/70/TTO., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia. 29/07/99. CCPR/C/79/Add.110., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile. 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania. 28/07/99. CCPR/C/79/Add.111., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Zimbabwe CCPR/C/79/Add.89. 1998, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Austria. 19/11/98. CCPR/C/79/Add.103.

[13] Observación General No. 14: El derecho al nivel más alto asequible de salud (The Right to the Highest Attainable Standard of Health) (Art. 12), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, Observación general N° 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) 29° período de sesiones (2002).

[14] Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la República Popular de China E/C.12/1/Add.107 13 de mayo de 2005, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Polonia, 19/12/2002. E/C.12/1/Add.82., Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Hong Kong): China. 21/05/2001. E/C.12/1/Add.58., Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Suecia. 30/11/2001. E/C.12/1/Add.70. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Irlanda. 14/05/99. E/C.12/1/Add.35.

[15] Observación general N° 3 "El VIH/SIDA y los derechos del niño" CRC/GC/2003/3, Observación General No 4 "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño" CRC/GC/2003/4.

[16] Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte CRC/C/15/Add.188 2002, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Bélgica 2002 CRC/C/15/Add.178., Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido CRC/C/15/Add.134. 2000, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Reino Unido 2000 CRC/C/15/Add.135.

[17] Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Suecia. 31/07/2001. A/56/38, paras.319-360., Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Kyrgyzstan. 27/01/99. A/54/38,paras.95-142.

[18] Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Venezuela. 23/12/2002. CAT/C/CR/29/2., Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Egipto. 23/12/2002. CAT/C/CR/29/4., Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Brasil. 16/05/2001. A/56/44, paras.115-120.

[19] Ver entre otras Corte Europea de Derechos Humanos, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 de diciembre de 1999, Corte Constitucional Sudafricana, NCGLE v. Minister of Home Affairs (1999), Du Toit v. Minister of Welfare and Population Development (2002) y Stachwell v. President of South Africa (2002), Minister of Home Affairs v. Fourie (2005),Corte Suprema de Massachusetts Goodridge v. Department of Public Health 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

[20] Según el observatorio de medios de comunicación de Colombia Diversa entre septiembre de 2004 y febrero de 2006 hubo 2274 menciones a asuntos de homosexuales en prensa escrita de cobertura nacional, radio y televisión en noticieros únicamente.

[21] Declaraciones del Presidente Álvaro Uribe Vélez durante el taller democrático celebrado en las instalaciones de Cafam en la ciudad de Bogotá el 25 de marzo de 2006, Diario El Tiempo, marzo 29 de 2006 www.eltiempo.com.co

[22] Entrevista con monseñor Luis Augusto Castro, periódico El Espectador, 8 de abril de 2006, "La Iglesia tiene derecho a hablar de política" por Hugo García Segura.

[23] Entrevista con monseñor Luis Augusto Castro, revista Cambio, 11 de julio de 2005.

[24] Seminario en Latinoamérica de Teoría constitucional y política, El derecho como Objeto e instrumento de transformación, SELA 2003, Editores del Puerto, Argentina, Buenos Aires, 2003.

[25] "No se trata, por ahora, de imaginar derechos nuevos. Simplemente se trata de tomar los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos y aplicarlos al caso concreto de las personas LGBT, según las interpretaciones que han hecho los órganos internacionales o, incluso, algunas cortes colombianas. Sin embargo no dejamos de lado la posibilidad futura de vislumbrar nuevas definiciones de los Derechos Humanos y de proponer la adaptación de las normas a las diversas experiencias de las identidades de género y la orientación sexual. Colombia Diversa, Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Bogotá. Tercer Mundo Editores y Colombia Diversa. 2005. p. 11.

[26] En la Sentencia C-871 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas, analizando normas del ordenamiento procesal penal se ha aceptado la hipótesis de integración normativa cuando una norma debe ser entendida y aplicada según otra:"Siguiendo la anterior doctrina, la Corte estima que en el asunto que se revisa procede integrar la unidad normativa con los numerales 4° y 5° del artículo 220 del C.P.P., **por cuanto guardan estrecha relación con el segmento acusado, a tal punto que éste no podría ser entendido y aplicado sino en consonancia con tales disposiciones.** En efecto, conforme al fragmento impugnado del artículo 220 del CPP "lo dispuesto en los numerales 4° y 5° se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria", proposición jurídica que si

bien tiene un contenido propio, se encuentra tan íntimamente ligada con los contenidos jurídicos de los numerales citados, pertenecientes a la misma norma, que resulta imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar esas otras disposiciones."

[27] Ver sentencia C-915 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[28] Comité de Derechos Humanos, fallo del 18 de septiembre de 2003, *Young v. Australia*, CCPR/C/78/D/941/2000.

[29] La intervención establece la posición de la Corte Constitucional con base en apartes de las consideraciones de las sentencias C-543 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz), C-407 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), C-745 de 1998 (MP José Gregorio Hernández) y C-1549 de 2000 (MP Martha Victoria Sánchez Méndez).

[30] La afirmación se sustenta en apartes de las consideraciones de las sentencias C-623 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y C-111 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[31] Continúa Asofondos indicando: "(...) el legislador atento a esta realidad natural estableció unas diferentes categorías de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a saber, || (a) En primer lugar está el cónyuge o compañero permanente, que por razones de la convivencia que mantuvo durante la vida del fallecido en la cual se pudieron procrear o no hijos, pero que en últimas dependían económicamente uno del otro, toda vez que por razón esa convivencia (sic) sostenía un hogar común. || (b) En un segundo lugar tenemos a los hijos menores, inclusive a los mayores que dependían económicamente del fallecido por razones consistentes en que aún son estudiantes o presentan alguna incapacidad que les impide subsistir por sus propios medios, por lo cual, el legislador en su labor reguladora de las relaciones sociales, consideró que estas personas dependían económicamente del fallecido como es apenas lógico y natural. || (c) En tercer y cuarto lugar, en ausencia de los anteriores se estableció que serían beneficiarios los padres y los hermanos. || Nótese como el legislador estructuró distintos niveles de beneficiarios y estableció unos requisitos que deberían cumplir cada uno de ellos sobre la base y como punto de partida de los lazos familiares que se forman entre un hombre y una mujer que tienen hijos dentro de un hogar, bien sea dentro del matrimonio o fuera de él, pues lo que se protege es la institución de la familia considerada como la decisión responsable de unión entre personas de diferente sexo y no los vínculos formales.

[32] Señala la intervención al respecto: "En el año 2003, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas constató que se configuraba una violación al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negar la sustitución pensional al compañero permanente de una persona con el argumento de que era del mismo sexo de su pareja fallecida. || En su decisión el Comité señaló: '[...] En el caso presente está claro que el autor [de la reclamación], como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. 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 en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar

al autor [de la reclamación] una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual. [...]"

[33] Dice la intervención al respecto: "El caso sería aceptado por organismos internacionales aun sin que se agotaran todos los recursos internos, pues se configura la causal de excepción al agotamiento de dichos recursos, puesto que no existe en el orden jurídico interno un debido proceso que les permita a las parejas homosexuales hacer efectivo el derecho a la sustitución pensional. || Efectivamente, como se señaló en el primer punto de este escrito, las acciones judiciales previstas en Colombia para la reclamación, reconocimiento y pago de las pensiones de sobrevivientes se restringen de manera injustificadamente discriminatoria a favor de las parejas heterosexuales."

[34] Señala la intervención: "La Ley 100 de 1993 no define qué se entiende por compañero o compañera permanentemente. Dicha definición se encuentra en la Ley 54 de 1990. Esta norma señala en el artículo 1° que la unión marital de hecho se da entre 'un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular'. Esta definición restringe el concepto de pareja a la unión de dos personas de sexo distinto, e impide por tanto que se considere como unión marital de hecho aquella conformada por dos personas del mismo sexo. Así, la ley 54 de 1990 tiene también un vicio de inconstitucionalidad por razones similares a las expuestas en este concepto, pues incurre en discriminación al dejar desprotegida la comunidad de pareja que se construye entre personas del mismo sexo."

[35] Procuraduría General de la Nación, Concepto N° 4146, agosto 1° de 2006.

[36] Peces-Barba, Gregorio; "La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho" Ed Dykinson, Madrid, 2002, pp.64 a 73.

[37] Ver entre otras las sentencias C-185 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-871 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett; C-041 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-427 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1549 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez y C-543 de 1996, MP. Carlos Gaviria Díaz.

[38] Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

[39] Ibidem

[40] Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[41] Sentencia C-185 de 2002

[42] Ibidem

[43] Sentencia C-041 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[44] Cfr. las Sentencias C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-427 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1549 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, entre otras.

[45] Cfr. Las Sentencias C-543 de 1996 y C-1549 de 2001.

[46] Sentencia C-311 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[47] Sentencia C-986 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[48] Sentencia C-185 de 2002

[49] Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[50] Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; AV Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa; SPV José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara)

[51] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1052/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[52] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-185/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[53] Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

[54] En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

[55] Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

[56] Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

[57] Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

[58] El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting*

Opinion. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

