

## ¿Los solteros eternos del derecho? Reflexiones alrededor de la afiliación del *compañero/a permanente homosexual* a la Seguridad Social en Salud<sup>1</sup>

Lina María Céspedes Báez  
Maestría de Estudios de Género, Universidad Nacional de Colombia

*Para quienes históricamente han carecido de poder, recibir derechos es símbolo de todos los aspectos negados de su humanidad: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango de referencia del yo y el otro, que lo eleva del estatus del cuerpo humano al de ser social.*

Patricia Williams, 2003

### Introducción

En atención a la extensión en el control de constitucionalidad que propuso la Constitución Política de Colombia de 1991, los homosexuales, como grupo discriminado, buscaron el reconocimiento de sus derechos, entre ellos el de *afiliación del compañero/a permanente* a la Seguridad Social en Salud, a través de las acciones de tutela y de constitucionalidad. Tal elección no puede entenderse como gratuita o azarosa. Las acciones mencionadas habían mostrado un alto grado de efectividad en sede de protección de derechos fundamentales y de sus titulares, en especial, cuan-

---

<sup>1</sup> Este artículo es una reflexión sobre el tema de mi trabajo de grado para la Maestría de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia; por esta razón, a lo largo del mismo hago extensas citas y un desarrollo pormenorizado de los procedimientos de la Corte Constitucional en la materia.

do estaba de por medio una persona o grupo en desventaja (al respecto, T-373 de 1996, T-590 de 1996, T-681 de 1996, T-012 de 1999, entre otras).

Efectivamente, la Corte Constitucional, en su labor de guarda de la integridad de la Constitución Política, estudió en varias oportunidades el tema de la homosexualidad en sus sentencias de revisión de tutelas o en sus fallos de constitucionalidad. Tal tarea que le permitió decantar una línea de decisión al respecto y establecer cuáles eran los puntos esenciales que debía estudiar la corporación cuando se le planteaban este tipo de dilemas. Dentro de sus múltiples pronunciamientos, destaco aquellos que pueden ser considerados como hitos o fundamentales en el esbozo de un precedente judicial (*ratio decidendi*<sup>2</sup>) a respetar en los análisis posteriores, tanto por sus magistrados, como por los distintos jueces de menor o igual jerarquía que conformaran la rama judicial colombiana.

### **1. T-539 de 1994. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa**

En esta oportunidad se revisó el fallo de tutela proferido por un juzgado civil del circuito. A través de éste se negó la acción instaurada en contra del Consejo Nacional de Televisión, por cuanto éste se negó a transmitir un comercial de prevención del VIH/SIDA en el que dos hombres se besan para después alejarse abrazados por la Plaza de Bolívar en Bogotá. El Consejo basó su negativa en la consideración de que el mensaje no tenía correspondencia con las imágenes,

---

<sup>2</sup> Se entiende por *ratio decidendi* “aquellas partes que recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada [...] esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico”. La *ratio decidendi* se opone a la *obiter dictum*, es decir, todas aquellas partes de la sentencia que pueden entenderse como motivaciones auxiliares (López, 2001).

pues daba a entender que en la relación homosexual existía el peligro de ser contagiado con la referida enfermedad. Por su parte, los accionantes consideraron que la decisión de la entidad se basó en una apreciación subjetiva que descalificaba al comercial por el hecho de tratarse de homosexuales.

La Corte, luego de resumir la actuación surtida ante el juzgado, de calificar las pruebas y de recoger los argumentos de las partes en conflicto, estableció que en el Estado Social de Derecho la tolerancia es un principio superado por la aceptación, postulado que no impone el cambio sino el acogimiento, la no discriminación y la realización del derecho a la igualdad en la diferencia. Además, concluyó que los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en atención a su condición.

En lo atinente al caso concreto, la Corporación confirmó el fallo del juzgado, por cuanto las amplias facultades del Consejo Nacional de Televisión incluyen la de negar fundadamente la proyección de un comercial, manifestación de la voluntad de la administración que constituye un acto administrativo que, como tal, debe ser discutido en la jurisprudencia competente, esto es, ante la Contenciosa Administrativa. Adicionalmente, dicha decisión no afectó un derecho fundamental, ni causó un perjuicio irremediable que condujera directamente a la utilización de la acción de tutela.

No sobra indicar que los magistrados, en el instante de estudiar los argumentos del demandante y con el ánimo de cubrir todas las posibles aristas del derecho de acción, interpretaron el reclamo de trato diferente de los comerciales heterosexuales respecto a los de los homosexuales, como

algo normal, por cuanto la igualdad se predica entre iguales, de manera tal que no puede desconocerse que el comportamiento homosexual es excepcional; así pues manifiesta que:

[...] la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la equivalencia proporcional entre dos entes diversos. Entonces mal podría el Consejo Nacional de Televisión mostrar como idénticas las conductas sexuales comúnmente reconocidas como naturales a las que son practicadas por un grupo específico de población y que, de alguna manera, son excepcionales respecto al comportamiento sexual de la generalidad de las personas.

No obstante, como este último acápite no hace parte de la verdadera motivación que dio pie a la decisión de la Corte, por cuanto su estudio se hizo en el entendido de despejar algunos interrogantes en relación con los argumentos de los demandantes, no es posible considerarlos como la *ratio decidendi* de este fallo, sino como parte de los hechos especiales que enmarcaron la tutela, es decir, como *obiter dictum*. La aclaración de voto de la sentencia en cuestión hace hincapié en esta consideración de la homosexualidad, reprochándole a la sala mayoritaria el haber entrado en consideraciones del sujeto homosexual, detalle que implicaría una discriminación *per se*, cuando estaban tan claros los motivos de improcedencia de la tutela.

## **2. C-098 de 1996. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz**

En esta ocasión, la acción versó sobre la constitucionalidad parcial de los artículos 1 y 2 de la ley 54

de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, en estos artículos se define la unión marital de hecho como la unión de hombre y mujer, así como establecen que sólo podrán llamarse compañeros permanentes al hombre y a la mujer que conforman esa unión. El demandante consideró que los apartes demandados contrariaban el derecho a la igualdad, por cuanto las parejas homosexuales podían encontrarse en la misma situación de afecto mutuo, comunidad de vida permanente y singular que supuestamente caracterizan a las heterosexuales. Además, indicó que se afectaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el individuo podía optar por su identidad sexual, mas se encontraba desprotegido en el momento de establecer una comunidad de vida con su pareja. Por último, precisó que este desconocimiento de la ley iba en contravía con el preámbulo de la Constitución que tiene como premisa un Estado pluralista.

Para estudiar el caso, la Corporación se detuvo en la génesis y en los objetivos que inspiraron la promulgación de la ley 54 de 1990. Señaló que la mentada norma tenía como norte el dar protección a las uniones por fuera del matrimonio, con el fin de darle protección a la parte débil de la relación, es decir, a la mujer, a los hijos concebidos en la misma y al patrimonio que con su esfuerzo había ayudado a conformar. En esta línea de análisis, se precisó que los motivos que ampararon la promulgación de esta ley para las parejas heterosexuales radicaron en su particular virtud de construir familia y en el cumplimiento del mandato de protección a la mujer del artículo 43. Incluso se hizo énfasis en que el ordenamiento jurídico no impide que los homosexuales formen

parejas, se asocien y realicen contratos válidos entre ellos para prevalecerse ante cualquier contingencia, todo ello en consonancia con el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad (éste último en la medida en que el modelo de pareja avalado por el Estado no puede ser parte de la discusión democrática). De este modo, la conclusión a la que arribó la Corte tiene como idea central que la ley demandada no estatuye privilegios odiosos para un grupo determinado, sino que pretendió acabar con una clase determinada de discriminación que, por tal, no puede ser objeto de interpretación extensiva a las demás minorías o grupos discriminados, sin que esto perjudique, como da a entender, la autonomía del legislador y del proceso democrático que se surte en el Congreso de la República.

Los doctores Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz aclararon el voto en la medida en que quisieron precisar que encontraban justo que el legislador se ocupara de la creación de un régimen patrimonial para las parejas homosexuales. Aunque éstas no sean constitutivas de familia, teniendo en cuenta que en la mentada institución, en todo caso, responden a tipologías variables que la hacen un concepto en constante transformación.

El salvamento y la aclaración del voto de los doctores José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara, respectivamente, observaron la imposibilidad de construir parejas entre homosexuales y en el supuesto silencio que guardó la Constitución respecto de esta identidad sexual, pues en la medida en que no estaba protegida ni prohibida, mal podría endilgársele una supuesta omisión al legislador, conducta que ni siquiera debió discutirse en el seno de la Corte.

### **3. C-481 de 1998. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero**

En esta sentencia la Corte realizó el estudio de constitucionalidad de una de las causales de mala conducta del antiguo estatuto docente, decreto 2277 de 1979, que estaba relacionada con la homosexualidad. El reproche radicó en la violación al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad y fue elaborado por el demandante con base en pronunciamientos anteriores de la Corporación.

La Sala realizó un estudio de teorías contemporáneas de la homosexualidad, desde aquellas ancladas en la genética, hasta las que propenden por un entendimiento netamente cultural del fenómeno. Lo anterior para aclarar que, sin tomar partido por alguno de los entendimientos, cuestión que no es necesaria para garantizar los derechos de los homosexuales, esta minoría debe ser protegida en la medida que su identidad de entrada no comporta predisposición para los delitos sexuales o para la mala conducta, como lo demuestran sendos estudios citados en la parte motiva. Además, añadió que si la homosexualidad es una cuestión biológica, su derecho a la igualdad estaría respaldado por la prohibición constitucional de establecer diferencias con base en el sexo y que sí, por el contrario, se trataba de una verdadera opción, sus derechos estaban garantizados por el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, trabaja el concepto de *criterios sospechosos* para indicar que estas categorías

- (i) se funden en rasgos permanentes de personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a pa-

trones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) con constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.

Con base en lo anterior, se precisa que el examen de razonabilidad y de proporcionalidad de un trato diferente no puede hacerse de la misma forma cuando se trata de grupos que han sido discriminados y en los cuales confluyen los citados *criterios sospechosos*. De esta forma, la valoración en dicho caso fue rigurosa, en la medida que un trato diferente basado en la categoría *homosexualidad* podía comportar una grave ofensa al derecho a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. Fue así como la Corporación declaró inexecutable el aparte demandado, por cuanto la norma no resistió el análisis estricto a la que fue sometida, pues los criterios sospechosos fueron confirmados de la simple confrontación con los postulados constitucionales, como también la conveniencia de mantener una previsión en el ordenamiento que de por sí no garantizaba la protección del bien jurídico tutelado. Lo anterior dado que las faltas de mala conducta, en lo referente a lo sexual, referidas al desarrollo de la docencia serían investigadas y castigadas por la vía de otras faltas disciplinarias, incluso penales, que cobijan también a los heterosexuales como posibles agentes de abusos.

Como era de esperarse, las aclaraciones y los salvamentos de voto<sup>3</sup> en tan disputado dilema jurídico no deja-

---

3 Los magistrados que salvaron voto fueron los doctores Alfredo Beltrán Sierra, José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara; la aclaración de voto fue firmada por Vladimiro Naranjo Mesa, quien hizo hincapié en la necesidad de poner límites a la exteriorización de las conductas homosexuales en aras de preservar los derechos de los niños.

ron de manifestarse en contra de las conclusiones de la mayoría de los magistrados, en el supuesto de que era necesario hacer operante la norma en la medida en que no se sancionara el *ser* homosexual, es decir, la conducta que podía influir en niños y adolescentes.

#### **4. Los solteros devienen en “sospechosos”**

De la anterior revisión de la jurisprudencia considerada *hito* en el ámbito de la homosexualidad, se puede colegir de la *ratio decidendi*, que la condición *homosexual* se convierte en un criterio sospechoso para recortar derechos o establecer diferencias en el interior del ordenamiento jurídico, por razón, en principio, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente establecido en la ley, llevado a cabo de forma estricta en aras de garantizar que *criterios sospechosos* no se filtren en las disposiciones y contravengan el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad e incluso el de estar libre de discriminación en atención al sexo. También, es diáfana la precisión en cuanto quienes están reconocidos como componentes de las uniones maritales de hecho y quienes deben ser llamados compañeros permanentes, con base en la regulación de la ley 54 de 1990, con el fin de regular los efectos patrimoniales y filiales que puedan derivarse de la mencionada situación. Fue reiterada la visión de que la familia sólo se constituye por el matrimonio o por la voluntad responsable de un hombre y una mujer, aunque la sentencia C-098 de 1996 le abre la puerta al concepto de pareja como aplicable a las uniones del mismo sexo, no sin dejar expreso en una de las aclaraciones de voto la necesidad de expedir una ley que regule el régimen patrimonial de éstas, así no estructuren lo que la Constitución llama *familia*.

En este contexto, establecidos los lineamientos del precedente jurisprudencial en materia de *homosexualidad*, surge la sentencia de tutela T-618 de 2000, un fallo que, en principio, parece desarticular los ejes de claridad, coherencia y concordancia del pensamiento de la Corte Constitucional, no obstante, un análisis detallado pone en evidencia que las lecturas sesgadas de su motivación proponen un *ratio decidendi* que no existe por medio del expediente de darle peso a lo accidental o auxiliar en el fallo, es decir, a la *obiter dictum*.

### **5. De la utilización de la sospecha a las estrategias fallidas: la sentencia T-618 de 2000**

El caso que se planteó en los estrados judiciales tenía que ver con una pareja de homosexuales portadores de VIH -uno de ellos, pensionado por invalidez, el otro, cotizante hasta que perdió su trabajo- formularon la petición al Instituto de los Seguros Sociales para obtener la afiliación del segundo como beneficiario en calidad de pareja del pensionado, en aras de no perder la cobertura en el tratamiento del virus. En su momento, el I.S.S. aceptó la solicitud; no obstante, pasado un tiempo, cuando fueron a recoger sus carnés renovados, recibieron una carta de meses atrás, enviada a una dirección incorrecta, donde se les informaba que, de acuerdo a un concepto de la oficina jurídica, quedaba anulada la afiliación del beneficiario referido. Ante la urgencia del tratamiento, donde estaba involucrado el derecho a la vida, se formuló tutela al juez del Circuito, quien tuteló transitoriamente los derechos del beneficiario y le ordenó al I.S.S. reestablecer el tratamiento. Sin embargo, no entró en mayores consideraciones, motivo por el cual el accionante impugnó la decisión para que la protección fuera plena y el juzga-

dor se pronunciara sobre todos los derechos esgrimidos en el libelo que dio inicio a la acción. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo del aquo, razón por la cual la sentencia llegó a la Sala de Revisión de la Corte Constitucional.

La Corporación abocó el estudio del tema y tras concretar la situación de hecho que provocó la puesta en peligro del derecho a la vida del beneficiario, se ocupó de establecer que la vulneración no estaba en cancelar una afiliación teniendo como base la condición de homosexual, sino que el irrespeto que tuvo el I.S.S. al debido proceso y al acto propio, al dejar sin efecto un acto de su competencia sin oír a los interesados. A éstos se les había creado una situación jurídica favorable que para revocarla, el I.S.S. necesitaba de su consentimiento o, en caso de no contar con él, de la interposición de la acción de lesividad en contra del propio acto, para que fuera la jurisdicción competente la que decidiera si el acto debía salir o no del mundo jurídico. Por estas circunstancias, la Sala reitera que su estudio de fondo no radica en el concepto de familia inmerso en el Derecho a la Seguridad Social en Salud, tema que será objeto específico de la SU-623 de 2001<sup>4</sup>, aunque deja establecido que varias sentencias hicieron énfasis en la diferencia de sexos para constituirla. Por último, decide tutelar el derecho a la Seguridad Social del beneficiario expulsado, por encontrarse conexas con el derecho a la vida en el caso específico y ordena que el

---

<sup>4</sup> La sentencia hace explícita esta posición al decir que el “tema de si el término “*compañero permanente*” se predica de personas del mismo sexo, para efectos de que pueda ser beneficiario de la Seguridad Social en Salud, tiene un obstáculo procesal en la tutela: el análisis que se haga del artículo 163 de la ley 100 de 1993 y del artículo 40 del decreto 806 de 1998 es un complejo estudio jurídico que corresponde decidirlo a quien llegare tramitar la acción de lesividad, si es que se presentare. Luego, si no va a haber campo a un perjuicio irremediable porque al prosperar la violación al debido proceso se retrotraen las cosas al instante en el cual NN tenía el acceso a la Seguridad Social, entonces el tema escapa al juez de tutela”.

I.S.S. preste el servicio hasta que se decida la pertinente acción en la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto, también, hubo una vulneración evidente al debido proceso.

Es posible observar que, de la línea argumentativa de la parte motiva, es impropio considerar que se tuteló el derecho a la afiliación a la pareja homosexual. Dado que las consideraciones que rodearon este caso tenían que ver con aristas diversas a la identidad sexual, como el debido proceso y el irrespeto de una entidad estatal de su acto propio, detalles regulados en extenso en el Código Contencioso Administrativo (artículos 69 a 74), así como la prevención explícita de la Sala del cariz de su argumentación, en la medida que se aleja del estudio de fondo de quién constituye *familia* y de los artículos pertinentes de la ley 100, por no ser objeto del presente litigio.

Por lo expuesto, es posible anotar que esta decisión no representa un salto abrupto en las concepciones de la Corte, ni el precedente construido por ella a través de las distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, puesto que, en esta ocasión, la primera estaría relacionada con casos que atañen únicamente a temas que tratan de la violación al debido proceso por irrespeto a los actos propios y la segunda por un caso de parejas homosexuales y derecho a la Seguridad Social que no puede ser considerado en los fallos de constitucionalidad que traten la materia, ni como argumento a esgrimir en una demanda de tutela ante alguna instancia judicial o administrativa.

## 6. Las palabras del juez: ¿un saludo a la bandera?

Vale la pena preguntarse por la importancia de la sentencia SU-623 de 2001, por cuanto ésta, finalmente, como lo auguraba T-618 de 2000, estudió las incidencias del artículo 163 de la ley 100 de 1993, en particular, el enfoque de unificación en aras de evitar pronunciamientos contradictorios. Si bien no es un estudio de constitucionalidad del artículo en mención, la jurisprudencia citada establece claramente un precedente en lo atinente a su aplicación para la pareja homosexual, una *ratio decidendi* que afectará fallos idénticos o parecidos en el mediano plazo del ejercicio de la Corte Constitucional, cuestión que se evidencia en la sentencia C-814 de 2001, que trató la posibilidad de adopción por parte de una pareja del mismo sexo.

En esa oportunidad, la Corporación entró a revisar el fallo de tutela adoptado por el Juez Noveno Civil Municipal de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por César Augusto Medina Lopera contra Comfenalco E.P.S., que negó la protección a su derecho de ser afiliado como compañero permanente al señor Jhon Jairo Castaño Suescún aduciendo que ni las normas ni la jurisprudencia colombiana brindaban protección o reconocimiento a la pareja conformada por homosexuales.

La Corte Constitucional inició su revisión en su calidad de regulador y vigilante, precisando las características propias del derecho a la Seguridad Social, aclarando que el Estado es sujeto pasivo de algunas obligaciones respecto a ese servicio público, algunas de ellas típicas de la prestación de cualquier servicio. Ese es el caso de la ampliación de la cobertura y otras genéricas, aplicables a cualquier actividad del

Estado, como la prohibición de llevar a cabo discriminación con ellos o por intermedio de ellos. En este sentido, hizo hincapié en que

[...] es necesario tener en cuenta que el derecho a la Seguridad Social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población. La necesidad de desarrollo de la regulación constitucional en Seguridad Social ha llevado a la Corte a afirmar que se trata de un sistema normativo integrado cuya complejidad no puede ser desconocida *prima facie* por el juez constitucional.

Por su parte, la Corte expuso que los criterios de ampliación de la cobertura son disímiles y múltiples, además, de resorte indiscutible del legislador y no de la Rama Judicial o del Ejecutivo, decisión del Congreso que de por sí no comporta de entrada una vulneración al derecho a la igualdad de los grupos discriminados que no entran en sus previsiones, por cuanto

[...] la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación. En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio -estar haciendo vida de pareja- resulta adecuado para proteger los derechos que

se alega han sido conculcados -igualdad, Seguridad Social, libre desarrollo de la personalidad, salud-

Esta vía, como los criterios a tener en cuenta por el legislativo, en sede de Seguridad Social, son variados (de orden presupuestal, económico y demográfico). El juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la exclusión debe contener un menor rigor, mecanismo que se encuentra en consonancia con el estudio que se hizo de exequibilidad de los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990 (Sentencia C-098 de 1996). Es así como la opción de proteger solamente a las parejas heterosexuales no unidas por el matrimonio tomada por el legislador, dejando a un lado las uniones del mismo sexo, no comporta una vulneración al derecho a la igualdad por el carácter mismo del derecho a la Seguridad Social, a lo que se atañe al tipo de cobertura que tiene prevista la ley 100 de 1993. Ésta hace referencia a la familia y a la noción de compañero/a permanente, ya estudiadas en sentencias de constitucionalidad que precisaron su sentido de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución.

En conclusión, la Sala mayoritaria, es decir, cinco magistrados, negó la tutela del derecho de los accionantes, motivo por el cual los magistrados disidentes<sup>5</sup>, salvaron el voto y publicaron lo que en su opinión ha debido ser la decisión de la Corte Constitucional en el caso concreto. Su argumentación puede sintetizarse así:

- La verdadera justificación de la sentencia radica en que las parejas homosexuales no son familia, cuando

---

<sup>5</sup> Los magistrados que salvaron voto fueron los doctores Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Treviño y Eduardo Montenegro Lynnet.

la Constitución sólo se refiere a la heterosexualidad en el caso del matrimonio.

- La argumentación del fallo parte de la premisa de que las exclusiones del Sistema de Seguridad Social vienen dadas por factores distintos a la orientación sexual; cuestión que debió ser parte del fondo del asunto sujeto a debate judicial.
- El entendimiento del principio de universalidad de la Seguridad Social, como un mandato progresivo, que deja por fuera a algunas personas, no tiene asidero para los magistrados disidentes, quienes tienen por su real entendimiento que todo individuo tiene una cobertura básica que se ampliará de acuerdo con la capacidad del sistema.
- El test de razonabilidad para determinar si se vulneró el derecho a la igualdad debió ser estricto, por cuanto las premisas a ser estudiadas contenían *criterios sospechosos*.
- La cobertura familiar del artículo 163 de la ley 100 de 1993 no hace referencia al sexo. Además, las sentencias que estudiaron la exequibilidad de la ley 54 de 1990 sólo pueden ser aplicadas como *ratio decidendi* de casos que tengan que ver con el objeto de estudio (uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales cuando se trata de parejas constituidas por un hombre y una mujer) y no con los casos de Seguridad Social. Adicionalmente, citan los argumentos de la sentencia T-1426 de 2000, donde se negó la afiliación a la Seguridad Social en Salud del compañero homosexual,

puesto que se consideró que la interpretación correcta del artículo 162 de la ley de Seguridad Social debe hacerse de acuerdo a las normas que regulen materias semejantes (en el caso, el Decreto Reglamentario 1889 de 1994, que trata el tema de pensiones e indica que sólo podrán entenderse como compañeros a las parejas heterosexuales) y no acudiendo a las estipulaciones de la ley 54 de 1990, en aras de respetar el principio de la unidad de materia. No sobra anotar, que los magistrados disidentes retomaron esta cuestión, dejando en claro que ni siquiera el decreto de pensiones podía ser aplicado al sector salud.

Ahora bien, aunque la jurisprudencia sentada en este caso refiere a una tutela, no se puede olvidar que la Sala Plena estudió el caso para unificar criterios respecto a esa situación de hecho. Con el fin de no producir fallos contradictorios en el futuro, punto que reduce la capacidad de decisión de la Sala Plena o de las salas de revisión, cuando los casos planteados sean idénticos o similares, dependiendo de hasta dónde puede ampliarse la *ratio decidendi* a otros casos específicos y teniendo en cuenta la regulación, la capacidad de remisión y los eventuales vacíos que deban ser llenados por la labor integradora del Derecho llevada a cabo por el juez en la decisión de casos difíciles.

Podría ser bastante pesimista en concluir que esta sentencia significa la resignación para los homosexuales que pretendan la protección jurídica por medio del concepto compañero/a permanente. Sin embargo, no es apresurado afirmar que el radio de acción de su actividad en este punto específico, la afiliación de la pareja homosexual a la Seguri-

dad Social en Salud, ya no tiene ni puede tener como escenario principal al juez de la tutela, quien debe respetar el precedente sentado por la Corte Constitucional, en observancia del principio a la igualdad, ni a las salas de revisión de esta Corporación. Por cuanto el precedente ya ha sido establecido, la *ratio decidendi* instaurada en esta jurisprudencia debe ser acatada para salvaguardar la igualdad ante la administración de justicia y la seguridad jurídica<sup>6</sup> (Cfr. T-057 de 1997, T-321 de 1998 y T-1484 de 2000, entre otras). Las personas jurídicas también son titulares de estos derechos y sólo podrán soslayarse cuando la evidencia fáctica del caso demuestre que ciertas diferencias en los supuestos de hecho merecen un nuevo estudio y, por tanto, una nueva decisión al respecto.

## 7. Enfrentando el pesimismo

Quando los legos encaran la simple evidencia de los numerosos fallos de la corte constitucional, ya sea por los titulares de prensa, por las rápidas noticias en al televisión o por el estudio de una gaceta de esta Corporación, la sensación a la que los arrastra varía de la confusión al desconsuelo, dado que el inventario de sentencias con sus respectivos temas, sus normas demandadas y sus diversos efectos de cosa juzgada, avasallan a cualquier lector que pretenda hacer una lectura inicial y sistemática de los temas tratados por la Corte. También les será arduo llegar a una conclusión acerca de la interpretación que van forjando los magistrados en torno a los derechos y a la Constitución en general. Por esta razón, tomar lo fallos uno a uno revelará muy poco del verdadero

<sup>6</sup> La Corte Constitucional ha “concedido tutelas por violación al principio a la igualdad dado que los jueces de instancia se han apartado de decisiones obligatorias tomadas previamente por la Corte en casos análogos. La violación del precedente, pues, es una causal de tutelabilidad del derecho a la igualdad si, se repite, el juez no ‘ofrece justificaciones suficientes y adecuadas’ para fundar su fallo contrario” (López, 2001: 49).

trabajo que se realiza con cada nuevo caso que se decide, con cada nuevo examen de constitucionalidad que se avoca, porque “*la incrementalidad del derecho jurisprudencial, determinada por la resolución de problemas jurídicos caso a caso, tiene la tendencia a ser desestructurada y, a veces, caótica [...]*” (López, 2001: 55).

Por lo expuesto, ante un estudio que se base en la jurisprudencia, lo razonable no es observar minuciosamente cada fallo y descomponerlo, sino tomar la generalidad de los mismos, decidir cuáles de ellos merecen ser *hito*, dependiendo del derecho que se va a estudiar y teniendo en cuenta su perfil (López, 2001), para relacionar las demás decisiones con esa *ratio decidendi*, establecida de acuerdo a la sentencia significativa en la materia.

Para comenzar, los derechos a la salud y a la Seguridad Social han tenido múltiples desarrollo en la jurisprudencia, todo ellos dependiendo del caso a tratar y del nivel de abstracción posible en el estudio. De esta manera se tiene que el derecho a la salud<sup>7</sup>, consignado en el artículo 49 de la Constitución, hace parte de los derechos de prestación o de desarrollo progresivo, calidad que los aleja de los fundamentales, salvo que exista *conexidad*, fenómeno ya reseñado. Así lo expresó la SU-039 de 1998:

Los derechos a la Seguridad Social y a la salud presentan la característica de ser programáticos y de desarrollo progresivo por parte del legislador, en este orden de ideas, se convierten en programas de acción estatal que comportan

---

<sup>7</sup> La jurisprudencia entiende el derecho a la salud como “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de reestablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica por tanto una acción de conservación y otra de reestablecimiento [...]*” (Sentencia T-597 de 1993).

prestaciones de orden económico y social, que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del estado y exigibles al mismo en cuanto a su calidad de derechos subjetivos, permitiendo reclamar de las autoridades y de los particulares una determinada actividad constitucionalmente señalada y para cuya efectividad precisan *el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice.*

Como ya se refirió, la protección de los derechos y la amplitud de la capacidad decisiva del juez de tutela dependen del grado de desarrollo del tema, como de los supuestos fácticos que rodean el tema jurídico. En este sentido, la Corte falló favorablemente las tutelas que trataban los derechos a la salud y a la Seguridad Social de los compañero/as permanentes, cuando se referían a parejas heterosexuales. Tal cuestión ni siquiera se planteó como un motivo de fondo, por cuanto el dilema homosexual no estaba presente en las mismas o que se reiteró en la posibilidad de estas personas de ser afiliadas por su compañero/a en la parte motiva de la decisión.

El tema de los homosexuales también se trató en varias oportunidades, pero de acuerdo con aristas diversas a la escueta afiliación de la pareja al sistema de Seguridad Social en Salud. Por esa razón la *ratio decidendi* de los fallos se comportó de manera amplia, de acuerdo al principio garantista de la Constitución sobre el libre desarrollo de la personalidad, de la igualdad en su sentido amplio y de la no discriminación en razón del sexo, por cuanto en ellos se ventilan casos enfrentado a normas específicas en sede de la Seguridad Social en salud y de la adopción, en un intento

interpretativo común de qué se entiende por *compañero/a* permanente. En otros términos de qué dimensión de la *familia* se protege de acuerdo a los postulados constitucionales.

Sin embargo, estos fallos cuentan con extensos salvamentos de voto que, a veces parecen dar la impresión de una equivocación de la Sala Mayoritaria o, por lo menos, de una salida en el mediano plazo que anuncia un cambio de línea. En referencia con el tema citado, los magistrados disidentes en la sentencia de unificación 623 de 2001, basan sus diferencias en lecturas diversas de los mismos textos, desde los que consagran la *familia* hasta la universalidad como principios del Sistema en Seguridad Social en Salud. Por otra parte, los magistrados que no adhirieron a la posición de la mayoría dicen que el fallo parte de la premisa según la cual, las exclusiones del Sistema en Seguridad Social vienen dadas por factores diferentes a la orientación sexual, cuestión que no está clara y que, por tanto, ha debido ser objeto de debate judicial. En este caso, la Sala Mayoritaria tiene a su favor la claridad del artículo 163 de la ley 100 de 1993, precepto que no puede ser interpretado por fuera del contexto que la ley y la Corte le otorgaron al concepto *compañero/a permanente*, puesto que esto conduciría al absurdo de un decreto acerca de pensiones que no considera la pareja homosexual y a una sentencia de unificación que impone una interpretación benéfica para esta pareja en el ámbito de la Seguridad Social en Salud, desvertebrando así la coherencia del Sistema en Seguridad Social en Salud (Decreto reglamentario 1889 de 1994). Con una concepción de familia claramente definida en la jurisprudencia, sería difícil darle un

nuevo punto de partida a la definición de este concepto a la condición homosexual del accionante.

Ahora, sería imposible desconocer que, a pesar que la ley 54 de 1990 tiene una unidad de materia que le impide aplicarla a los homosexuales para mal o para bien, la existencia de un decreto como el 1889 de 1994 que regula una materia afín o análoga y que, en consecuencia, puede ser objeto de analogía<sup>8</sup> al caso en comento, ya que las interpretaciones de las normas no se hacen en abstracto cuando existen el cuerpo legislativo y jurisprudencial que da las pautas para llegar a un entendimiento que consulte la integridad del ordenamiento.

En lo referente a la interpretación del principio de universalidad del sistema, es importante anotar que en ningún momento se les niega la entrada al sistema a ciertas personas por su condición de homosexuales, sino por una previsión específica que toca el concepto de *familia* y *cobertura familiar* diseñadas en el artículo 163 de la ley 100, por ejemplo, como hijos, como trabajadores independientes, entre otros. Se concluye que es acertado afirmar que el sistema no discrimina al homosexual, más bien, defiende, en consonancia con las interpretaciones del articulado constitucional, un entendimiento de *familia*.

Para terminar, está el problema del test de razonabilidad, en la medida que los magistrados disidentes consideraron

---

8 En este caso no se podría hablar de una *analogía in malam partem* porque la previsión del artículo décimo del Decreto 1889 de 1994 no establece una sanción, ni una excepción de modo que la analogía en este caso está permitida (artículo 8 de la ley 153 de 1887). Incluso, podría argumentarse que los derechos y prerrogativas no pueden ser deducidas por analogía. Isabel Cristina Jaramillo, al comentar el pensamiento de Wesley Hohfeld, indica que, “la exigencia de Hohfeld de proveer argumentos de justicia y políticas públicas cuando se pretende crear un derecho, es relevante [...] obliga a mostrar que el derecho que se reclama ha sido reconocido explícitamente y que no puede ser deducido lógicamente en fórmulas abstractas o por mera analogía, pues tales deducciones no son lógicas en absoluto” (Jaramillo, 2003: 30-31)

que éste debió ser escrito porque tenía como premisa un grupo históricamente discriminado. No obstante, esto tiene su lógica cuando se trata de derechos fundamentales o de derechos-prestación en conexión con derechos fundamentales. De ahí que el test sea estricto en casos como el de los homosexuales en las fuerzas militares, en el estatuto docente o en la conveniencia de llevar a cabo desfiles públicos, casos en los que se cruzan derechos fundamentales como el del libre desarrollo de la personalidad, el de estar libre de toda discriminación, el trato igual; pero nunca derechos que son de segunda generación en lo que el legislador tiene un amplio espectro de manipulación por el mismo mandato de la Carta Constitucional. En los casos en que están involucrados los derechos sociales, económicos o culturales, el test no puede atender solamente al *criterio sospechoso* sino tener en mente la clase de derechos que están bajo estudio y las decisiones financieras de las que depende la estabilidad de todo el sistema (Cfr. SU-810 de 1999).

Lo anterior lleva a establecer que utilizar el término *compañero/a permanente* para las parejas homosexuales es un yerro jurídico, concepto que está reservado por el momento a las parejas conformadas por un hombre y una mujer, uniones protegidas en el mundo del Derecho por leyes específicas que las contienen y nombran. Normas que, en cualquier caso, sirven de criterio de interpretación de las disposiciones que utilizan el término sin hacer referencia al sexo pero que, no por ello, desconocen la génesis de esas palabras y la trayectoria que tienen en la jurisprudencia.

Todo esto no significa un aval al desconocimiento de las parejas homosexuales como merecedoras de derechos,

de la misma manera que fueron reconocidas las heterosexuales no formalizadas por el matrimonio. Más bien, quiere poner en evidencia que en una materia excesivamente reglada como la Seguridad Social en Salud, en la que, por lo general, no se discuten derechos fundamentales y que depende de decisiones delegadas expresamente al legislador, el magistrado de la Corte Constitucional tiene un umbral muy reducido de decisión a favor de la observancia de sus competencias. Las de las demás ramas del poder público, en este caso el Congreso, no pueden ser acusadas de omisión legislativa, en la medida en que estos derechos son progresivos y están sujetos al debate democrático que toma lugar en su recinto, sin que exista un mandato taxativo que le obligue reconocer grupos específicos mientras el acceso de toda la ciudadanía, en abstracto, esté garantizado, hasta tanto no existan cortapisas específicas para que personas determinadas por su opción sexual o por su sexo hagan parte del Sistema.

### **8. Desafiando la palabra del Derecho desde otra perspectiva**

Puede decirse que los jueces escriben para solucionar conflictos, para salvar las insuficiencias de la ley. Sin embargo, la labor del legislador es más delicada, dado que éste decide qué entra en el mundo de lo jurídico y qué no, qué es una cuestión privada, qué no merece el pronunciamiento de una ley y qué tiene el suficiente peso para ganarse las palabras del legislador o del juez. Obviamente, el Congreso no actúa sin controles y sin la dirección que le marca el acto constituyente encarnado en la Constitución. Sin embargo, nadie, en términos jurídicos, lo puede obligar a legislar sobre determinadas materias, nadie, salvo sus propios miembros<sup>9</sup>. En

esta línea, ni siquiera la Corte con sus pronunciamientos puede afectar la autonomía del Parlamento, mucho menos, arrogarse su papel de legisladores que llenan los vacíos de una actividad que le corresponde en exclusiva a los congresistas y a los debates que se presentan en ellos. De esta forma, las apuestas que se llevaron a la Corte Constitucional, en especial, las que tienen que ver con la Seguridad Social en Salud, no se perdieron por un capricho de los magistrados, sino por la lógica misma del ordenamiento que impone esa respuesta cuando la materia está y debe ser regulada en exclusiva por el legislativo. Es así como el cambio de esta estrategia debe dirigirse al impulso de proyectos de ley que regulen el caso, ya sea por las normas específicas que se apliquen a la Seguridad Social, al régimen patrimonial, entre otros, o por supuestos jurídicos amplios que equiparen la expresión *compañero/a permanente* a la pareja homosexual.

La primera de las soluciones, es decir, aquella que propende por leyes especializadas para cada uno de los temas de interés, ya sea la afiliación a la Seguridad Social, el régimen patrimonial, la posibilidad de adopción, en fin, puede presentar ventajas en el trámite, por cuanto al tener temas específicos, pocos artículos que sancionar y una clara distancia con los debates de lo que se entiende por *familia*. La manera de presentar los argumentos y de realizar las discusiones se torna más accesible y fácil en un tema que levanta tanta polémica. No obstante, se corre el peligro de crear un tercer régimen (junto a las parejas unidas en matrimonio y al de las

9 Por supuesto, existen excepciones, basta leer los artículos transitorios de la Constitución, pero en la generalidad de los casos, el mismo Congreso impone las dinámicas de la materia a legislar. Incluso, existen dinámicas no completadas en el ordenamiento jurídico que pueden desembocar en una supuesta obligación de legislar sobre ciertas materias, en el caso de los grupos de presión o del clientelismo.

parejas heterosexuales que convivan en unión libre) que se convierta en otro motivo de discriminación o de inseguridad jurídica que dependa de fallos posteriores para determinar su alcance, dado que daría pie a la creación de nuevos precedentes por tratarse de temas no estudiados y, por tanto, no cobijados por la cosa juzgada.

La segunda propendería por una ley de interpretación auténtica que indique que en la expresión *compañero/a permanentemente* se entenderá incluida la pareja homosexual para todos los efectos, detalle que le abriría paso a esta unión, no sólo en la Seguridad Social y en el régimen patrimonial, sino en la posibilidad de adoptar, en las inhabilidades para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado, entre otros. Ahora, esta estrategia podría encontrar insalvables obstáculos en el tema de la concepción de la familia, cuestión que podrían evitarse con leyes específicas reseñadas como primera solución, que entraran a regular la cuestión de manera paulatina, por cuanto este aspecto, de acuerdo a las diversas lecturas que se le dio al artículo 42 de la Constitución, lecturas que van desde la interpretación de la intención del constituyente, hasta su estructura gramatical, lo más adecuado sería un acto legislativo que modificara el artículo e incluyera en su concepción de familia a la pareja homosexual, cambio que está sujeto a un proceso más largo y exigente en el Congreso y para el cual el país aún no parece estar totalmente preparado dados los diversos enfrentamientos que ha sufrido el trámite de la ley de parejas homosexuales propuesto por la Senadora Piedad Córdoba.

No debe olvidarse que las palabras en Derecho no tienen el mismo valor que las palabras comunes (Rodríguez,

1999), no sólo por su poder performativo, sino por el nivel de abstracción que alcanzan, y por su potencialidad para desdibujar la presencia de individuos de carne y hueso frente al fluir de lo jurídico. Hay que aceptar que un paso directo de la Constitución a los jueces es, en la mayoría de los casos, difícil, aunque se trate de derechos fundamentales y casi imposible, cuando las previsiones constitucionales no tienen este carácter y, por tanto, necesitan de desarrollos legales para su operatividad. Es precipitado descalificar a la jurisprudencia y a su autor de manera tajante, más, cuando se observa que la Corte Constitucional, en el caso concreto, depende, en su mayoría, en las palabras de la ley, salvo en los casos en que los derechos pendientes de desarrollo en conexidad con un derecho fundamental.

Las leyes deben poseer ciertas virtudes, una de ellas es la concreción, el lenguaje jurídico más directo y la posibilidad de acceder a los debates de la misma en comisiones, cámaras y plenarios. Tras ella, encontramos a los representantes de los partidos, de las etnias y de las regiones, la dialéctica de la argumentación y la contra argumentación. Lo que quiero anotar es la insensatez de cifrar las esperanzas en un único movimiento del aparato jurídico, ya sea de la Corte Constitucional o del Legislador, en la medida en que la labor eficiente y eficaz debería estar encaminada, primero a la formación de la *opinión pública* capaz de adelantar un debate de altura en el Congreso, con miras a discutir y reproducir ese proyecto en el *público fuerte* (Fraser, 1997) y luego, a la protección de estos derechos ganados en el debate democrático ante una rama Judicial que será capaz de resolver los casos difíciles o de integrar las normas pertinentes en los vacíos del

legislador. En fin, es esencial que los homosexuales ganen el derecho a la afiliación de la pareja a la Seguridad Social en Salud (a la manera de los *compañero/as permanentes* o por medio de la creación de una nueva categoría) en el ámbito del Parlamento, dadas las especiales características del mismo (derecho de prestación, dependiente de un desarrollo del legislador, que no puede ser otorgado, ni protegido automáticamente por la Corte Constitucional, sino en la medida en que éste sea desarrollado por la ley), por cuanto la estrategia desplegada ante los jueces agotó sus posibilidades de éxito en vista de que las ramas no pueden desconocer mutuamente sus campos de acción.

La formulación de la citada ley es necesaria para formalizar conquistas, sin embargo, no debe olvidarse que tal formulación va a seguir pronunciamientos jurisprudenciales, casos difíciles y afectación a otras concepciones jurídicas como la de *familia* y su consiguiente derecho a la adopción. Por ese motivo la ley que debe proponerse en el Congreso, ya sea exhaustiva o general, debe proceder en un juicioso análisis de los interesados, de períodos de concentración y de discusión de las posibles consecuencias de enarbolar una u otra estrategia, porque de allí en adelante, una vez que se sancione la norma, el avatar de la misma entra en los linderos del derecho, sistema que con su propia lógica puede arrojar soluciones inesperadas, puesto que

[...] con la lectura aparece la posibilidad del comentario universalizante, que da comienzo a las reglas y especialmente a principios *universales*, y aparece también la posibilidad de la transmisión objetiva -mediante un

aprendizaje metódico- y generalizada más allá de las fronteras espaciales (entre territorios) y temporales (entre generaciones) [...] el derecho escrito favorece de manera progresiva la autonomía del texto, que se comenta y se interpone entre los comentaristas y la realidad. Desde ese momento se hace posible lo que la propia ideología legal describe como *ciencia jurídica*, es decir, una forma particular de conocimiento sabio, dotado de sus normas y de su lógica interna, y capaz de producir todos los signos exteriores de la coherencia racional [...] (Bourdieu, 2002: 207-208).

## Bibliografía

Bourdieu, Pierre. 2002. “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*. Teubner, G. y P. Bourdieu. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Fraser, Nancy. 1997. “Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postcolonialista”*. Bogotá: Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores.

Jaramillo, Isabel Cristina. 2003. “Instrucciones para salir del discurso de los derechos”, en *La crítica de los derechos*. Brown, W. y P. Williams. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

López Medina, Diego Eduardo. 2001. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis S.A.

Williams, Patricia. 2003. “La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos”, en *La crítica de los derechos*. Brown, W. y P. Williams. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

Rodríguez, César. 1999. *Teoría del derecho y decisión judicial*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

