



Consejo Superior  
de la Judicatura  
Sala Administrativa

Escuela Judicial  
“Rodrigo Lara Bonilla”

# Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

## Área Constitucional

República de Colombia

**PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**  
**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**  
**SALA ADMINISTRATIVA**

**Presidente**

HERNANDO TORRES CORREDOR

**Vicepresidente**

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

**Magistrados**

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ

RICARDO MONROY CHURCH

**ESCUELA JUDICIAL**  
**“RODRIGO LARA BONILLA”**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES

**Directora**

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE

**Coordinador Académico**

**Programa de Investigación Académica**

# **INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA**

**ÁREA DE CONSTITUCIONAL**

DIEGO LÓPEZ MEDINA

*Para ELM*



# PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

## Programa de Investigación Académica

### PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor y la autoría del doctor DIEGO LÓPEZ MEDINA, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados en por los y las discentes del IV Curso de

Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Funcionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

### **Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”**

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discentes, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.

- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interactúa. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y

formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

## Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un aprendizaje activo diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

## Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de aprendizaje social como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks” .

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

## **Currículo integrado-integrador**

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de núcleos problemáticos, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no

puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

## **Aplicación de la Nuevas Tecnologías**

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico [escuelajudicial@ejrlb.net](mailto:escuelajudicial@ejrlb.net) los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

# **CONTENIDO**

## **ÁREA CONSTITUCIONAL**

- 3** LA REVOLUCIÓN SILENCIOSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS Y PAREJAS HOMOSEXUALES EN COLOMBIA: UNA APRECIACIÓN DE CONJUNTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ENTRE 1994 Y 2011
- 13** IMÁGENES DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: ¿ES POSIBLE SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE LA CONDUCTA HOMOSEXUAL?
- 33** ¿PUEDEN LAS PAREJAS HOMOSEXUALES SER RECONOCIDAS EN COLOMBIA COMO UNIÓN MARITAL DE HECHO-UHM (LEY 54 DE 1990)?
- 47** ADOPCIÓN, SALUD, PENSIONES, ALIMENTOS, SUCESIONES Y OTROS DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PAREJA HOMOSEXUAL EN COLOMBIA.
- 69** LA VISITA CONYUGAL: UNA MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE LOS RECLUSOS EN COLOMBIA
- 87** IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE INSTAURAR ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DICTADAS EN UN PROCESO DE TUTELA PREVIO
- 103** BARRERAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS PARA LA PRÁCTICA DEL ABORTO EN COLOMBIA

**141** LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA PARA LA PRESTACIÓN  
DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO 141

**159** LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LAS DECISIONES DE LA  
JURISDICCIÓN DE PAZ 159

**179** LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN SALUD:  
ANÁLISIS DE LA AMPLIACIÓN DEL POS POR VÍA  
JURISPRUDENCIAL 179

# LA REVOLUCIÓN SILENCIOSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS Y PAREJAS HOMOSEXUALES EN COLOMBIA: UNA APRECIACIÓN DE CONJUNTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ENTRE 1994 Y 2011

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luciano Villa Vallejo, Edder Sánchez Calambas, Víctor Andrade Garzón, Libardo Herrera Parrado, Gloria Ordoñez de Ibarra, Lina Arbeláez Giraldo, Beatriz Franco Isaza, Ana Sánchez Gaviria, Víctor Saldarriaga Cardona, Enrique Cubides Amezquita, Laura Castro Ortiz, Patricia Mercado Lozano, Olga Guio Díaz, Lina Álvarez Gómez, Katherine Rolong Arias, Carolina Laverde López, Diana Cruz Orduña. en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1 • LA HOMOSEXUALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Las expresiones “homosexual”, “homosexualismo” y “homosexualidad” no aparecen dentro del texto de la Constitución de 1991 ni fueron tema sistemático de reflexión en la Asamblea Constituyente. A la altura de 1991 en Colombia dominaba una visión religiosa y social tradicional del fenómeno<sup>1</sup>: ambas fuerzas terminaron por solidificar prejuicios sumamente acendrados que impedirían reconocer, por algún tiempo al menos, la plenitud de derechos a la persona, a la pareja y a la familia fundadas en la homosexualidad. Podría decirse que, para la época, la cuestión de la discriminación basada en la orientación o preferencia sexual no estaba incluida aún dentro de la agenda prioritaria del constitucionalismo colombiano. Ningún texto constitucional parece referirse a ella de forma explícita: por el contrario, según muchos, el reconocimiento explícito en el artículo 42 de que la *familia* se forma exclusivamente “por la decisión libre de un hombre y de una mujer” implicaría que la Constitución ofrece una marcada, si no exclusiva, protección a la relación heterosexual y heterosexual. Según esta visión, pues, la Constitución de 1991

<sup>1</sup> Para la época, además, dominaba una marcada angustia con relación a los impactos sociales y personales del HIV-SIDA en la población homosexual. Tomo como ejemplo paradigmático de las percepciones de este período la traducción y publicación al español de la trilogía de novelas autobiográficas del escritor francés Hervé Guibert con su sombrío intimismo: “Al amigo que no me salvó la vida” (1990), “El protocolo compasivo” (1992) y “El hombre del sombrero rojo” (1992)

estableció un derecho que parece obligar a los sujetos a ser heterosexuales si pretenden plena incorporación a los beneficios plenos de la ciudadanía.

### **1.1 La jurisprudencia temprana de la Corte y la exclusión de la pareja homosexual de la Unión Marital de Hecho (1994-1998)**

Esta posición tradicional fue confirmada, en términos generales, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de los años noventas que, salvo algunas excepciones de las que se hablarán luego, no fue particularmente protectora de los derechos de la persona o, menos aún, de la pareja homosexual. Esta posición temprana de la jurisprudencia terminó consolidándose en la sentencia más importante de todo ese período y que terminó teniendo efectos concretos por largo tiempo (hasta el 2007) cuando el criterio judicial habría de variar: nos referimos a la sentencia C-098 de 1996<sup>2</sup> en la que se pidió la inexequibilidad parcial de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 mediante la cual se habían fijado las condiciones y consecuencias de la formación de una “Unión Marital de Hecho” (en adelante UMH) entre compañeros permanentes.

El reconocimiento legal de los efectos patrimoniales y personales de una unión de pareja estable pero sin vínculo matrimonial fue un acontecimiento jurídico y social de gran importancia en Colombia porque cambió los niveles de protección de estos “compañeros permanentes” cuando había disolución o desestabilización de la pareja. La Ley de 1990, como era de esperar en el contexto colombiano, determinó que sólo podría acceder al reconocimiento de UMH la pareja formada por un hombre y una mujer: sólo la pareja heterosexual podía llegar a este nivel de reconocimiento institucional de derechos y prerrogativas.

Pero mientras ello ocurría, en el país crecía de manera constante el número de parejas *homosexuales* que, enfrentados a los mismos dilemas de estabilidad y certeza de sus derechos, buscaban acceder al régimen legal de “unión marital de hecho”, como ocurría con las uniones heterosexuales por el simple ministerio de la ley y siempre que se cumplieran con los requisitos allí exigidos. Debido a la definición restringida de la Ley 54 (para algunos “natural”, para otros “discriminatoria”), las parejas homosexuales se veían obligadas a acudir al principio de autonomía de la voluntad privada para diseñar y

<sup>2</sup> C Const. C-098 de 1996. E. Cifuentes Muñoz

celebrar contratos civiles que cumplieran algunas de las funciones de la “unión marital de hecho”. El desarrollo de este esquema negocial creció en utilización y complejidad jurídica hasta llegar a formar lo que en escrituras notariales se denominó “régimen patrimonial y de convivencia de pareja homosexual”.<sup>3</sup> La demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 54 de 1990 fue presentada por un connotado líder del movimiento LGBT en Colombia y buscaba la extensión de la UMH a las parejas homosexuales en virtud de principios constitucionales establecidos en 1991, fundamentalmente el derecho a un trato igualitario. La Corte Constitucional, en una sentencia compleja por sus ambivalencias, rechazó el argumento e indicó que la diferencia de trato no era inconstitucional por el momento ya que la Ley no traslucía intención discriminatoria contra los homosexuales sino de garantía a la mujer-concubina de las tradicionales y mayoritarias relaciones heterosexuales y que una hipotética extensión del régimen a la pareja homosexual le correspondía al legislador democrático y no a la Corte por vía de interpretación constitucional. En consonancia con esta orientación se intentó en diferentes momentos (en 2003 y luego en 2007) la aprobación de una ley de “uniones homosexuales” que, sin embargo, nunca llegó a pasar en el Congreso de la República.

## **1.2 La orientación sexual como categoría sospechosa para la diferenciación normativa: el comienzo del cambio jurisprudencial.**

Los derechos de las personas y de las parejas homosexuales, por tanto, no habían logrado mayores avances en el derecho judicial colombiano. Hacia 1998 empezó a darse, empero, una nueva visión en la jurisprudencia basada en la idea de que los homosexuales son un grupo social que merece especial protección por ser víctimas de prejuicios que afectan severamente el reconocimiento y disfrute de derechos fundamentales en condiciones de igualdad. La distinciones legislativas basadas en la orientación sexual empezaron a ser vistas por la jurisprudencia como una “categoría sospechosa” y, por tanto, ilegítima, a menos que se probara de forma muy estricta la justificación constitucional de la diferenciación. Hasta entonces, la exclusión de personas y parejas homosexuales de distintas formas de protección estatal de los derechos había sido considerada como un reflejo natural e incuestionado

3 Para ver una narrativa del desarrollo de este modelo negocial puede leerse el recuento del abogado y activista Germán Rincón Perfetti. *“Matrimonio” homosexual en Colombia*, S/F. Disponible en [http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/4\\_german\\_rincon\\_perfetti.pdf](http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia1/4_german_rincon_perfetti.pdf)

de percepciones sociales ampliamente difundidas cuya justicia básica no era puesta en duda. Este cambio fundamental de paradigma (de la “naturalidad” a la “sospecha” podría decirse) se dio en la sentencia C-481 de 1998<sup>4</sup> que, sin duda, inauguró en Colombia una tendencia protecciónista y garantista del derecho de las personas homosexuales. Aunque la sentencia tuvo efectos restringidos al caso concreto (en materia de sanciones disciplinarias por actos homosexuales a los docentes del sector público), su amplia y bien documentada motivación ha servido desde entonces como cantera ideológica y argumentativa a una posición que considera que la Constitución de 1991, en todo caso, sí tenía dese el inicio suficientes elementos textuales y estructurales para dar amplia protección a los derechos fundamentales de personas y parejas homosexuales. Esta nueva posición garantista se ha construido, fundamentalmente, a partir de los artículos 1º (principio de respeto a la dignidad humana), 13 (principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) de la Carta como libertades estructurales que protegen la diversidad de orientación y preferencia sexuales.

### **1.3 Hacia una protección jurisprudencial integral de la persona y de la pareja homosexual (2007-2011)**

Estos avances en la sentencia de 1998 han servido como fundamento para una tercera etapa jurisprudencial que, iniciada apenas en 2007, ha generado en pocos años una de las revoluciones más silenciosas y profundas en la protección de derechos. Esta revolución jurídica, con fuente fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no ha recibido la atención que merece y desafortunadamente continua invisible para muchos ciudadanos, abogados y jueces. Vale la pena recordar entonces como se inició: luego de los esfuerzos fallidos en sede legislativa, la Corte Constitucional resolvió reabrir el tema de la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 para encontrar, esta vez, que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen de UMH constituía una omisión inconstitucional del legislador que la Corte podía (y debía) remediar directamente. Esta declaración extendió los efectos patrimoniales de la Ley 54 a las parejas homosexuales que cumplan con los requisitos de Ley. La sentencia C-075 de 2007<sup>5</sup> redefinió, por tanto, el concepto de UMH y de “compañeros permanentes”. Pero esta redefinición tenía un efecto potencialmente

4 C Const. C-481 de 1998. A. Martínez Caballero.

5 C Const. C-075 de 2007. R. Escobar Gil.

muy amplio sobre todo el ordenamiento jurídico ya que la expresión “compañero permanente” es un elemento normativo utilizado con enorme frecuencia en derecho colombiano para determinar el ámbito de aplicación de muy variadas normas. Esta redefinición del concepto tenía, por tanto, efectos potenciales amplísimos en todas las ramas del derecho: civil, comercial, laboral, penal, seguridad social y así con un larguísimo etcétera. Esta redefinición podría, por tanto, modificar aspectos esenciales de un sistema jurídico que expresaba una enorme preferencia por la heterosexualidad normativa.

La Corte Constitucional, empero, buscó regular el ritmo de esta reconversión del derecho colombiano. Hubiera podido afirmar que la redefinición de la UMH y del concepto de “compañero permanente” operaba de forma automática en toda norma que incorporara ese concepto. Algun magistrado pensó que este debía ser el impacto de la sentencia del año 2007.<sup>6</sup> La opinión mayoritaria de la Corte, empero, optó por una estrategia más lenta y pausada (que en todo caso ha sido vertiginosa en los últimos años): según la sentencia C-075 de 2007 la ampliación del significado de compañero permanente sólo podía aplicarse al régimen específico de “efectos civiles” causados por el reconocimiento de una UMH según las disposiciones de la Ley 54/90 y sus modificaciones (Ley 979 de 2005); más adelante, en la C-029 de 2009<sup>7</sup> la Corte hizo algunas precisiones de “técnica constitucional” para decir que la extensión de la *ratio decidendi* de la C-075/2007 no era automática y que, por tanto, era preciso revisar en sede de constitucionalidad cada norma donde el legislador hubiera usado el concepto de “compañero permanente” para verificar si, en el caso concreto, la distinción entre pareja heterosexual y pareja homosexual resultaba justificada o no. Si no lo era, la Corte haría extendería el significado de “compañero permanente” (u otras expresiones análogas) de forma específica para cada norma según se fueran presentando a su conocimiento en acciones públicas de inconstitucionalidad. Con estas precisiones de “técnica constitucional” la Corte Constitucional terminó señalando la

<sup>6</sup> Véase el salvamento de voto a la C-075/07 de Jaime Araujo Rentería en el que afirma lo siguiente: “En mi criterio, en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término “efectos civiles” es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve sólo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales.”

<sup>7</sup> C Const. C-029 de 2009. R. Escobar Gil.

estrategia jurídica que habría de seguir el movimiento social de la comunidad LGBT, por un lado, y, por el otro, las ONG's de derechos humanos que, sin un enfoque diferencial, se han interesado también por el tema.

Esta estrategia del caracol ha originado, por tanto, un importante incremento de sentencias de constitucionalidad donde los demandantes construyen una “proposición jurídica completa” a caballo entre los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 y la norma jurídica específica que, en cualquier campo jurídico, utiliza el elemento normativo de “compañero permanente”. El cargo de inconstitucionalidad del demandante usualmente afirma que en estos casos la distinción legislativa entre pareja homosexual y heterosexual no tiene justificación constitucional. De forma igualmente típica, la Corte responde por la afirmativa y declara la exequibilidad de la norma impugnada siempre y cuando que se entienda que la expresión “compañero permanente” cubre también a las parejas homosexuales. Esta estrategia de eliminación paulatina de la homofobia legal le ha permitido a la Corte realizar un trabajo de verificación y certificación concreta de la constitucionalidad de cada norma acusada. Esta estrategia ha buscado proteger la voluntad del legislador al que se le imputa la posibilidad de hacer diferenciaciones en el trato entre parejas homosexuales y heterosexuales: la diferenciación no se presume inconstitucional de entrada sino que se tiene que probar, para el caso concreto, si existe o no razón suficiente que la justifique. Esta estrategia obliga, por tanto, a revisar cuidadosamente un importante volumen de sentencias en que los demandantes, la Corte y la sociedad han emprendido este ejercicio de examen del derecho heteronormativo.

La estrategia así planteada ha resultado prudente y, hasta ahora, efectiva. No es fácil imaginar, como lo pretendía el Magistrado Araújo, cómo habría de proceder la Corte, *sua sponte*, a integrar al proceso de la C-075/07 todas las normas jurídicas que discriminaban implícitamente a la pareja homosexual. Con esta técnica la Corte ha solicitado y obtenido el concurso de la sociedad civil para ir extendiendo poco a poco el trato igualitario a la pareja homosexual, por medio de demandas subsiguientes, en todas las ramas del derecho. Pero es preciso reconocer, de otro lado, que la técnica tiene sus defectos notorios: en primer lugar, crea un número importante de sentencias de extensión del precedente de la T-075 que inducen a la confusión a jueces y abogados y generan una igualación fragmentaria de los derechos de la pareja

homosexual. De otro lado se ha podido constatar que la justificación de la Corte para examinar caso a caso las normas legales es parcialmente vacía: según la Corte ello se justifica porque, en principio, el legislador podría tener motivos legítimos para diferenciar entre pareja heterosexual y homosexual, concediendo derechos a la primera y negándolos a la segunda. Pero este argumento abstracto, sin embargo, no ha encontrado ningún ejemplo concreto que lo sustente: las sentencias posteriores de extensión del precedente de la C-075/07 hacen, es cierto, un examen de cada norma, pero al día de hoy no han encontrado un buen ejemplo de cuándo el legislativo distinguió legítimamente por oposición a discriminar ilegítimamente. Si el propósito era salvar la autonomía legislativa, es preciso concluir que no se ha salvado mucho. Esas normas, pues, no eran el resultado de diferenciaciones pensadas entre parejas homosexuales y heterosexuales: constituyán, más bien, la imposición “natural” de una forma social de ver las cosas en la que la pareja, por muchas razones, estaba constituida por un hombre y una mujer.

Dentro de este grupo de sentencias hay que resaltar, en primer lugar, la C-029 de 2009 que constituye hasta hoy el esfuerzo más integral de revisión del derecho colombiano en términos de igualación de las parejas homosexuales. Dentro de la misma lógica general, pero focalizadas en temas específicos, hay que mencionar las sentencias C-811/07<sup>8</sup> (sobre afiliación de compañero permanente al sistema nacional de salud), la C-336 de 2008<sup>9</sup> (sobre sustitución pensional de compañeros permanentes) y la C-283/11<sup>10</sup> (sobre la porción conyugal en sucesiones). Estos macro-momentos pueden integrarse en la siguiente gráfica:

<sup>8</sup> C Const. C-811 de 2007. M. G. Monroy Cabra.

<sup>9</sup> C Const. C-336 de 2008. C. Vargas.

<sup>10</sup> C Const. C-283 de 2011. J. Pretelt Chaljub

# 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

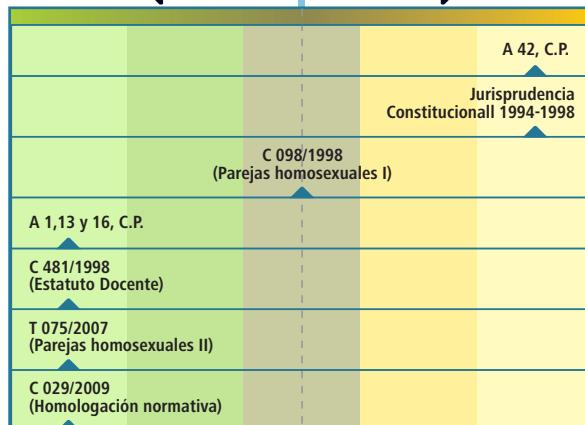
¿Cuál es el nivel de protección constitucional en Colombia de la orientación o preferencia sexual?

## TESIS A

La homosexualidad es una categoría sospechosa de distinción que usualmente es usada con fines discriminatorios.

## TESIS B

El homosexualismo es una condición anormal cuyo desincentivo legal está permitido.



# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con este repertorio de temas, por tanto, es necesario ordenar estas sentencias relacionadas con la persona y la pareja homosexual en líneas juríprudenciales diferenciadas que nos permitan ver el desarrollo de cada aspecto concreto según la “técnica constitucional” fragmentada y casuista que ha planteado la Corte a partir de 2007. En ese orden de ideas parece conveniente hacer la siguiente diferenciación temática:

1. Estudiar, en primer lugar, la jurisprudencia temprana de la Corte en materia de homosexualidad en instituciones educativas, castrenses y notariales para entender, a profundidad, cuál es la imagen y construcción del “homosexual” presente en esas sentencias y cómo la Corte ha venido variando su conceptualización al respecto. Estas sentencias, al día de hoy, tienen cierta importancia en el estudio de si resulta constitucional la tipificación (especialmente disciplinaria) de “comportamientos homosexuales”.
2. De lejos el principal campo de batalla sobre los derechos de la pareja homosexual se ha dado en relación al tema del reconocimiento o no de la aplicabilidad del régimen de Unión Marital de Hecho. Resulta fundamental estudiar, por tanto, el cambio jurisprudencial efectuado entre las sentencias C-098/96 (en adelante, Pareja homosexual I”) y la C-075/97 (“Pareja homosexual II”) y las implicaciones que ello ha tenido en el derecho colombiano.
3. Desprendiéndose de esta discusión fundamental es necesario estudiar de la forma más comprehensiva posible la extensión o no de los conceptos de “compañero permanente” y análogos a la pareja homosexual en diferentes nichos de litigio fundamentales:
  - 3.1. Adopción;
  - 3.2. Seguridad social en salud- afiliación del compañero homosexual al régimen contributivo del sistema general de salud;

- 3.3. Seguridad social en pensiones- compañero homosexual como beneficiario de la pensión de sobrevivientes;
- 3.4. Obligación alimentaria y aplicación del delito de inasistencia alimentaria entre compañeros homosexuales;
- 3.5. Derechos sucesorales del compañero homosexual por porción conyugal;
- 3.6. Y, finalmente, el importante cajón de sastre contenido en las cuantiosas y diversas homologaciones normativas realizadas en la sentencia C-029/09.

Estos temas se tratarán en cada uno de los capítulos subsiguientes. Consideramos que era necesario, antes de entrar en ellos, realizar este recorrido general sobre el tema para que el lector llegue a las líneas jurisprudenciales específicas con una orientación clara.

# IMÁGENES DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: ¿ES POSIBLE SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE LA CONDUCTA HOMOSEXUAL?

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luciano Villa Vallejo, Edder Sánchez Calambas, Víctor Andrade Garzón, Libardo Herrera Parrado, Gloria Ordoñez de Ibarra, Lina Arbeláez Giraldo, Beatriz Franco Isaza, Ana Sánchez Gaviria, Víctor Saldarriaga Cardona, Enrique Cubides Amezquita, Laura Castro Ortiz, Patricia Mercado Lozano, Olga Guio Díaz, Lina Álvarez Gómez, Katherine Rolong Arias, Carolina Laverde López, Diana Cruz Orduña. en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1 • INTRODUCCIÓN

Una cierta visión social tradicional del “homosexual” se refleja en los primeros casos y controversias que fueron conocidos por la Corte Constitucional (entre 1994 y 1998). En estas sentencias se expresa una cuidadosa, quizás calculada, ambivalencia frente a la temática: se acepta, en teoría, que la persona homosexual no puede ser abiertamente discriminada (¡como no podría ser de otra forma!) pero no se procede, en el caso concreto, a proteger su derecho porque se estima, casi siempre, que el tratamiento diferencial no era realmente discriminatorio ni ilegal porque la sanción, el daño, el castigo o la desventaja de la que se queja el demandante no tenía una motivación homofóbica (impermissible) sino cualquier otra (usualmente permisible). En la transición entre las dos afirmaciones se cuelan, de todas formas, imágenes, opiniones y prejuicios desfavorables sobre la homosexualidad. Cabe anotar, por demás, que esta es una de las formas típicas en la que opera la discriminación (de cualquier tipo): realiza los actos perjudiciales pero niega la motivación prejuiciosa (contra la firme percepción en contrario que tiene el discriminado).

El gráfico que se presenta a continuación recoge la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional originada en reclamaciones por

afectación de los derechos fundamentales de las personas homosexuales en contextos castrenses, educativos y notariales. En estas decisiones, se imponen sanciones a este grupo poblacional por su condición homosexual o por comportamientos homosexuales:

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Puede sancionarse disciplinariamente el homosexualismo?

**TESIS A**  
NO, los actos ni mucho menos la condición homosexual puede ser sancionada.

		T 097/1994 (Tutela de policía I)	
		T 539/1994 (Cuña beso homosexuales)	
		T 561/1994 (Muchacho maquillado)	
		T 037/1995 (Escuela de policía II)	
C 481/1998 (Estatuto docente)			
C 373/2002 (Estatuto notarial)			

**TESIS B**  
Sí, la condición homosexual o los actos homosexuales son disciplinariamente sancionables.

# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En estos casos, que van de 1994 hasta 2002, se revisa la constitucionalidad de tipificaciones disciplinarias de la conducta homosexual en la Policía Nacional y otros cuerpos armados, en manuales de convivencia y disciplina de establecimientos educativos, en el Estatuto de los Docentes y en el Estatuto Notarial. El problema jurídico consistirá siempre en examinar si tales tipificaciones disciplinarias pueden realizarse sin violar principios constitucionales imperativos.

Pero no solamente la Corte de la época estaba inmersa en ese ambiente cultural y jurídico. En los primeros casos que inauguran discusiones constitucionales sobre la discriminación basada en orientación sexual en Colombia los demandantes, de hecho, no se quejan de ser víctimas de tal forma de discriminación basada en su orientación sexual sino en el hecho de que se les haya imputado, precisamente, la comisión de “deshonrosos” comportamientos homosexuales. Tal dinámica es similar al emblemático caso estadounidense de *Plessy v. Ferguson*<sup>11</sup> donde un ciudadano se queja de haber sido expulsado de un vagón “sólo para blancos”, no porque la discriminación racial lo ofendiera, sino porque él fue erróneamente calificado como “negro”. Los demandantes colombianos, de la misma manera, no desafían la tipificación disciplinaria del homosexualismo; se encuentran indignados que se les califique de homosexuales incluso en casos donde, como se verá en un momento, la negación de la homosexualidad es interpretada con sombra de sorpresa<sup>12</sup> e, incluso, con abierta hostilidad<sup>13</sup>.

## 3.1 Disciplinando el homosexualismo en ambientes castrenses

En un caso colombiano de 1994 originado en la Escuela de Carabineros de Villavicencio ocurrió algo similar al fenómeno que se acaba de explicar: el demandante no se queja por haber sido discriminado por homosexual, sino por haber sido catalogado como “homosexual” en detrimento

<sup>11</sup> *Plessy contra Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>12</sup> C Const. T-097/94. E. Cifuentes Muñoz.

<sup>13</sup> C Const.T-037/95. J. G. Hernández Galindo

de su buen nombre. En este caso, resuelto en la sentencia T-097/94, el demandante (un estudiante de una Escuela de formación de la Policía) alega que ha habido violación de su derecho al buen nombre ya que fue expulsado por presuntos comportamientos homosexuales que él niega ya que, según su versión, se encontraba en el camarote de su amigo “compartiendo unas golosinas”. Un tercero que los vio los acusó de actos homosexuales por lo que se inició un proceso disciplinario que terminó con la expulsión del demandante conforme lo establecido en la norma disciplinaria vigente para la época (Decreto 100 de 1989). Obsérvese que, si esos fueron en realidad los hechos como afirma la investigación disciplinaria de la Policía, se trataría de actividad sexual consensual entre adultos que parece haber molestado a un tercero. En el Decreto 100/89, de todas formas, se sancionaba con expulsión la “realización de prácticas homosexuales”.

En este caso la Corte concede la tutela por violación al debido proceso administrativo de expulsión y, sólo subsidiariamente, al derecho al buen nombre y a la educación. Según la Corte, la Ley aplicable (Decreto 100 de 1989) autorizaba un procedimiento sancionatorio “breve y sumario”. Pero la realización del mismo fue defectuosa ya que, primero, nunca se practicaron las pruebas pedidas por el disciplinado en su legítimo derecho a la contradicción probatoria, y, segundo, porque del “afeminamiento” o “amaneramiento” del estudiante se extrajeron indicios de homosexualidad que develaban un cierto prejuicio contra la persona y no, como se debió haber hecho, la comprobación objetiva de la comisión de actos que afectaran el servicio. Dados estos defectos probatorio, el debido proceso administrativo se prestó para expresar el prejuicio social (especialmente arraigado en instituciones castrenses) contra el homosexualismo. Se trató, en últimas, de un derecho sancionatorio del autor y no del acto.

Sobre el tema de si los actos homosexuales pueden ser reprimidos disciplinariamente en las escuelas y cuarteles de la Policía, la Corte intentó expedir una sentencia paradigmática, siguiendo en aquel entonces las soluciones que para la época ofrecía el derecho constitucional de los Estados Unidos. De allí llegó incluso a pronunciarse sobre si los homosexuales pueden o no pertenecer a las Fuerzas Armadas. Esta ambiciosa sentencia, empero, no ha tenido las consecuencias sistémicas previstas en la regulación de este tema que sigue siendo dominado por reglas sociales no escritas (que todo el

mundo conoce cuando ingresa a las Fuerzas Armadas) y no por argumentos explícitos de derecho constitucional. Según la Corte, en una serie de máximas muy comprimidas,

"31.4. Es, pues, indispensable, encontrar un punto de equilibrio que proteja los derechos fundamentales de las personas pero, al mismo tiempo, consulte las necesidades institucionales propias del cuerpo armado. A continuación se presentan algunos elementos de juicio que intentan esta ponderación de intereses:

31.4.1. La prohibición de llevar a cabo prácticas sexuales de todo tipo dentro de la institución armada, se justifica por razones disciplinarias.

31.4.2. La condición de homosexual no debe ser declarada ni manifiesta. *La institución tiene derecho a exigir de sus miembros discreción y silencio en materia de preferencias sexuales.*

31.4.3. La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado."<sup>14</sup>

Con estas afirmaciones la Corte parece dejar a salvo varios puntos: en primer lugar, que sí hay un interés estatal legítimo en prohibir *todo tipo de* prácticas sexuales dentro de la institución armada, siempre y cuando no estén dirigidas exclusivamente a la conducta homosexual. En segundo lugar, por tanto, el disciplinamiento de tales conductas, pero especialmente de las homosexuales, no puede provenir de un juicio moral sino de la comprobación objetiva que se han afectado valores protegidos, tales como la disciplina propia de un cuerpo armado. Estas expresiones son interesantes porque buscan construir un derecho disciplinario más neutral con relación a las preferencias sexuales. Pero llama la atención, en todo caso, el establecimiento de una política de "discreción" para los homosexuales que no está prescrita

<sup>14</sup> C. Const. T-097/94. E. Cifuentes.

para los heterosexuales. Aquí la Corte no ordena discreción para “todo tipo” de orientación, sino exclusivamente para la homosexual. Esta restricción es particularmente llamativa porque la manifestación abierta de la orientación heterosexual es socialmente aceptable pero no así de la homosexual.

Culmina la Corte su análisis:

“Es importante subrayar que la Sala, en modo alguno, prohíja el homosexualismo en los cuarteles y escuelas de policía. Entiende, eso sí, que el homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable. Otra cosa ocurre con las prácticas sexuales, dentro de cuarteles y escuelas, así como con las demás manifestaciones externas de este tipo de conducta que, si interfieren con los objetivos, funciones y disciplina, legítimamente instituidos, bien pueden ser objeto de sanción.”<sup>15</sup>

Pero esta opinión mayoritaria de una Sala de Tutela, como es natural, no podía acabar la polémica. En aclaración de voto, uno de los magistrados termina con una contundente y controversial afirmación que demuestra que el tema no era pacífico:

“Debo aclarar mi voto en el sentido de que tal reivindicación del debido proceso no la entiendo opuesta al derecho inalienable que tienen *todas las instituciones* -en especial las fuerzas militares y de policía, dada su función- a impedir que entre sus miembros haya homosexuales.” Para el Magistrado Hernández, pues, la *ratio decidendi* de la sentencia radica estrictamente en comprobar que no se probó dentro de un nivel adecuado de debido proceso que el estudiante había cometido conductas homosexuales; pero, dicho esto, deja fuera de duda que la ley las pueda prohibir, hasta el punto de poder excluir a las *personas homosexuales* de las Fuerzas Armadas.

Esta tendencia decisional, sin embargo, no habría de ser conservada por mucho tiempo. En la sentencia T-037 de 1995 otro policial, también expulsado de la institución, se queja por violación de su buen nombre; esta vez la Corte, en una Sala de Decisión diferente, respalda la sanción, a pesar de que el hecho sancionado parece haberse realizado en una casa de habitación

<sup>15</sup> C Const. T-097/94. E. Cifuentes. Considerando 31.4.

privada, entre adultos y con pleno consentimiento y, por tanto, sin ninguna afectación posible de los objetivos, funciones y disciplina de la Policía como lo exigía el precedente mayoritario de la T-097/94. Aquí la Corte, por tanto, parece tomar como precedente la *ratio decidendi* del salvamento de voto de Hernández. De igual forma la Corte asume que la nueva tipificación disciplinaria que reemplazaba al Decreto 100 de 1989 (“adoptar modales no acordes con las buenas costumbres y el respeto debido”<sup>16</sup>) podía ser adecuadamente usada para sancionar el comportamiento homosexual. No es fácil imaginar cómo esta norma se aplicó en el caso concreto a un presunto contacto sexual íntimo, consensual y, además, extramural. Para justificar el fallo, la Corte además termina describiendo al demandante como un acosador homosexual: podría decirse que “fue por lana y salió trasquilado”. Esta caracterización de la Corte parece exagerada porque fue mucho más allá de los hallazgos de la investigación disciplinaria: allí se hablaba exclusivamente de la “ejecución de actos homosexualismo” que habían causado daño, no a los acosados (lo cual sería legítimo sancionar, por demás), sino “a la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional”. La Corte de Derechos Fundamentales extiende significativamente la imputación disciplinaria hasta el punto de afirmar que había un patrón de acoso homosexual.

Quedémonos un momento con los resultados de la investigación de la Policía para preguntarnos ¿cómo puede un acto homosexual íntimo, consensual y por fuera de la institución causar daño a la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional? Este es el centro de la argumentación del salvamento de voto del Magistrado Carlos Gaviria. El caso revela, por estas razones, un abierto prejuicio homofóbico en la Policía pero, peor aún, en la propia sentencia de la Corte de protección de derechos fundamentales. El argumento según el cual se trata de un acto de acoso homosexual es tenue en las probanzas practicadas y así lo manifiesta el salvamento de voto del Magistrado Gaviria.

### **3.2 Dos imágenes del homosexual en la jurisprudencia temprana de la Corte (1994-1998)**

Estas sentencias tempranas, en sus momentos más desprevenidos y, por ello mismo, más reveladores, prestan la voz del juez constitucional para hacer las afirmaciones en las que se concentra, de forma tanto abierta

<sup>16</sup> Según la expresión del Decreto 2584 de 1993.

como oblicua, el prejuicio contra la persona homosexual. Así, en las palabras del psiquiatra forense que participara como perito en un caso: “[...] si se pretende educar a la población, no hay que recurrir a ese tipo de manifestaciones desviadas del erotismo”<sup>17</sup>. O, en una expresión más compleja y sutil de la Corte misma: “[...] debe concluirse que los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia.”<sup>18</sup>

Estas citas muestran dos visiones subyacentes de la homossexualidad en la jurisprudencia de la Corte: una primera, de inspiración religiosa, simplemente ve al homosexual como un comportamiento desviado y anormal. De aquí extraen la creencia que la negación de los derechos, basado exclusivamente en la persona, no es un hecho discriminatorio sino una herramienta adecuada de disciplina social que incentiva a los homosexuales a dejar ese camino desviado y a reconducirlo por expresiones sexuales “normales” y “naturales”. Este argumento existe con mucha frecuencia en las precomprensiones culturales usuales en Colombia, aunque, bajo examen reflexivo, sea negado o matizado. A pesar de ello, es importante sacarlo a la luz porque expresa un prejuicio común en el tratamiento de estos temas. Estas expresiones son frecuentes, por ejemplo, en las voces de los Magistrados Herrera y Hernández. En un incidente particularmente revelador, el Magistrado Gaviria, en salvamente de voto, indica que la mayoría de Herrera y Hernández retiraron un párrafo de la sentencia T-290/95 que leía así: “Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. Mientras que algunos como Cifuentes y Gaviria abogan por una evaluación objetiva de las conductas, Herrera y Hernández ven de entrada algo malo o reprobable en la persona y su orientación sexual. Así, para la visión “objetivista” un homosexual no puede adoptar, no por ser homosexual, sino cuando en una evaluación objetiva de su entorno familiar y de pareja no parece adecuado que adopte un niño, exactamente como ocurre

<sup>17</sup> Ibídem,

<sup>18</sup> C Const. T-539 de 1994. M.P. V. Naranjo.

con un heterosexual; para este misma posición, un policial debe ser expulsado de la institución, no por ser homosexual, sino cuando en una evaluación objetiva de su conducta se comprueba que afectó la prestación del servicio, exactamente como ocurre con un heterosexual. Estas afirmaciones conducen a consensos constitucionales con facilidad pero, a la vuelta de la esquina, son fácilmente coloreables por objeciones o prejuicios dirigidas a la base personal del homosexual, no solamente a su conducta objetiva. Este deslizamiento es frecuente y útil en la lectura de las sentencias. Esta lucha entre “objetivismo” y “subjetivismo”, además, es fácilmente caracterizable como expresión de la distancia que separa a una actitud liberal de una católico-tradicional.

Pero la visión católico-tradicional, de hecho, no era la dominante en la Corte Constitucional de los años noventas. Atacarla a ella exclusivamente es fijar la mirada en un objetivo demasiado fácil de refutar porque es una posición moral y constitucionalmente débil. En la jurisprudencia está presente otra visión, en apariencia mucho más progresista y liberal, pero igualmente nociva como teoría subyacente de la justicia en repartos entre heterosexuales y homosexuales. Esta teoría era mantenida, no por conservadores ideológicos, sino por liberales sensibles a las diferencias humanas que, sin embargo, las conceptualizaban de formas limitantes y reducidas. Veamos cómo.

En varias sentencias del período 94 a 98 se pide tolerancia hacia la “persona” homosexual siempre que su comportamiento personal se mantuviera en la esfera de lo privado. Aquí la imagen protegida es la del homosexual discreto que vive su vida sin pretender reclamar derechos públicos subjetivos porque allí ya tendría que salir a la palestra, anunciar quién es (así sea en un formulario administrativo donde revela el nombre de su pareja) y reclamar en igualdad de condiciones los derechos concedidos a los demás. Ser homosexual, en esta concepción, era parte de su derecho a la intimidad desde que él (muy pocas veces “ella” en la jurisprudencia constitucional) no renunciara a la misma, volviéndose entonces “piedra de escándalo”. La homosexualidad es un comportamiento íntimo tolerado, pero no un afecto legítimo para la construcción de instituciones sociales. Se trataba en últimas de la política del “*don't ask, don't tell*” o, en términos criollos, “la condición no debe ser declarada ni manifiesta”: se trata de pecados privados que podemos tolerar, pero nunca virtudes públicas de debemos exaltar con el reconocimiento de plena ciudadanía en condiciones de igualdad.

Este régimen de aceptación limitada resultaba conveniente y aceptable para una pequeña proporción de aquellos que tienen orientación homosexual: respetables y discretos, sin necesidad de reclamar derechos civiles, políticos o sociales basados en su condición porque tienen medios privados de sustentarlos, homosexuales no “manifiestos” en la esfera pública (pero no por eso dentro del “clóset”) y por tanto lejanos de expresiones más explícitas (como las del T en LGBT<sup>19</sup>) y menos confrontacionales o polémicos. En fin, homosexuales individuales y privados, alejados de movimientos sociales de protección de sus derechos y de todas las demás formas de “manifestar” su preferencia sexual. Esta definición del sujeto homosexual tiene, posiblemente, fuertes asociaciones implícitas de clase social: evoca más directamente los valores y los códigos de conducta de la clase media alta con su tajante separación entre “lo público” y “lo privado”, por oposición a construcciones más populares y “desabrochadas” de la homosexualidad que celebran su hibridez, y donde el personaje “público” tiende a ser el mismo que el “privado”.

Un ejemplo de este corriente jurisprudencial y antropológica es el siguiente: en la T-539/94<sup>20</sup> (M.P. V. Naranjo) se legitima constitucionalmente la prohibición, manifestada por acto administrativo de la Comisión Nacional de Televisión, de mostrar una cuña televisiva de prevención del HIV-SIDA en la que aparecen dos hombres besándose. Los demandantes en tutela piensan que la prohibición está basada en un extendido prejuicio social que no tolera la presentación de escenas homoeróticas y que, por tanto, viola derechos fundamentales abstractos de la población homosexual que es, por tanto, socialmente discriminada; la Corte, con notoria irritación, rechaza uno a uno los argumentos de la demanda y afirma que la prohibición de emisión no fue discriminatoria sino basada en una decisión “técnica” de la CNT. Para la CNT, en un argumento que la Corte acepta, el estereotipo perjudicial, de hecho, venía planteado en la cuña ya que volvía a vincular, falsa y peligrosamente, el homosexualismo con el HIV-SIDA; este argumento, en apariencia progresista, se une con otro que toca con la formación de la niñez y la juventud y que desdibuja la orientación de la sentencia: “Los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobre todo porque ellos, y la televisión en especial, condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes; de ahí la misión formativa de los medios de comunicación social,

<sup>19</sup> Acrónimo por “Lesbiana, Gay, Bisexual y Transexual”.

<sup>20</sup> C Const. T-569 de 1994. V. Naranjo

que no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, so pretexto de una mal entendida igualdad.” Los homosexuales, pues, pueden vivir su vida, pero la sociedad no tiene que tolerar la presencia pública de sus imágenes. Por supuesto que no existe ninguna restricción similar para la heterosexualidad que se pavonea sin mayor limitación en el espacio público.

Esta misma dinámica general se detecta en un caso posterior que resulta, además, moral y humanamente incomprensible para la Corte que sin ser necesariamente de homosexualismo, usualmente se reputa como tal. En la sentencia T-569/94 se examina un proceso de disciplina escolar contra un estudiante en un colegio de bachillerato. Allí se le niega la protección al joven que esgrime violación a su derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad cuando el colegio de bachillerato donde estudia lo ha sancionado con expulsión. Para el Colegio había violaciones claras de las normas disciplinarias porque el joven varón asistía ocasionalmente a clases con maquillaje (*¡suave!* se defiende él), tacón (“*¡pero bajito!*”, responde) y, a veces, chicles (“*¡eso sí que es mentira!*”, niega exaltado). De los opacos hechos que deja traslucir el expediente judicial, se desprende, en términos generales, que se trata de una comunidad educativa que no sabe lidiar con el menor y sus “desajustes” de comportamiento. Ellos se imputan a la discrepancia que hay entre la atribución biológica de identidad sexual que hacen los demás (“es un varón”) y la propia autoconstrucción que hace el joven (al vestirse con maquillaje, de tacones y, quizás, pero no se sabe con certeza de la sentencia, con pantalones-chicles), señales todas ellas de feminidad. Un varón que se feminiza así, sin embargo es usualmente leído como un homosexual. Se trata, como casi siempre, de un caso complejo: se observa una clara discriminación contra la presunta homosexualidad del joven, inducida de sus comportamientos, en afirmaciones explícitas de los jueces de instancia y de los profesores del colegio; al mismo tiempo parece ser un adolescente en épocas turbulentas y en curso de enfrentamiento frontal con las autoridades escolares y con la disciplina que imponen. La Corte Constitucional escoge esta última interpretación y hacen caso omiso de los problemas de discriminación que, por su autoidentificación, sufre en un ambiente escolar mal adaptado a la situación, es más, en un ambiente escolar que piensa que educar el joven consiste, precisamente, en reprimir estos problemáticos comportamientos. Para la Corte, entonces, la educación es un “derecho-deber” para subrayar en el presente caso los componentes de “deber”. Igualmente hay una incomprensión particular por la

presencia de un elemento especialmente amenazante que la Corte no sabe caracterizar: no se trata de la figura seria y recatada del homosexual “discreto”, sino de un muchacho sin privilegio alguno que de manera abierta hace gala de comportamiento “problemáticos” que, más allá de la homosexualidad, se acercan al trasvestismo y, posiblemente, al transgenerismo. Este caso, pues, pone de relieve las particulares dificultades en la protección de la comunidad LGBT, donde el componente T (por las insinuaciones Travestis, Transexuales y Transgénero del caso) resulta siendo mucho más problemática y controversial que la G (del componente Gay).

En estas sentencias en las que se examina la sanción disciplinaria por homosexualismo en la Policía Nacional y en contextos educativos, las Salas de Tutela de la Corte fluctúan entre una posición católica-tradicional (que ve con sospecha a la persona del homosexual o trasvestida y respalda los métodos que desincentiven su orientación y comportamiento bajo ideas, por ejemplo, de los “deberes” del alumno o de la “educación integral” de los policías) y un liberalismo mínimo que acepta a la persona homosexual, que pide que sea juzgado por sus conductas objetivas pero no por sus tendencias generales, que piensa que los actos homosexuales no significan un disvalor en sí (pero, claro, pueden ser actos reprobables de acoso, de indisciplina, como los del cualquier heterosexual). La paradoja es que, con frecuencia, encuentra que de hecho sí ha habido un acto reprobable de acoso, de indisciplina, de afectación del servicio. Este liberalismo es falso porque es objetivista en apariencia pero se muestra severo con el homosexual porque encuentra con mayor facilidad, que frente al heterosexual, la “falta objetiva” que cometió. Esta es la estructura de la “homofobia liberal”. Esta posición liberal, finalmente, le exige a la persona homosexual, al mismo tiempo, discreción y privacidad. Su principal derecho es la intimidad, no el libre desarrollo de la personalidad.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Este esfuerzo liberal por “objetivizar” las normas es claramente discernible también en la sensibilidad del control de Constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia de los años ochentas en la que se intenta, por primera vez, hacer análisis constitucional genuinamente moderno con las herramientas, ciertamente más escasas, ofrecidas por la Constitución de 1986 y sus reformas. Así en la sentencia del Agosto 12 de 1982 (M.P. M. Gaona Cruz) proferida por la Corte Suprema de Justicia se revisó el numeral 1º del artículo 94 del Decreto 250 de 1970 que establecía el Estatuto disciplinario de la Carrera Judicial y del Ministerio Público. Allí se establecía como falta un verdadero catálogo de vicios morales entre los que se encontraba, naturalmente, el “vicio nefando”: “embriaguez habitual, práctica de juegos prohibidos, uso de estupefacientes, amancebamiento, concurrencia a lugares indecorosos, homosexualismo, abandono del hogar y en general un mal comportamiento social.” La Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la norma pero intentó “objetivizarla” en la terminología que se ha propuesto en este artículo. Para la Corte Suprema “al Estado solo

Esta posición liberal y progresista para muchos, afortunadamente, luce abiertamente anacrónica al día de hoy en una jurisprudencia que ha intentado abrir caminos para un igualitarismo más convincente.

### **3.3 La homosexualidad en el estatuto docente: la Corte afirma, por primera vez, que es constitucional sancionar la homosexualidad y que no cabe, siquiera, una “objetivización” de la interpretación de la norma.**

Las sentencias que se han revisado hasta ahora adoptaban el siguiente punto de vista: o, para algunos, la represión disciplinaria de la homosexualidad (en reglamentos castrenses, regulatorios y educativos) era constitucionalmente permisible sin duda; o para otros, tales tipificaciones eran igualmente permisibles si, en todo caso, su interpretación era “objetivada”, es decir, dirigida no a la persona sino al acto que afectara un bien jurídico neutral entre orientaciones o preferencias sexuales. En la sentencia C-481/98<sup>22</sup> la Corte hace una ruptura jurídica y antropológica radical con las discusiones que se venían teniendo sobre el tema. Podría decirse que el análisis constitucional contemporáneo de la Corte se inicia con la C-481/98. En las sentencias contemporáneas es difícil encontrar citas a sentencias anteriores a ésta por las ambivalencias y errores que hemos ya descrito en las anteriores páginas. Se puede hablar tajantemente de “errores” en el siguiente sentido: es perfectamente posible que haya un debate por fuera de la Constitución donde todas estas posiciones sean plausibles desde el punto de vista de moralidades privadas o extrajurídicas; “al interior” de la Constitución, empero, la posición tradicional no es otra entre muchas porque no responde adecuadamente ni a los textos, ni a la estructura, ni al propósito de la Constitución de 1991. Hemos descubierto, pues, que la Constitución, después de todo, sí tenía una visión sobre la homosexualidad y que ella se ha venido construyendo en el esfuerzo hermenéutico de la sociedad y de las instituciones jurídicas, en especial de la jurisdicción constitucional.

le debe interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, pero no escudriñar su derecho de intimidad y su recato”. Esto significaba que la conducta no podía ser exclusivamente privada sino que traspasara a una “actitud ostensible de reprobación social”, “a prácticas conexas o colindantes con actos delictivos, o de alguna manera signifique un evidente desdoro y ocasione una consiguiente desconfianza pública en relación con la administración de justicia”. Esta actitud, que parecería francamente progresista en 1982, ya no lo parece hoy.

<sup>22</sup> C Const. C-481 de 1998. A. Martínez Caballero.

La C-481 resultó siendo, pues, la gran sentencia de conceptualización de los derechos de la persona homosexual al variar notoriamente la dogmática aplicable y responder a otras percepciones culturales y antropológicas que superan las posiciones “tradicional” y “liberal” que se han descrito. Aquí la Corte dice abiertamente que una tipificación disciplinaria del “homosexualismo” es inconstitucional por discriminatoria y que dicha prohibición no es salvable a pesar de que se trate de “objetivizar” su interpretación (como lo habían intentado las estrategias hermenéuticas liberales con normas análogas ya estudiadas a propósito del Estatuto de la Carrera Judicial, del Estatuto de la Policía o de Manuales escolares de convivencia). En este caso concreto, se trata de una demanda de inconstitucionalidad de la norma del Estatuto Docente (Decreto 2277/79) que erigía como falta disciplinaria, sin más protocolo, el “homosexualismo”. La afirmación dogmática más contundente que hace Corte es la siguiente: en Colombia la prohibición de discriminar basada en la orientación o preferencia sexual *sí existe* y se encuentra, de manera precisa, en el artículo 13 (principio de igualdad y prohibición de discriminación) cuando prohíbe diferenciaciones no justificables basadas en el “sexo”. Esta interpretación realiza en la práctica una extensión del significado paradigmático del enunciado normativo del artículo 13 (en el que se buscaba proteger a las mujeres contra las injusticias de una sociedad patriarcal) a una nueva situación también incluible allí (la protección de la comunidad LGBT de los prejuicios de una sociedad homofóbica). En esta extensión de significado, la categoría “sexo” pasa a comprender tanto el “género” como la “orientación sexual”. Esta extensión de significado de la expresión “sexo” la realiza la Corte de la mano de desarrollos ya visibles entonces en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular de la doctrina quasi judicial del Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos cuando hizo una interpretación amplia análoga en el caso 488/1992 (*Nicholas Toonen contra Australia*).

Con este pié de entrada, la Corte acaba de hacer la construcción dogmática de la siguiente manera: el “sexo” como criterio de diferenciación resulta por tanto “sospechoso.” Esto no quiere decir que nunca se pueda hacer una diferenciación basada en tal criterio; quiere decir que, como ha sido utilizado históricamente para discriminar e inferir daño y sentimientos de inferioridad, la categoría resulta a priori desaprobada o sospechosa a menos que el Estado pueda mostrar, de acuerdo a criterios muy estrictos, que la diferenciación resulta razonable:

"es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate *de una necesidad social imperiosa*. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que *debe ser estrictamente necesario*, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer *sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación*".<sup>23</sup>

Bajo estos criterios (llamados de *strict scrutiny* en el derecho comparado), pues, la norma disciplinaria resulta inconstitucional: ni siquiera la protección de la integridad y autonomía sexual y personal de los menores frente al acoso homosexual supera el estándar propuesto porque la Corte acude a evidencia de las ciencias sociales para mostrar que tales formas de acoso y violencia sexual no están especialmente vinculadas a la orientación homosexual. Según tales estudios, no existe ninguna evidencia que sugiera mayor prevalencia de pedofilia entre homosexuales y, en consecuencia, no se justifica una prohibición directa de la homosexualidad entre los docentes. Y la Corte no acepta aquí ni siquiera la estrategia de "objetivizar" la interpretación de la norma. Una prohibición de la homosexualidad es pura y simplemente homofobia, no la expresión torpe de que se prohíbe la pedofilia de los homosexuales (y, aunque en tono menor, también de los heterosexuales):

En esta sentencia la Corte rechaza igualmente el argumento del "homosexual discreto" o la política del "don't ask, don't tell" según la cual los homosexuales no tendría ningún problema, incluso bajo estas prohibiciones explícitas, si se mantienen en el espacio de la intimidad privada. Para la Corte esta exigencia es discriminatoria y excesiva: "¿Implica lo anterior que los homosexuales deben ocultar a toda costa su orientación sexual? Esa restricción es inadmisible pues viola la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, ya que a los heterosexuales no se les impone tal exigencia."<sup>24</sup> Con esta sentencia se trata, en consecuencia, de recomponer la línea jurisprudencial de la Corte y recoger así una nueva comprensión cultural sobre la "cuestión homosexual":

<sup>23</sup> Considerando No. 27.

<sup>24</sup> Considerando No. 32.

al contrario de lo que ha afirmado la Corte en la sentencia C-098/96<sup>25</sup> (que se estudiará en profundidad posteriormente) al decir que la exclusión de la pareja homosexual de la Unión Marital de Hecho no era constitucional, se reconoce aquí varias veces que dicha falta de reconocimiento de derechos es un acto discriminatorio per se y que no necesariamente hay que esperar que el legislador lo resuelva porque ya constituye una infracción a los derechos fundamentales de las personas. Este *dictum* de la sentencia tiene potencial muy importante ya que empieza a reposicionar la lucha por los derechos de la pareja homosexual ante los jueces y no en la lucha legislativa como lo había sugerido la mayoría de la C-098/96. Esta cambio, por tanto, resultará fundamental para permitirle a la Corte la extensión de la UMH a la pareja homosexual en la C-075/97 luego de años de infructuosa lucha en el Congreso de la República.

En el salvamento de voto, varios magistrados intentan de nuevo la estrategia de la objetivización del significado de la tipificación disciplinaria del homosexualismo con una claridad meridiana:

Según ellos, en la norma bajo análisis “no se tipifica como falta la “homosexualidad”, entendida como ‘inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo’, según la define el Diccionario de la Real Academia Española. Lo que la norma aludida establece como falta es la práctica de las relaciones homosexuales o las demostraciones externas de la tendencia homosexual, el acoso, la persecución o la insinuación a los estudiantes con esa o similar finalidad, conductas todas ellas que pueden afectar, y afectan, la formación de la personalidad de los educandos.”

Este párrafo es fantástico porque revela, sin ambages, cómo la estrategia de la objetivización es también radicalmente homófoba: según los magistrados disidentes, no se prohíbe el homosexualismo sino el “acoso”, de un lado; pero por el otro, en sus propias palabras, no se prohíbe el homosexualismo sino “la práctica de las relaciones homosexuales o las demostraciones externas de la práctica homosexual”. Con lo primero todo el mundo puede estar de acuerdo porque el acoso es una detestable ofensa contra la integridad y autonomía sexual, especialmente de menores ; con lo segundo, quizás no hay forma más directa de confesar la homofobia porque afirma lo siguiente: no queremos prohibir el homosexualismo, sino “las relaciones homosexuales

<sup>25</sup> C Const. C-098 de 1996. E. Cifuentes.

o las demostraciones externas de la práctica homosexual”, que es tanto como decir que no queremos prohibir el homosexualismo para luego, a renglón seguido, efectivamente prohibirlo. ¿Porque, de hecho, qué es el homosexualismo (o la heterosexualidad) sino las relaciones sexuales y sus demostraciones externas? Esta es la incoherencia marcada, el prejuicio oculto de esta posición.

### **3.4 La homosexualidad como falta disciplinaria en el estatuto notarial (C-373/02)**

La posición garantista de los derechos encarnada en la sentencia sobre estatuto docente terminaría por fortalecerse con toda claridad en la C-373 de 2002<sup>26</sup> (M.P. J. Córdoba). Este caso muestra cómo el tema ganó un rápido consenso al interior de la Corte que, contrario a lo que había ocurrido hasta ahora, no dudó en decir que la tipificación disciplinaria del “homosexualismo” era abiertamente inconstitucional para el caso del estatuto notarial. El caso, de hecho, no tenía nada que ver originalmente con la discriminación basada en la orientación sexual. Se trataba de una demanda donde se buscaba la inconstitucionalidad de una norma que inhabilitaba a los notarios en provisionalidad a participar en el concurso de entrada a la carrera notarial (Ley 588/2000, artículo 4º). Esta norma prescribía que los notarios en provisionalidad que hubiesen sido sancionados disciplinariamente por cometer alguna de las faltas establecidas en el artículo 198 del Decreto 960 de 1970 (que, a su vez, establecía el catálogo de tipificaciones disciplinarias reprochables), quedaban inhabilitados para concurso por una plaza notarial en propiedad. La Corte, respecto de este tema, encontró que el legislador había exagerado la inhabilidad porque en el catálogo del artículo 198 no distinguió entre faltas leves, graves y muy graves. Por esta razón, restringió la incompatibilidad de la Ley 588 a aquellos notarios que hubiesen sido sancionados por faltas graves o muy graves, excluyendo así las leves que parecían también llevar a esa consecuencia según el texto de la Ley.

Pero lo interesante para los efectos de nuestro estudio empieza así: examinando el listado de faltas disciplinarias en que podían incurrir los notarios, la Corte encontró, *ex officio* y en una agresiva integración normativa, que dos de esas tipificaciones, a pesar de no haber sido demandadas ni controvertidas, violaban abierta y manifestamente la Constitución. Esas dos tipificaciones disciplinarias eran las siguientes:

<sup>26</sup> C Const. C-373 de 2002. J. Córdoba Triviño.

"Decreto 960/70. Artículo 198. Son conductas del Notario, que atentan la majestad, dignidad y eficacia del servicio notarial, y que acarrean sanción disciplinaria:

1. La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el homosexualismo, el abandono del hogar, y, en general, un mal comportamiento social...

6. Ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad."

A estas faltas disciplinarias la Corte no dudó en calificarlas como "rezago[s] de un Estado autoritario [que] no pueden encontrar cabida en una democracia constitucional dada su manifiesta contrariedad con los principios que la soportan."<sup>27</sup> Son faltas, además, fruto de "argumentos morales"<sup>28</sup> que por no trascender al ámbito personal ni afectar la prestación del servicio notarial no pueden limitar ni interferir el libre desarrollo de la personalidad de los notarios. Aquí de nuevo, como se aprecia, aparece el argumento de "objetivación de la falta", pero la Corte entiende que estas causales no pueden ser salvadas a la luz de la Constitución porque son expresiones inequívocas de prejuicio moral. Por todas estas razones, según la Corte en una directa referencia a la sentencia C-481/98<sup>29</sup>, "el moderno constitucionalismo suministra argumentos para que el homosexualismo deje de considerarse como una enfermedad o como una anormalidad patológica y para que, en lugar de ello, se asuma como una preferencia sexual que hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En ese contexto, *ninguna razón es válida para que la asunción de una particular identidad sexual constituya falta disciplinaria*. La regla de derecho que así lo establezca contraría los fundamentos mismos del orden político constituido pues desdice de la dignidad humana como fundamento del moderno constitucionalismo, desvirtúa la libertad y fomenta la discriminación."<sup>30</sup>

27 Fundamento No. 12.

28 Fundamento No. 14.

29 C Const. C-481 de 1998. A. Martínez.

30 Fundamento No. 16.

# 4. CONCLUSIÓN

En pocos años se revela ya un cambio social que encuentra reflejo en las ideas constitucionales: en la sentencia C-373/2002 (Estatuto Notarial) no se observan ya los muy fuertes disensos jurídicos y culturales presentes entre las posiciones mayoritaria y minoritaria de la C- 481/98 (Estatuto Docente). Así, por ejemplo, ya no aparece en el fallo del 2002 ningún defensor fuerte de la concepción tradicional-católica del “homosexualismo” donde la palabra, a diferencia de la menos cargada de “homosexualidad”, denota casi una enfermedad indeseable y no una preferencia u orientación personal legítima.

En el 2002, en cambio, la inclusión de sanciones disciplinarias a la orientación homosexual ya le parece a la Corte tan tamaña violación del “orden público” que interviene de oficio en la materia tomando como pie de entrada un caso que proponía una discusión enteramente diferente de igualdad entre aspirantes a la carrera notarial y donde el propósito era evitar una excesivamente amplia inhabilidad que afectaba especialmente a los notarios nombrados en provisionalidad. En este caso podría decirse, sin faltar a la verdad, que la Corte asumió el control de oficio del derecho disciplinario del notariado que establecía faltas propias de un estado “moralista” y “autoritario”.

El resultado concreto en el fallo del 2002 es que las conductas sancionadas por la ley son declaradas inadmisibles a la luz de la Constitución; en términos sustantivos, de otro lado, se fortalece una proposición que ya parece inamovible en derecho constitucional colombiano y que ha venido siendo construida por la jurisprudencia: *ninguna razón es válida para que la asunción de una particular identidad sexual constituya falta disciplinaria*. La forma como se ha construido esta tesis hace creer que es cierta para todo tipo de ámbitos sociales, incluido el castrense donde existe mayor resistencia cultural a la plena inclusión de la identidad homosexual. Es ciertamente aplicable a jueces, docentes y notarios; es, por tanto, *aplicable a fortiori* a educandos y estudiantes de todos los niveles. No es previsible encontrar razonablemente ningún campo de la organización social donde la sanción disciplinaria de la homosexualidad *per se* resulte constitucional.

Los homosexuales, como cualquiera otra persona, deben estar sujetos a los derechos sancionatorios que establezcan faltas en los que se protejan bienes jurídicos legítimos. Pero dichos derechos sancionatorios no pueden reprimir la mera orientación sexual: los adjudicadores, a su vez, deben estar particularmente atentos a los difundidos prejuicios sociales que terminan aplicando, con mayor facilidad, las descripciones objetivas de las conductas a los homosexuales como forma de represión de tal orientación porque todavía la encuentran inmoral, antiestética, antinatural, etc. Estos prejuicios deben ser eliminados, tanto de las faltas del derecho sancionatorio como de las prácticas de imposición concreta de sanciones a las personas. Esta posición igualitaria, finalmente, implica un cambio esencial en la comprensión cultural de la homosexualidad: no son ellos tolerables sólo cuando sean discretos, privados y no constituyan piedra de escándalo; su comportamiento no resulta disciplinable incluso si es visible, público o notorio en las mismas formas y maneras en que comportamientos heterosexuales muy visibles, públicos o notorios son tolerados o apenas reprimidos con tímidas expresiones de desaprobación social, pero nunca con sanciones disciplinarias y represivas como las que aquí se han discutido.

# ¿PUEDEN LAS PAREJAS HOMOSEXUALES SER RECONOCIDAS EN COLOMBIA COMO UNIÓN MARITAL DE HECHO-UMH (LEY 54 DE 1990)?

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luciano Villa Vallejo, Edder Sánchez Calambas, Víctor Andrade Garzón, Libardo Herrera Parrado, Gloria Ordoñez de Ibarra, Lina Arbeláez Giraldo, Beatriz Franco Isaza, Ana Sánchez Gaviria, Víctor Saldarriaga Cardona, Enrique Cubides Amezquita, Laura Castro Ortiz, Patricia Mercado Lozano, Olga Guio Díaz, Lina Álvarez Gómez, Katherine Rolong Arias, Carolina Laverde López, Diana Cruz Orduña. en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. INTRODUCCIÓN

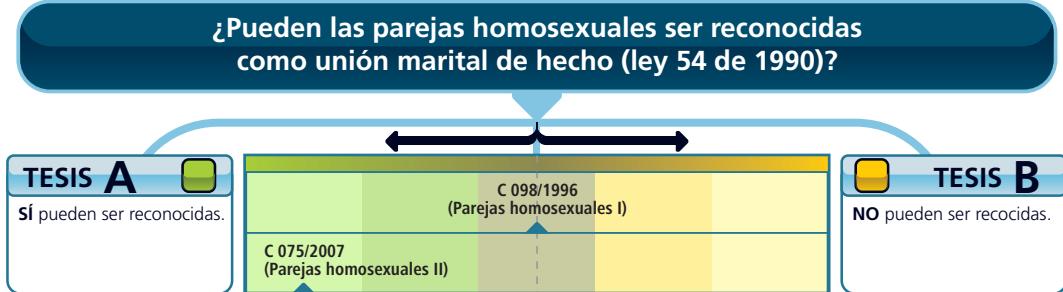
La prohibición de sancionar disciplinariamente al “homosexualismo” es quizás el mejor ejemplo jurisprudencial de protección de la autonomía de la *persona* homosexual contra formas legislativas o adjudicativas de expresión de prejuicio infundado. Estas sentencias han sido importantes porque allí se han discutido cuestiones fundamentales sobre la comprensión cultural que tiene la sociedad colombiana de cuál es el nivel de dignidad básica que otorga a quienes tienen orientaciones sexuales distintas a las “normales”. Sin embargo el principal campo de batalla jurídico en Colombia se ha dado alrededor de la Ley 54 de 1990 que instituyó un régimen legal para las parejas formadas por uniones permanentes no matrimoniales a la que se denominó Unión Marital de Hecho.

Esta Ley estableció explícitamente que la UMH se reconocería a parejas formadas por un hombre y una mujer. A la altura de 1990 esta definición de la pareja parecía natural hasta el punto que el artículo no se leía como una exclusión de otros tipos posibles de pareja, sino más bien como una pieza de legislación valiente de protección de la mujer concubina en un país tradicionalmente católico que aún tenía serias objeciones ante tal comportamiento, incluso en su versión heterosexual. Para el año de 1990, pues, la UMH todavía constituía un reconocimiento bastante agresivo al dar protección legal al

patrimonio de “compañeros permanentes” en detrimento de la pareja formalmente formada en el rito matrimonial (religioso o civil).

Pero no tendrían que transcurrir muchos años para que la definición de la Ley empezara a lucir estrecha y excluyente. Las uniones permanentes entre homosexuales (quienes legalmente no tienen siquiera la opción de acceder al matrimonio) empezaron a reclamar también una regulación legal de sus efectos patrimoniales y legales. En ese marco de ideas accedieron primero a formas de contratación privada en el esfuerzo de estructurar regímenes patrimoniales y de convivencia personal; pero, tiempo después, empezaron a argumentar que la definición de la “pareja” en la Ley 54 era discriminatoria y que, por tanto, tenían derecho constitucional a acceder a tal régimen legal en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales. La definición de este tema se ha vuelto estructural en el derecho colombiano porque de él depende, en gran parte, el nivel de protección jurídica que reciba, no la persona sino la *pareja* homosexual.

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional estudió este tema por primera vez en el año de 1996 y encontró, en la sentencia C-098<sup>31</sup>, que la norma no era discriminatoria ni violatoria de derechos fundamentales. Remató afirmando que la extensión de los derechos a la pareja homosexual era constitucionalmente posible pero que dependía de la autonomía legislativa del Congreso de la República. Esta sentencia ciertamente cerró el tema durante una larga década. En el año de 2007, sin embargo, la Corte reabrió sorprendentemente el tema y decidió en la C-075<sup>32</sup> que su sentencia del 96 era errónea y que las parejas homosexuales sí tenían un derecho constitucional fundamental a acceder a la UMH. Esta sentencia se ha convertido, a su vez, en la piedra de toque para la extensión de tratamiento igualitario a las parejas homosexuales en gran número de otras normas que ya concedían derechos o protecciones a la UMH heterosexual. A continuación se estudiarán en detalle las dos sentencias de los años 1996 y 2007, se explicarán las razones del cambio jurisprudencial y se expondrán las muy extendidas consecuencias que ello ha tenido en la protección de la pareja homosexual en Colombia.

## **3.1 La primera tesis: las parejas homosexuales no tienen un derecho constitucional directo de acceder al régimen de la Ley 54 de 1990.**

En el año de 1996 un connotado activista de la comunidad LGBT le pidió a la Corte Constitucional que declarara la inexequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 donde se definen los requisitos para la constitución de una unión marital de hecho. Allí se exige, para acceder al régimen legal de protección, que la pareja esté conformada por hombre y mujer. La demanda afirmaba, en términos generales, que la definición era excluyente de las parejas homosexuales que, en las mismas situaciones, necesitaban también un régimen de protección patrimonial y personal del esfuerzo común de vida. Por tal razón se violaba el principio de igualdad de trato (privilegiando a los heterosexuales) y se restringía, al dificultar y desincentivar, la autonomía personal de quienes escogían libremente conformar parejas homosexuales.

<sup>31</sup> En adelante “Parejas Homosexuales I”.

<sup>32</sup> En adelante “Parejas Homosexuales II”

En la sentencia C-098/96- Parejas Homosexuales I (M.P. E. Cifuentes) la Corte rechaza estos argumentos y declara la exequibilidad de la restringida definición legal de pareja. La Corte rechaza el punto con una sentencia ideológicamente ambivalente con ponencia de Eduardo Cifuentes. En ella se deja leer, no un rechazo airado y vehemente a la pretensión de la comunidad LGBT desde la perspectiva moralista de los conservadores para quienes el “homosexualismo” es antinatural, sino un liberal, a veces incluso cálido, acogimiento de la “homosexualidad” sin que ello significara que se les reconociera la existencia de un derecho fundamental violado por el legislador. En el contexto de las sentencias de la Corte de la década de los noventa, que ya se han estudiado anteriormente, la retórica de “Parejas Homosexuales I” es progresista e ilustrada así no lo sea su resultado concreto. Por tal razón, de hecho, la C-098 ha sido recogida y parcialmente salvada en algunos de sus argumentos por decisiones posteriores<sup>33</sup> que han intentado aumentar la protección constitucional de la persona y de la pareja homosexual. El *decisum* de la sentencia, empero, fue revaluado en su integridad mediante la “Parejas Homosexuales II” del 2007.

Para Cifuentes en “Parejas Homosexuales I” el legislador, al expedir la Ley 54 de 1990, no estaba en la obligación de resolver todos los males sociales. Las mujeres concubinas en relaciones heterosexuales eran (y son aún) un grupo altamente vulnerable y su protección patrimonial constituía un avance para ellas y sus hijos que usualmente resultaban desprotegidos cuando las uniones permanentes se disolvían. Según la Corte, por tanto, la definición restringida de “pareja” estaba completamente justificada: se trataba de remediar un serio problema social y haber siquiera intentado, en 1990, la inclusión de las parejas homosexuales hubiera generado tantas resistencias y dificultades que ni siquiera la protección para estas mujeres hubiese sido aprobada. En suma: haber intentado la expedición de una ley más amplia (que además de las mujeres en la pareja heterosexual protegiera a compañeros homosexuales) atentaba contra los legítimos marcos de discrecionalidad del proceso político y legislativo. Por tanto, corresponde al legislador, si lo quiere, resolver el problema de la unión homosexual en una próxima oportunidad. Por esta razón la Ley 54 diferencia pero no discrimina con lo que se resuelve el argumento de inconstitucionalidad basado en la igualdad.

33 Especialmente en la importantísima C-481/98 (Estatuto Docente) donde la Corte mantiene ciertos niveles de autonomía legislativa, aunque sin llegar a conceder que se pueda prohibir o sancionar el “homosexualismo”.

Pero adicionalmente, según la sentencia, la solución de la Ley 54 no vulnera inexorablemente la autonomía personal de las parejas homosexuales porque no se prohíbe de ninguna forma la constitución contractual de regímenes de convivencia. Estas uniones, pues, pueden recurrir al establecimiento de regímenes patrimoniales acudiendo a la autonomía de la voluntad privada, incluso mediante la celebración de complejos contratos asociativos. Con esa opción a la mano, se salva la autonomía de la pareja homosexual y no corresponde a la Corte hacer la extensión analógica del régimen de la Ley 54 de 1990.

La sentencia, solo para insistir en el punto, es percibida como liberal y progresista a pesar de su tímid o resultado. Prueba de ello es que los mejores exponentes de la ideología tradicional y católica en la Corte salvan el voto. Para uno de ellos, incluso, nunca podrá haber reconocimiento legal a la pareja homosexual puesto que la misma está prohibida constitucionalmente, según una curiosa lectura del artículo 42. La definición de pareja de la Ley 54/90, al restringirla a hombre y mujer, no es parte de la libertad de configuración del legislador. Tal definición de pareja está ordenada por la Constitución porque sólo hombre y mujer pueden crear una "familia". Para el magistrado, pues, la regulación de efectos de la UMH es un reconocimiento legal a un núcleo familiar que no puede ser extendido a parejas de "hombre-hombre" y "mujer-mujer" que, por tanto, no pueden ser llamadas "familia" y que no pueden ser incentivadas por los mismos mecanismos. En el momento de mayor frenesí de su salvamento llega afirmar que "La homosexualidad es un concepto que la Constitución no trata ni regula. No la proscribe pero tampoco de su preceptiva surge que le otorgue categoría de derecho jurídicamente reclamable".<sup>34</sup>

### **3.2 Parejas Homosexuales II: la Corte cambia su jurisprudencia.**

En la C-075/07, la Corte, hemos dicho que sorprendentemente, vuelve a revisar la Ley 54 de 1990. El tema, en efecto, parecería estar definitivamente cerrado por razones de "cosa juzgada constitucional". Sin embargo, la Corte acepta reabrirlo, y con ello relativizar el efecto de la cosa juzgada del 96, fundamentándose en la idea de que ha habido un cambio de "referente normativo". Según la Corte, una sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada y, en principio, no puede haber reconsideración posible. Esta doctrina, sin embargo, tiene varias excepciones significativas que no es

34 Salvamento de Voto del Magistrado J.G. Hernández G.

necesario revisar aquí en su totalidad. Baste saber que una de ellas consiste en decir que la cosa juzgada no opera cuando ha habido “cambio en el referente normativo”: o la Constitución contra la que se comparó la norma ha cambiado o la norma que se comparó contra la Constitución ha cambiado. En el presente caso el demandante afirmó lo primero: para Rodrigo Uprimny ha habidos cambios en el bloque de constitucionalidad, especialmente en la doctrina y jurisprudencia internacional, particularmente desde que el Comité de Derechos Humanos consideró específicamente en *Young contra Australia* de 2003 que una Ley australiana, que limitaba el acceso a reconocimiento pensional a parejas heterosexuales, era violatoria del PIDCP. Esta interpretación del PIDCP se hace parte del bloque porque resulta en un todo asimilable a la negación de UMH a las parejas homosexuales colombianas.

Pero la Corte Constitucional no habría de aceptar este argumento: es cierto que la cosa juzgada en este caso no es absoluta sino relativo pero ello se debe a que ha cambiado el término inferior, no el superior, de la comparación. Las modificaciones sufridas por la Ley 54 de 1990 mediante la Ley 979 de 2005 constituyen una modificación de la Ley que no ha recibido aún control de constitucionalidad. Según la Corte, la Ley 54 buscaba proteger a las concubinas o compañeras y, por tanto, no estaba obligado el legislador a extender la protección. Casi diez años después el Legislador se vuelve a pronunciar reformando la Ley 54 mediante la flexibilización de las condiciones de acceso y prueba de la unión marital de hecho. En este nuevo ambiente social y dado ese propósito de la Ley del 2005, la Corte siente que puede reexaminar la cuestión total de la extensión de la unión marital de hecho a la pareja homosexual porque, de hecho, los artículos 1º y 2º de la Ley no son inconstitucionales por sí solos: en la medida en que definen cómo se configura la unión marital de hecho, el juicio de constitucionalidad debe versar sobre las consecuencias que se derivan de ello. Por tanto se examina la exclusión a la luz de las consecuencias que se siguen de la Ley 979 en su conjunto. Y cómo sobre esto no se ha pronunciado la Corte, no hay cosa juzgada en este caso:

“Sin embargo, como se ha expresado, el régimen de la Ley 54 de 1990 fue modificado por la Ley 979 de 2005, la cual, si bien se mantuvo la dimensión protectora de la mujer y de la familia que se encontraba en el origen de la Ley 54 de 1990, incorporó ingredientes nuevos de enorme significación, en cuanto que en ella, si bien a través de instrumentos que,

en principio, tienen alcance meramente probatorio, se permite que las parejas, cumplidos ciertos supuestos, accedan de manera voluntaria a un régimen de regulación de sus relaciones patrimoniales."

Junto con este argumento formal, la Corte aceptó otro basado en una cierta interpretación de "Parejas Homosexuales I" según la cual la *ratio decidendi* allí expresada estaba condicionada al efectivo respeto de los derechos de los homosexuales y a una comprensión culturalmente dinámica del contenido de la Constitución:

"Adicionalmente se tiene que la Corte, en la Sentencia C-098 de 1996, no sólo restringió expresamente el ámbito de su pronunciamiento, para limitarlo a la dimensión protectora de la mujer y de la familia presente en las disposiciones entonces demandadas, sino que dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad, cuando quiera que fuere posible advertir que de la aplicación del régimen legal, entre otras hipótesis, se deriva un impacto negativo para los homosexuales. Tal es, precisamente, lo que, en distintos frentes, trata de establecer la demanda en la presente ocasión y que, en el aspecto en el que se ha considerado apta para provocar un pronunciamiento de fondo, se concreta en la manifestación de que la ausencia de reconocimiento de un régimen patrimonial para las uniones homosexuales, implica dejarlas en situación de desprotección frente a normas imperativas del derecho civil y comporta un trato discriminatorio frente a las parejas heterosexuales, cuya situación patrimonial si ha sido objeto de regulación..."

4.3. En la actualidad, dieciséis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la Sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 979 de 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo.

Destaca la Corte que en esa nueva aproximación al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como se acaba de expresar, no desaparecen los fundamentos primigenios de la ley, y que, infortunadamente, la realidad de desprotección de la mujer y de la familia a la que ellos aluden continúa presente de manera significativa en nuestra sociedad. Esos supuestos constituyen, incluso, un elemento en gran medida determinante de la viabilidad constitucional del régimen tal como está concebido en el texto legal, puesto que no puede pasarse por alto que la imposición de una presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente declarada en un proceso contencioso, comporta una restricción de la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección para la mujer.

Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.<sup>35</sup>

Este largo párrafo muestra cómo el control de constitucionalidad es “histórico” lo que quiere decir que lo que en algún momento fue constitucional puede tornarse inconstitucional en otro momento, no sólo por el cambio en los referentes normativos formales sino por desarrollos en la cultura de lo que se considera apropiado o correcto. Estas percepciones son también parte del “referente normativo” porque la sociedad interpreta las normas (es decir, aquello que debe ser legalmente) desde la perspectiva de lo que debe ser social. Esta imbricación entre cultura y derecho es un fenómeno vital que la Corte parece estar reconociendo aquí con particular lucidez.

Aceptando esto, la Corte pasa a mostrar cómo el examen de la definición de “compañero y compañera permanente” en la Ley 54 de 1990 constituye un caso estructural o matriz en todo el derecho colombiano. La definición de UMH no es, *per se*, constitucional o inconstitucional. Lo que resulta inconstitucional es la aplicación de esa definición a las normas concretas que fijen

35 Considerandos 4.2. y 4.3.

consecuencias o resultados jurídicos concretos. Así, por ejemplo, en las normas que determinen los derechos de los “compañeros permanentes” en la pensión de sobrevivientes o en el establecimiento del patrimonio de familia. Pero la Corte, en el presente caso, no puede pronunciarse *ex officio* sobre todas estas normas sino tiene que contraerse a los efectos de la definición en el régimen de la Ley 54 tal y como fue reformada por la Ley 575. Ello sugiere, por tanto, que la extensión de esta *ratio decidendi* a otras materias se tiene que dar caso a caso según vayan construyendo una demanda con “proposición jurídica completa” los actores en el proceso de constitucionalidad. En su salvamento de voto, el magistrado Araújo se opondrá de manera radical a esta estrategia del caracol, como la hemos llamado, y castiga a la Corte por no haber asumido de oficio una revisión total del ordenamiento jurídico colombiano para aplicar la definición ampliada de compañero permanente, en la que se cubre a la pareja homosexual, a todas las normas que hacen referencia al concepto. Según la Corte, pues,

“De esta manera, para que exista demanda en forma, es preciso que la acusación se dirija, en cada caso, contra el conjunto normativo integrado por la disposición que define la unión marital de hecho y las expresiones compañero o compañera permanente y aquellas que le fijan efectos concretos que puedan resultar contrarios a la Constitución. Así, por ejemplo, la eventual inconstitucionalidad a la que se refieren los demandantes no estaría en la norma que define la unión marital de hecho, sino en la consideración conjunta de dicha norma con la que establece que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes el compañero o compañera permanente del causante, o con aquella conforme a la cual el patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio o por unión marital de hecho. Es claro que no cabe un pronunciamiento en abstracto sobre la constitucionalidad de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y que las consideraciones de constitucionalidad y la conclusión a la que se llegue en cada caso pueden ser distintas según el ámbito regulatorio en el que tal definición se aplique...”

Examinando su propia jurisprudencia la Corte parece recordar un brillante pasado de protección de la *persona homosexual*.<sup>36</sup> Esta afirmación es

<sup>36</sup> En especial véase las afirmaciones hechas en la C-811/07 (cobertura familiar del POS) donde se escoge, por decirlo así, las sentencias más progresistas de los años noventas

falsa y exagerada porque, como hemos visto, el historial en este respecto ha sido ambivalente aunque se haya llegado a una dogmática garantista y sólida, especialmente en el caso de Estatuto Docente. Antes de este caso, empero, el récord de la Corte no resultaba especialmente admirable en la escena comparada especialmente en lo que respecta, ya no a la *persona*, sino a la *pareja* homosexual:

"La jurisprudencia constitucional en Colombia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ha señalado que los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto..."

No obstante lo anterior y pese a los múltiples pronunciamientos en los que la Corte ha actuado para prevenir o reparar eventos de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, en la demanda y en varias de las intervenciones se expresa, con razón, que si bien del ordenamiento constitucional se desprende una prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual y así ha sido declarado por la jurisprudencia, la efectividad de tal postulado, *aunque se aprecia en la protección de los individuos, no se ha manifestado en el ámbito de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, las cuales carecen de reconocimiento jurídico.*"

En su análisis propiamente sustantivo, la Corte arranca aceptando que el desconocimiento de la extensión de la UMH a la pareja homosexual viola su dignidad. E interpreta la dignidad desde una triple perspectiva: como libre autodeterminación personal, como derecho al mínimo vital en el reconocimiento de la unión para parejas que han convivido durante largo tiempo y como derecho a un trato igualitario frente a las parejas heterosexuales. Según la Corte, pues, la libertad del legislador tiene limitaciones que no reconoció "Parejas Homosexuales I" y que ahora la Corte sí afirma con claridad:

y hasta el 2004, pero de donde se purgan una cantidad de sentencias con doctrina muy desfavorable que, por tanto, deben ser considerados como precedentes desecharados en la retórica de la Corte: "En materia de derechos de las personas homosexuales, la Corte Constitucional ha garantizado el derecho individual a la libre opción sexual como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y consecuencia de la prohibición de discriminación impuesta por la Carta. Así lo señaló en las sentencias T-097 de 1994, T-539 de 1994, T-101 de 1998, C-481 de 1998, C-507 de 1999, T-268 de 2000, C-373 de 2002 T-435 de 2002 y T-301 de 2004".

*“Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.”*

Para llegar a esta conclusión parece estar utilizando varios dispositivos dogmáticos que la Corte saca especialmente del fallo sobre el Estatuto Docente. Este fallo, como dijimos más arriba, terminó siendo la cantera argumentativa esencial en estos temas y a ellos acude la Corte con frecuencia, como en efecto ocurre en “Parejas Homosexuales II”. Así, por ejemplo, la Corte trae el concepto según el cual la discriminación basada en sexo incluye también la orientación sexual; y, en segundo lugar, que tales distinciones son en principio sospechosas y que, por tanto, merecen un control estrictísimo para evitar las discriminaciones que usualmente causan. Unido a esta forma especial de ponderación constitucional de la igualdad, la Corte construye otro estándar de ponderación concreta a la diferenciación basada en orientación sexual y que construye a partir de varios de sus fallos anteriores. En palabras de la Corte:

*“En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.”*

Este es un listado interesante porque finalmente la Corte está ponderando entre la pretensión legislativa de regular la materia (y, en consecuencia, hacer las distinciones que requiera) y la pretensión del juez constitucional de limitar la autonomía legislativa cuando haya restricción de derechos

fundamentales. En esta ponderación se arranca diciendo, pues, que no puede haber discriminación, pero que sí puede haber distinción y que para que sea esto último tiene que haber razón suficiente que, con todo, no encuentra para el caso de la Ley 54 que, por tanto, es ilegítimamente discriminatoria. Este estándar de ponderación de cuatro elementos, además, constituye un excelente ejemplo de racionalización constitucional porque en él se mezclan elementos de varias sentencias de la línea la Corte: La proposición (i) T-097 de 1994 proviene del caso de la Escuela de Policía “bien fallado” (T-097/94), donde la Corte protege al “amenazado” que discriminan mientras que parece abandonar al olvido el análisis, altamente prejuicioso, de aquella otra sentencia en contextos policiales donde el homosexual expulsado es además caracterizado como “acosador” por una moralmente inquisitiva Corte (T-037/95); las proposiciones (ii) y (iii) provienen evidentemente de “Uniones Homosexuales I” y la Corte las recoge, al menos en parte, para dejar a salvo el principio relativo de autonomía de configuración legislativa; finalmente, la proposición (iv) proviene ideológicamente del fallo “Estatuto Docente” con alguna elaboración posterior.

Este test se va a volver fundamental en sentencias subsiguientes: aparecerá, por ejemplo, en la T-029 de 2009 y en varias otras sentencias donde la Corte examina si la distinción legal entre homosexuales y heterosexuales tiene razón suficiente para ser un distinción protegida por la autonomía legislativa o si, por el contrario, desproveída de razón suficiente constituye discriminación inconstitucional. Casi siempre ha sido lo segundo en el examen de muchas otras normas.

El colofón de este análisis debe ser previsible a este altura para el lector. La Corte declaró exequibles, pero de forma condicionada, los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.”

# 4. CONCLUSIÓN

El fallo “Parejas Homosexuales II” ha cambiado radicalmente el derecho en Colombia al aceptar la extensión de la UMH a las parejas homosexuales. Este redefinición del concepto, aunque de amplísimo potencial, fue explícitamente limitado a los efectos patrimoniales de la Ley 54 de 1990. Como es apenas evidente, la redefinición de “compañero permanente” puede afectar un sinnúmero de otras normas que usan el concepto para limitar el ámbito de aplicación de otras instituciones del derechos civil, laboral, penal, de la seguridad social, migratorio y así con un larguísimo etcétera. La Corte pospuso la extensión a estos campos a un análisis lento, caso a caso, para comprobar si en cualquiera de ellos el legislador había tenido “razón suficiente” para hacer la distinción. Quizás esta decisión sea buena, porque le permite a la Corte controlar la extensión de la protección a la pareja homosexual a cada norma en concreto, generando así seguridad jurídica mediante pronunciamientos individualizados y concretos y garantizando así respeto al legislador sin generar, de un plumazo, un cambio masivo en el derecho colombiano; o quizás esta decisión sea mala, porque la mayoría de estas normas que distinguen entre pareja homosexual y heterosexual en realidad son discriminatorias y la Corte les ha dado una penosa sobrevida sometiéndolas a un control constitucional innecesario porque, en últimas, no hay aquí ninguna autonomía legislativa que proteger (interpretación avalada también por el hecho que la Corte, en sentencias subsiguientes a 2007, no ha encontrado muchas “razones suficientes” para la distinción). Esta estrategia, además, puede pasar de mala a pésima porque el pronunciamiento individualizado puede atentar seriamente contra la seguridad jurídica que buscaba proteger: en vez de saber hoy que cualquier referencia a “compañeros permanentes” en cualquier norma del derecho colombiano es de entrada extensible a las parejas homosexuales, es preciso estudiar primero en cuáles sentencias posteriores a 1997 se ha hecho esta analogía concreta. Las normas que no hayan tenido este estudio de constitucionalidad parecen estar en un limbo jurídico con relación a su aplicación extensiva a las parejas homosexuales. Este tema será expuesto posteriormente por su enorme importancia.



# ADOPCIÓN, SALUD, PENSIONES, ALIMENTOS, SUCESIONES Y OTROS DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL RÉGIMEN DE LA PAREJA HOMOSEXUAL EN COLOMBIA.

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luciano Villa Vallejo, Edder Sánchez Calambas, Víctor Andrade Garzón, Libardo Herrera Parrado, Gloria Ordoñez de Ibarra, Lina Arbeláez Giraldo, Beatriz Franco Isaza, Ana Sánchez Gaviria, Víctor Saldarriaga Cardona, Enrique Cubides Amezquita, Laura Castro Ortiz, Patricia Mercado Lozano, Olga Guio Díaz, Lina Álvarez Gómez, Katherine Rolong Arias, Carolina Laverde López, Diana Cruz Orduña. en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1 ● INTRODUCCIÓN

El fallo en "Parejas Homosexuales II- C-075/07" habría de tener, con el tiempo, un impacto muy importante en la igualación de derechos y deberes entre parejas homosexuales y heterosexuales. Con esta sentencia en la mano y con una estudiada reconfiguración de sus precedentes y del bloque de constitucionalidad en la materia, la Corte Constitucional se vio abocada a una doble discusión: en primer lugar, a determinar el efecto general que sobre el ordenamiento jurídico en todos sus niveles tendría la C-075 al redefinir el concepto de "compañero/a permanente"; y luego de haber aclarado este tema, la Corte tendría que avanzar en un proceso de homologación de todo tipo de normas que contuvieran el concepto de "compañero/a permanente" (u otras expresiones análogas) para descubrir si en ellas el legislador había realizado una distinción legítima o si, por el contrario, en ellas anidaba un "déficit de protección". Este término, acuñado en la C-075/07, fue usado "para referirse a aquel vacío del régimen que desampara a individuos cuya protección es un imperativo constitucional."<sup>37</sup>

Esta metodología le permitiría a la Corte intervenir en una variedad de debates de la mayor importancia con relación a los derechos y deberes

37 C Const. C-811/07. M. G. Monroy Cabra.

de la pareja homosexual y que, al día de hoy, han sido resueltos por el derecho jurisprudencial: (i) en si podían adoptar; (ii) en sus niveles de protección en la seguridad social en salud; (iii) en sus niveles de protección en la seguridad social en pensiones; (iv) en la extensión de la obligación alimentaria entre los miembros de la pareja; (v) en sus derechos herenciales por vía de porción conyugal; y (vi) finalmente, en su potencial extensión a casi toda norma, habilitadora o restrictiva de derechos, basada en el concepto de “compañero/a permanente” o sus análogos. A continuación se revisarán estos temas en el mismo orden aquí sugerido.

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

### **2.1 ¿Cómo extender la *ratio decidendi* de la C-075/07 a otras normas jurídicas que contuvieran el concepto de “compañero/a permanente” o sus análogos?**

Las posibles estrategias para extender el precedente de la C-075 eran variadas: podía pensarse, como lo querían las opiniones más impacientes, que su *ratio decidendi* se aplicaba de forma automática a todo lo largo y ancho del derecho colombiano y por sólo ministerio de esta misma sentencia; o podía pensarse, cómo lo hizo la opinión mayoritaria en la C-075, que los efectos de la sentencia se veían limitados a la proposición jurídica atacada en la demanda en concreto y que, por tanto, sólo tendrían efecto para la extensión del régimen de la UMH a las parejas del mismo sexo. Se podía adoptar una estrategia “al por mayor” o “al detal”, según fuera el ritmo que se quisiera imprimir al proceso de homologación del derecho colombiano a una protección igualitaria de la pareja homosexual.

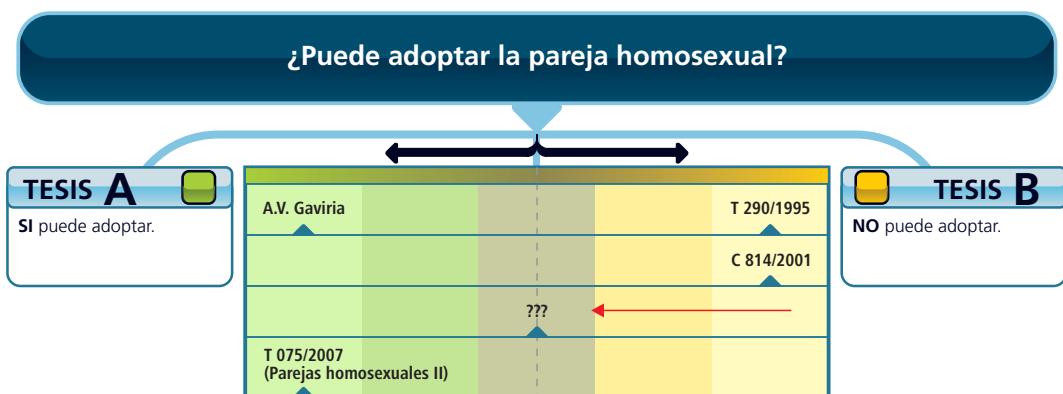
En el período posterior a la C-075/07 la Corte fue relativamente indisciplinada en estas cuestiones de “técnica constitucional”, aunque podría argumentarse que sin mayores consecuencias prácticas: luego de varias discusiones al respecto, la Corte decantó su posición al respecto en la C-029/09 al afirmar la extensión del precedente de la C-075 no era automática a otras normas y que, en consecuencia, se necesitaba un proceso de homologación para establecer si la expresión “compañero/a permanente”, en cada norma jurídica concreta que la contuviera, era expresión de un “déficit de protección” para la pareja homosexual. Se respondía así a la confusión que sobre el tema había originado entre activistas, ciudadanos y funcionarios judiciales había causado la sentencia del 2007.

#### **2.1.1 Adopción**

Arranquemos por el campo definitivamente vedado todavía: las instituciones que parecen relacionadas no con la “pareja”, sino con la “familia” y el “matrimonio” parecen estar vedados aún a los homosexuales. Este sentimiento es particularmente claro con relación a la adopción y la desconfianza que aún existe en la sociedad de que la pareja homosexual pueda amar, cuidar

y educar a menores de edad a los cuales, además, no puede procrear de forma "natural". Así en la C-814/01 se acusaban las normas del Código del Menor (Decreto 2737/89) que establecían la necesidad de determinar la "idoneidad moral" del adoptante, de un lado, y la necesidad, del otro, que la pareja adoptante sea conformada por hombre y mujer. Para el demandante estas normas discriminan a las personas y parejas homosexuales que tendrían un derecho constitucional de acceder en condiciones de igualdad a la adopción de menores. La Corte decidió que las normas eran constitucionales, no sin fuertes reparos en salvamentos de voto presentados por Cépeda, Córdoba, Montea-legre y, en toldo aparte como era usual en él, Araújo. El estado actual de este precedente es incierto después de la C-075: podría decirse que la doctrina que vedía el paso a la adopción permanece porque, en primer lugar, la norma no ha sido sometido a rehomologación constitucional en la Corte y tal procedimiento parece necesario como hemos visto; pero en segundo lugar da la impresión que los temas que se acerquen a la constitución de la "familia" parecen aún reservados a la heterosexualidad como se reitera incluso en sentencias del 2011. De otro lado, no parece muy claro cómo el impacto del análisis de la C-075/07 no habría de hacerse sentir incluso en el sensible tema de la adopción.

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



## 2.1.2 Seguridad social en salud

La norma de entrada al POS contributivo se encuentra en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que dice lo siguiente:

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

Esta norma fue demandada en la C-811/07 en un primer intento de extensión de la C-075/07. En este proceso había aún enormes incertidumbres sobre la extensión del precedente hasta el punto que varios activistas en el tema, incluidos los que habían promovido exitosamente el caso de "Pareja Homosexual II", pidieron la inhibición de la Corte por el miedo que una demanda técnicamente mal planteada pudiera tener el efecto, no de homologar la norma de salud a la nueva doctrina, sino más bien de atrincherarla en un cosa juzgada formal. Estas aprehensiones fueron afortunadamente infundadas: en la C-811/07 (cobertura familiar del POS) la Corte Constitucional hace una aplicación integral de la doctrina establecida en "Pareja Homosexual II". En la C-811 se encuentra de forma nítida el "déficit de protección" para la pareja homosexual y, por tanto, se ordena la interpretación del artículo 163 de una forma amplia para incluir al compañero/a homosexual:

"En efecto, acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075 de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de Seguridad Social en Salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad-en la concepción de

la autodeterminación sexual-, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.

La razón de dicha transgresión es clara: la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. En este sentido, es la propia condición homosexual la que, aunada a la decisión de vivir en pareja, determina la exclusión del privilegio legal, por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, al tiempo que vulneratoria del derecho a la dignidad humana (art. 2º C.P.), pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo.”

A continuación la Corte presenta un importante argumento adicional: si la extensión del concepto era constitucionalmente necesaria para el caso de la UMH (en el que sólo estaban en juego derechos civiles de contenido patrimonial), la extensión de la cobertura en salud requiere, con mayor fuerza, esta misma conclusión por verse allí comprometidos derechos sociales aún más fundamentales para la persona humana. Con este argumento la Corte trae aquí una subregla esencial extraída de la sentencia C-521/07<sup>38</sup> que busca una más expedita protección del derecho social fundamental: en la Ley 54 de 1990 se establece como requisito para el reconocimiento de la UMH la preexistencia de la vida en común por un período de dos años. Este requisito es inconstitucional, según la Corte, cuando se lo traspone al régimen de la Ley 100. El período de espera de la Ley 54 de 1990 se vuelve aquí un período de ausencia cobertura que, por la fundamentalidad del derecho a la salud, resulta desproporcionado. Para ello, pues, la pareja permanente tiene que acudir a una notaría y a allí formalizar su situación. Con esta declaración el sistema de salud debe hacer la inscripción correspondiente de la pareja. La Corte advierte, en todo caso, que los particulares responderán penalmente de sus afirmaciones si faltan a la verdad e inscriben dentro de su núcleo familiar a personas con las que no tienen, en realidad, un proyecto común de vida.

38 C Const. C-521 de 2007. C. I. Vargas

Siguiendo en todo caso su estrategia de incorporación “al detalle”, la Corte es muy cuidadosa al restringir los efectos de la sentencia a la integración de la pareja homosexual al régimen contributivo del Sistema General de Salud dejando el tema del régimen subsidiado para otra ocasión. Esta sentencia termina sepultando de forma definitiva la línea jurisprudencial (SU-623/01 y sus antecesoras) que bajo el influjo de “Parejas Homosexuales I” y temores fiscales infundados se negó a darle protección en salud en los compañeros del mismo sexo. Aquí la Corte hace explícito el cambio jurisprudencial:

“Podría argumentarse que la negativa de la entidad promotora de salud a la afiliación, al igual que la postura de los jueces de instancia al negar el amparo solicitado por el demandante, estaba justificada por un precedente jurisprudencial, pues en la sentencia SU-623 de 2001<sup>39</sup> esta Corporación había sostenido que la negativa de afiliación como beneficiario en el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud de una pareja homosexual no constituía un trato discriminatorio debido a que la regulación legal de la materia-el artículo 163 de la ley 100 de 1993 [...]”

No obstante, este razonamiento no es válido precisamente porque en la sentencia C-075 de 2007 se extendieron los efectos de la Ley 54 de 1990, es decir, la figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente a las parejas homosexuales y tal decisión comenzó a producir sus efectos desde el ocho de febrero de este año. Por lo tanto el argumento esgrimido por la entidad promotora y por los jueces de instancia para negar la solicitud de afiliación era insostenible a la luz de la jurisprudencia constitucional.”

39 C Const. SU 623 de 2001. R. Escobar Gil

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Puede una persona inscribir en el régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud a su compañero o compañera permanente del mismo sexo?

### TESIS A

Sí y esta distinción implica un “déficit de protección” a los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

	C 0098/1996	
	T 999/2000	
	T 618/2000	T 1426/2000
		SU 623/2001
C 521/2007		
C 811/2007		
C 856/2007		

### TESIS B

NO y la distinción de trato no implica una discriminación de trato que viole derechos fundamentales.

### 2.1.3 Seguridad social en pensiones

A punta de llover sobre mojado, la Corte hace aquí una afirmación extraordinaria que termina por dar la vuelta completa a la doctrina constitucional colombiana. En la C-336/08<sup>40</sup> (Pensión de sobrevivientes) empieza afirmando que, “si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana.”<sup>41</sup>

Dentro de este marco general, el argumento de la Corte es previsible: la exclusión de la pareja homosexual de la pensión de sobrevivientes (o, antiguamente, sustitución pensional) tiene un déficit de protección que viola derechos fundamentales. El estado debe proteger de forma igualitaria la dignidad de sus habitantes. Al igual que en la sentencia de salud, la Corte también retira en estos casos la obligación de que la pareja haya vivido por más de dos años. Basta con una declaración notarial para “formalizar la convivencia” y, por tanto, la voluntad de acceder a los derechos propios del sistema de seguridad social (C-521/07). Posteriormente, en la T-051 de 2010<sup>42</sup> la Corte pone a prueba en un caso concreto su doctrina en pensión de sobrevivientes.

<sup>40</sup> C Const. C-336 de 2008. C. I. Vargas

<sup>41</sup> Considerando 5.9.

<sup>42</sup> C Const. T-051 de 2010. M. González Cuervo

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Puede una persona ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de su compañero del mismo sexo?

### TESIS A

Sí y esta distinción implica un “déficit de protección” a los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

		C 098/1996	
	C 075/2007 (Parejas homosexuales II)		
	C 521/2007		
	C 336/2008		
	T 051/2010		

### TESIS B

No y la distinción de trato no implica una discriminación de trato que viole derechos fundamentales.

### 2.1.4 Posibilidad de comisión del delito de inasistencia alimentaria dentro de la pareja homosexual (C-798/08<sup>43</sup>)

La Ley 1181 de 2007 reformó el tipo penal de inasistencia alimentaria. En su parágrafo 1º restringió explícitamente su aplicación a la pareja homosexual porque afirmaba que el tipo sólo era aplicable “únicamente” a pareja constituida por “hombre” y “mujer”. Esta norma penal de cuño muy reciente, que niega protección penal a los compañeros homosexuales, muestra la recalcitrante posición que ha tenido el Congreso en estos temas. Como no podría ser de otra forma luego de las sentencias de 2007, la Corte declara inconstitucional la expresión “únicamente” e interpreta conforme a la constitución, es decir, en un sentido incluyente, la expresión “compañero/a permanente” en directa aplicación de la doctrina del “déficit de protección”.

## 2.2 La gran sentencia de homologación normativa (C-029/09)

A la altura del 2009 esta estrategia de homologación normativa parecía muy lenta frente a las expectativas legítimas que seguía encontrando “déficits de garantía” en un gran número de normas del sistema jurídico. Pero no sólo eran derechos: la expresión “compañero/a permanente” es frecuentemente usada en normas que establecen inhabilidades, deberes u obligaciones. El trato desigual, por tanto, no concernía sólo a derechos sino también a cargas y obligaciones. Un tratamiento igualitario exigía una revisión de todas estas normas. Es aquí cuando se propone una “demanda en bloque” contra un gran número de normas jurídicas. Aunque la Corte acepta la demanda y expide, en consecuencia, una compleja “sentencia en bloque”, se reafirma en su C-029/09 que “de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter

<sup>43</sup> C Const. C-798 de 2008. J. Córdoba Triviño.

general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria.”<sup>44</sup>

Por el lado de la “doctrina constitucional” el tema ya parece pacífico al interior de la Corte hasta el punto de sólo citar la nueva progenie de sentencias con la cual ha venido afirmando la igualdad constitucional de la pareja homosexual frente a la heterosexual: la C-075 de 2007 (Parejas Homosexuales I), C-811 de 2007 (Núcleo familiar en salud), T-856 de 2007<sup>45</sup> y C-336 de 2008 (Pensión de sobrevivientes). A partir de estas ideas básicas, que no es necesario repetir aquí, la Corte expide una sentencia compleja en la que hace interpretaciones conforme a la Constitución de un gran número de normas esparcidas a todo lo largo y ancho del sistema jurídico. La sentencia se presta para confusiones porque en su parte resolutiva tan solo se mencionan las normas interpretadas pero no se le recuerda al lector el tema sustantivo del cual tratan. Para facilitar la comprensión se presente a continuación una tabla en que la que se incluyen, no solamente la norma interpretada de forma condicional, sino también el tema sustantivo al cual se refiere, de manera que los lectores de la sentencia queden advertidos de las áreas en las cuales la Corte ha hecho una igualación completa del tratamiento a la pareja homosexual.

44 C Const. C-029/09. R. Escobar Gil.

45 C Const. T-856 de 2007. H. Sierra Porto

TEMA	NORMA DEMANDADA	CONTENIDO DE LA NORMA	DECISUM
Afectación a vivienda como patrimonio familiar.	A 4, L945/1999	Establece que el patrimonio de familia puede constituirse a favor de una familia compuesta por un hombre y una mujer mediante matrimonio, o por compañero o compañera permanente y los hijos de estos y aquellos menores de edad o por el núcleo familiar sin hijos.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que esta protección patrimonial se extiende en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.
Obligación de dar alimentos.	A 411, Código Civil	Determina el deber de dar alimentos al cónyuge.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.
Nacionalidad por adopción de compañero permanente.	A 5, L 434/1993	Establece una reducción del término para otorgar la nacionalidad por adopción. Según la norma se reduce el término de 5 a 2 años de estar domiciliados de forma continua en el país, cuando el extranjero que hace la solicitud se encuentre casado, o sea compañero permanente de nacional colombiano, o la pareja tenga hijos colombianos.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que la misma se aplica también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo.
Derecho de residencia en la isla de San Andrés.	A 2y3, Decreto 2762/1991	Establece los requisitos para que los cónyuges compañeros permanentes puedan tener la residencia fija en San Andrés de forma anterior y posterior a la expedición del decreto. (3 años de que la pareja haya fijado el domicilio común en el departamento).	Exequibilidad condicionada en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.
Eliminación de desigualdades en materia procesal penal.	A 8b, 282, 303, 385, L 906/2004	Establece el derecho no incriminar, o declarar en contra del cónyuge, compañero permanente como manifestación del derecho de defensa.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que la misma se aplica también, en igualdad de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

Eliminación de desigualdades en los procedimientos de la justicia penal militar.	A 222,431 y 495 L522/1999	Exonera del deber de formular denuncia, o declarar, contra el cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes cercanos. También establece el deber de las autoridades judiciales de advertir al imputado que no tiene obligación de contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Eliminación de desigualdades en procedimiento disciplinario.	A 71, L734/2002	Exonera del deber de formular quejas contra el cónyuge, compañero permanente o parientes cercanos.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Prescindencia de la imposición de sanción de ciertos delitos cometidos contra compañeros permanentes.	A 34, L 599/2000	Establece la posibilidad de prescindir de la imposición de la sanción penal en los casos delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a su cónyuge, compañero o compañera permanente u otros parientes cercanos.	Exequibilidad condicionada En el entendido de que la misma incluye, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Agravación de penas para ciertos delitos cometidos sobre el compañero permanente.	A 104,107, 170, 188b y 234, L 599/2000	Establece como circunstancia de agravación punitiva para los delitos de homicidio, secuestro extorsivo, tortura, tráfico de migrantes, extorsión. Igualmente establece como agravante del delito de tortura que se cometa contra el cónyuge, o compañero o compañera permanente de: servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, o contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que sus previsiones también comprenden a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Tipificación del delito inasistencia alimentaria.	Parágrafo 1, A 1, L 1181/2007	Establece la pena para el delito de inasistencia alimentaria que se define como sustracción sin justa causa de la prestación de alimentos legalmente debidos al cónyuge o compañero o compañera permanente y demás parientes cercanos.	Exequibilidad condicionada en el entendido que las expresiones "compañero" y "compañera permanente" comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

Tipificación del delito de malversación y dilapidación de fondos.	A 236, L 599/2000	Establece la pena de prisión para el tipo penal de malversación o dilapidación de los bienes que sean administrados en ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela en cónyuge o compañero permanente.	Exequibilidad condicionada en el entendido que las expresiones "compañero" y "compañera permanente" comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo.
Tipificación del delito de amenaza a testigo.	A 2, L 294/1996	Establece la pena para quien amenace a una persona testigo de un hecho delictivo con ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Regulación de tratamiento a violencia intrafamiliar.	A 2, L 294/1996	Determina el ámbito de aplicación de las normas que regulan el tratamiento de la violencia intrafamiliar señalando que para los efectos de la Ley, integran la familia: Los cónyuges o compañeros permanentes.	Para los efectos de las medidas administrativas de protección previstas en esa ley, la misma también se aplica, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo, e inhibirse en relación con las expresiones "familia" contenidas en el mismo artículo.
Regulaciones para mecanismos de búsqueda de víctimas del delito de desaparición forzada.	A 14y15, L971/2005	Establece el derecho de los familiares de las personas sobre las que se dé el delito de desaparición forzada de establecer peticiones para conocer los dispositivos realizados para la búsqueda. Igualmente el derecho de los familiares a obtener la entrega inmediata del cadáver, cuando activada la búsqueda la persona se hallada sin vida.	Exequibilidad condicionada siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Establecimiento del concepto de víctima y de sus derechos en el proceso de la Ley de justicia y paz.	A 5,5,15,47,48 y 58, L 975/2005	Define el ámbito de aplicación de la ley de víctimas y los derechos a la verdad, reparación simbólica y memoria y archivo en la que se contempla los parientes de la víctima.	Exequibilidad condicionada siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Medidas para protección de los bienes de víctimas del delito de desaparición forzada.	A 10y11, L 589/2000	Establece medidas para la Administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada que consisten en la posibilidad autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de los bienes a manera de curador.	Exequibilidad condicionada siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

Medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias.	A 2, L 986/2005	Establece como destinatarios de los instrumentos de protección a la víctima del secuestro, a su familia y a las personas que dependan económicamente del secuestrado. También señala como legitimadas para ejercer la curaduría de bienes, en su orden, las siguientes personas: el cónyuge o compañero o compañera permanente, los descendientes incluidos los hijos adoptivos, los ascendientes incluidos los padres adoptantes y los hermanos.	Exequibilidad condicionada siempre que se entienda que, cuando corresponda, sus previsiones, en igualdad de condiciones, se aplican también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.
Pensiones miembros de la fuerza pública.	A 3, L 923/2004	Establece como beneficiarios en forma vitalicia y temporal de la pensión de sobrevivientes y de invalidez de los miembros de la fuerza pública al cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, así como la posibilidad d dividir la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, cuando haya más de un compañero permanente.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.
Beneficiarios para el sistema salud de la Policía.	A 24, Decreto 1795/2000	Establece como beneficiarios para el sistema de salud de la Policía Nacional al cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado y también a los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges o compañero (a) permanente, que hagan parte del núcleo familiar o aquellos menores de 25 que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.
Subsidios familiares.	A 27, L 21/1982	Establece un derecho para el cónyuge o compañero permanente del trabajador, para utilizar reconocer el subsidio familiar en servicios.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

Subsidio de vivienda.	A 7, L 3/1991	Podrán ser beneficiarios del Subsidio Familiar de Vivienda los hogares de quienes se postulen para recibir el Subsidio, por carecer de recursos suficientes para obtener una vivienda, mejorarla o habilitar legalmente los títulos de la misma; el reglamento establecerá las formas de comprobar tales circunstancias.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que el subsidio familiar de vivienda allí previsto se aplica también a los integrantes de las parejas homosexuales, en las mismas condiciones que a los compañeros o compañeras permanentes.
Normas de derecho agrario.	A 61, 62, 159, 161 y 172, L 1152/2007	Normas de derecho agrario para adjudicación de subsidios para compra de bienes baldíos así como para su titularización y revocación.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.
Seguro Obligatorio de accidentes.	A 244, L 100/1993	Establece el derecho del compañero o compañera permanente, de recibir indemnización por accidente de tránsito.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en las mismas condiciones, comprende también a los integrantes de la pareja del mismo sexo.
Normas para erradicar la corrupción.	A 14, L 190/1995	Establece que la declaración de bienes de funcionarios públicos debe contener la información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho entre compañeros permanentes.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.
Normas para erradicar la corrupción.	A 14, L 190/1995	Establece una prohibición para los compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. De pertenecer a juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio. O para ser designados como funcionarios en la entidad territorial.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

Normas para erradicar la corrupción.	A 8, L 80/1993	Establece una inhabilidad para contratar a los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.
Normas para erradicar la corrupción.	A 1, L 1148/2007	Establece una prohibición para los <i>compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales</i> para ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio para ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.
Normas sobre impedimentos y recusaciones en derecho disciplinario.	A 40y84, L 734/2002	Define el deber de los servidores públicos de declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente.  Así como causales para impedimento y recusación (i) Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, (ii) Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, del inferior que dictó la providencia. (iii) Ser cónyuge o compañero permanente, de cualquiera de los	Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

Continúa en la siguiente página

		<p>sujetos procesales. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, (iv) Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (V) Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente.</p>	
Normas para el funcionamiento del congreso.	Num. L 5/1992	<p>Establece excepciones para las incompatibilidades de los congresistas el cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera permanente.</p>	<p>Exequibilidad condicionada en el entendido de que, en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.</p>

### 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ÚLTIMO PRONUNCIAMIENTO EN MATERIA DE PORCIÓN CONYUGAL (C-283/11) Y ORIENTACIONES FUTURAS EN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

La última homologación normativa hasta el momento la hizo la Corte Constitucional con relación a los artículos del Código Civil que regulan los derechos sucesorales por vía de “porción conyugal”. En este caso, en el que sólo existe por ahora comunicado de la Corte, se afirma que la pareja homosexual tiene derecho a acceder a esta protección patrimonial en las mismas condiciones que la heterosexual:

“Siguiendo así sus precedentes, la Sala Plena decidió entonces analizar la naturaleza jurídica de la porción conyugal consagrada en el artículo 1230 del Código Civil y que data de 1873, para concluir que el fin de la mencionada figura en los tiempos modernos, es garantizar que el cónyuge pueda optar por gozar de parte del patrimonio de la persona con la que convivió con vocación de permanencia, a quien apoyó y a quien cuidó, si el patrimonio con que cuenta, después de disuelta la sociedad conyugal resulta menor al que le correspondería por “porción conyugal”, como una forma de compensar y equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común.

Con fundamento en esa finalidad, la Sala concluyó que no existía una razón válida para sostener que esa protección patrimonial no pudiera ser igualmente reconocida al compañero o compañera permanente supérstite, quien sin haber solemnizado su relación, pero con la convicción y en la libertad de unirse a otra persona, también compartió un proyecto de vida, fue solidario y ofreció sus cuidados y apoyos, tal como lo hace el cónyuge, argumento suficiente para extender esa protección a las uniones maritales de hecho. En otros términos, aceptar que la denominada “porción conyugal” sólo era para quien tuviera un vínculo matrimonial no atendía a un fin legítimo y como tal carente de razonabilidad. En ese sentido, la Sala advirtió que para tener el derecho a la denominada “porción conyugal” se debe demostrar por los medios probatorios idóneos la condición de compañero o compañera supérstite, es decir, los dos años de convivencia que exige la Ley 50 de 1994, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005.”

En esta sentencia, sin embargo, se enfatizan dos cuestiones en los que la Corte muestra algún deseo de frenar o limitar la revolución silenciosa de los derechos de la pareja homosexual: en primer lugar, insiste con cierta vehemencia que la protección constitucional de los homosexuales se hace dentro del ámbito de la pareja y que, en consecuencia, ello no implica un reconocimiento de que puedan acceder al “matrimonio”. Ambas instituciones son diferentes hasta el punto de sugerir que el derecho de la pareja homosexual al matrimonio y posiblemente a la “familia” están constitucionalmente vedados. Es posible, por otro lado, que esta sea una discusión meramente semántica porque se pueda visualizar una UMH de homosexuales con garantía tan plena de sus derechos que sea, en la práctica, un análogo funcional de la pareja heterosexual en situación de “matrimonio” y “familia”. Estos términos son tan poderosos, sin embargo, que el prejuicio homofóbico pueda encontrar su último solaz en su monopolización jurídica: sólo por la vía heterosexual se puede llegar a las altas cotas de moralidad y prestigio social que significa el “matrimonio” y la “familia”. Por ahora, sin embargo, las implicaciones de estos *dicta* de la sentencia no son completamente claras. En segundo lugar la Corte muestra una cierta preocupación por el estado en el que está quedando el derecho colombiano luego de sus intervenciones puntuales de control de constitucionalidad. Quizás es por esta razón que le hace un llamado al Congreso de la República:

“[L]a Corte consider[a] que lo ideal es que el legislador, en el marco del Estado Social de Derecho, enmarcado en la separación de poderes y en ejercicio de su libertad de configuración, hubiese regulado todos los efectos civiles derivados de las uniones de hecho y los derechos para las parejas del mismo sexo, teniendo como fundamento el principio democrático y teniendo cuidado de no crear discriminaciones odiosas basadas en la naturaleza del vínculo legal, complementando en algunos casos o modificando en otros las distintas disposiciones del ordenamiento civil. Sin embargo, esa ausencia de regulación ha generado tratamientos discriminatorios entre los cónyuges y los compañeros permanentes, así como entre las parejas del mismo sexo que la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía y prevalencia de la Constitución no puede dejar de estudiar y declarar, máxime cuando la legislación que se acusa es anterior a la Constitución de 1991. En ese orden, la Corte sin desconocer su función, y conservando las competencias que la Constitución le asigna EXHORTA al Congreso de la República, como foro de la demo-

cracia y en donde la sociedad civil puede ser consultada, para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo, de forma tal que a futuro existan soluciones legales a las diversas controversias y reclamaciones que puedan surgir a partir de los reconocimientos que ha venido efectuando esta Corporación.”

¿Significa esto un regreso a la antigua estrategia de remisión legislativa del fallo “Parejas Homosexuales I”? No parece posible de ninguna manera. El exhorto, en todo caso, sí revela la preocupación de la Corte por las dificultades de aplicar un enfoque tan gradualista como el que ha asumido en su jurisprudencia posterior a la C-075. Quisiera que el legislador resolviera el problema de un tajo y expida una legislación “sistemática y ordenada” sobre la materia. Pero la duda se mantiene: ¿responderá el legislador esta petición o seguirá expresando, como lo ha hecho hasta ahora, indiferencia e, incluso, prejuicio, hacia la cuestión homosexual? Y, finalmente, una pregunta más de fondo: ¿al día de hoy cuál es el sentimiento de la “democracia” colombiana –cualquier cosa que ello signifique–? ¿De protección igualitaria o de inercia moralista frente a la persona y la pareja homosexual? El desarrollo del derecho constitucional colombiano y de la reflexión moral y política continuará sin duda...

# LA VISITA CONYUGAL: UNA MANIFESTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE LOS RECLUSOS EN COLOMBIA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Edgar Vargas en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN COLOMBIA Y DERECHO A LA VISITA CONYUGAL

Una de las características más importantes de los derechos fundamentales es su universalidad. Con base en ella, todos los seres humanos poseen un conjunto de libertades y prerrogativas que deben ser protegidas y garantizadas por el Estado pero también respetadas por todos los miembros de la sociedad. La carga de este imperativo es tan fuerte que la universalidad de los derechos humanos se predica, sin importar las condiciones económicas, sociales o culturales de los sujetos de protección o el grado de moralidad o legalidad con el que se interrelacionen con los demás. Precisamente esta característica es la que obliga a que la mayoría de los derechos fundamentales también puedan ser exigibles por quienes están recluidos en centros penitenciarios por la comisión de delitos. Esta protección es particularmente importante por el estigma social que sufren como "enemigos de la sociedad" y especialmente en contextos de violencia sistémica como el nuestro.

Desde la aparición de la tutela como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales, las reclamaciones de los internos han revelado que las cárceles colombianas son lugares de permanente y multifacética afectación de sus derechos fundamentales. La acción tutela ha permitido visibilizar, al menos en parte, una situación frente a la que la sociedad y el estado

volteaban la cara. Así lo reiteró la Corte Constitucional en la ya clásica sentencia T- 153 de 1998 en la que calificó la situación de la población carcelaria como un *estado de cosas inconstitucional*. En esta sentencia, en la que se aborda el problema del hacinamiento de las cárceles, el tribunal diagnosticó la gravedad de la situación, no sólo por las *condiciones infrahumanas* en las que se ven obligadas a vivir las personas privadas de la libertad, sino por la ausencia de políticas públicas capaces de corregir tan deplorable estado. De acuerdo con ella, los colombianos y las autoridades estatales se habían acostumbrado a las lamentables condiciones de los centros de reclusión, como si para esta situación no fuera posible encontrar remedio y no valiera la pena siquiera buscarlo. Este fallo se convirtió en un referente importante en la historia del constitucionalismo nacional, al poner sobre el tapete la discusión relativa a los derechos fundamentales no restringidos de los internos carcelarios y penitenciarios.

Pero el problema carcelario abordado en la sentencia T-153 de 1998 no se circumscribe a las deficientes condiciones de reclusión que atentan contra la dignidad, la integridad, la salud o la posibilidad de resocialización de los internos. La jurisdicción constitucional ha demostrado que existen otra clase de derechos de los reclusos que el Estado ha desconocido. Es por ello que en los últimos años se ha consolidado una sólida doctrina constitucional en relación con la vigencia de los derechos fundamentales en los centros de reclusión y de los distintos grados de protección que merecen los derechos de la población carcelaria. Para esta doctrina, la garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad tiene ciertas peculiaridades, las cuales conducen a una graduación en su protección, que depende de las posibilidades legales y materiales con las que cuentan los reclusos para el ejercicio de sus derechos. Así, el amparo de los derechos fundamentales no es idéntico y sus grados de protección van desde su total e irrestricta garantía (así, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, etc.) hasta la temporal suspensión de su ejercicio (la libertad relativa de locomoción y de fijación de residencia), por el término que dure la sanción o la medida cautelar. Esta relación entre el grado de protección de los derechos fundamentales de los reclusos y la posibilidad de ejercitarlos es directamente proporcional: si las condiciones legales y fácticas permiten el disfrute del derecho, el deber del Estado será el de máxima garantía; por el contrario, en la medida en que estas condiciones restringen o limiten el ejercicio del derecho fundamental, el deber de protección del Estado disminuye. Sin embargo, el grado de protección no

puede llegar a ser tan bajo como para anular el contenido y goce de los derechos fundamentales de los reclusos<sup>46</sup>.

Siguiendo estas premisas, es posible determinar un primer conjunto de derechos de los reclusos que la Corte Constitucional ha rotulado como derechos suspendidos. Como consecuencia de la imposición de medidas cautelares para la investigación de los delitos o condenas, se produce la temporal suspensión en el goce de estas garantías constitucionales. Para esta clase de derechos, el grado de protección es bajo, ya que el sistema penal está diseñado de forma tal que implica de suyo su limitación<sup>47</sup>. El ejemplo protagónico de los derechos fundamentales suspendidos es la limitación a la libertad personal de locomoción de los presos. Y en el otro extremo están los derechos que no pueden ser suspendidos ni limitados, así se haya declarado la responsabilidad penal, por considerarse incólumes para todos los seres humanos. Razón que hace que su nivel de protección sea total y resulte exigible su garantía hasta en los centros de reclusión. Derechos como la vida, la integridad física, la igualdad y el debido proceso son exigibles ante cualquier clase de afectación que dificulte su disfrute por parte de los reclusos. En el punto intermedio de estos dos extremos están otros derechos que la jurisprudencia constitucional ha llamado como derechos restringidos. La característica de este grupo es que no pueden ejercitarse de la misma forma que ocurriría si la persona estuviera en libertad por las condiciones propias de los centros de reclusión, aunque legalmente y por disposición de la sanción penal estos derechos no se encuentran limitados. Luego, aunque el Estado debe garantizarlos, estos derechos se encuentran en un nivel intermedio de protección. El siguiente cuadro sintetiza la clasificación de estos derechos:

- <sup>46</sup> Ver al respecto entre otras la sentencia C Const, T-511 de 2009, J.I. Pretelt Chaljub.
- <sup>47</sup> De todas formas, esta afirmación debe matizarse, pues en materia penal existen diversas corrientes que se enfocan en criticar las sanciones que implican la privación de la libertad y las supuestas funciones que cumplirían esta clase de medidas.

DERECHOS SUSPENDIDOS	DERECHOS RESTRINGIDOS	DERECHOS INCOLUMNES
<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Libertad física</li> <li>▶ Libertad de locomoción</li> <li>▶ Derecho al voto</li> <li>▶ Acceso a los cargos públicos</li> <li>▶ Ejercicio a la acción de institucionalidad</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Intimidad personal: Unidad familiar y visita conyugal</li> <li>▶ Trabajo</li> <li>▶ Reunión</li> <li>▶ Asociación</li> <li>▶ Libre desarrollo de la personalidad</li> <li>▶ Libertad de expresión</li> <li>▶ Educación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Vida</li> <li>▶ Integridad personal</li> <li>▶ Igualdad</li> <li>▶ Debido proceso</li> <li>▶ Petición</li> <li>▶ Libertad de conciencia</li> <li>▶ Libertad religiosa y de cultos</li> <li>▶ Libertad de escoger profesión y oficio</li> </ul>

Dentro del conjunto de derechos que la doctrina constitucional ha calificado como restringidos se encuentran la unidad familiar y el derecho a la visita conyugal, entendidos como la posibilidad de que los reclusos puedan tener contacto íntimo o relaciones sexuales pero sólo en las condiciones y oportunidades señaladas en los reglamentos carcelarios. Estas condiciones se encuentran determinadas en los artículos 112 de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Nacional Penitenciario y Carcelario”, y en los artículos 29 y 30 del Acuerdo 011 de 1995 del INPEC, y pueden sintetizarse de la siguiente manera: i) la periodicidad de estas visitas es de una al mes; ii) las condiciones relativas a los horarios, seguridad y lugar para la realización se determinan por los centros de reclusión; iii) es indispensable la solicitud previa del interno con los datos de identificación del visitante; iv) se requiere autorización del juez o fiscal, en el caso de personas sindicadas, o del director regional del INPEC, en el caso de personas condenadas.<sup>48</sup>

Estas disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario demuestran que la visita conyugal es efectivamente un derecho aunque tenga

48 El artículo 30 del Acuerdo 11 de 1995 determinaba que las autoridades penitenciarias, de forma anterior a la visita, debían verificar la condición de casado o compañero permanente del sindicado y de la persona sobre la que recaía la solicitud de visita. Sin embargo, esta alusión de la norma fue declarada nula por el Consejo de Estado. La razón de la anulación consistió en que con esta referencia se ofrecía un trato discriminatorio a las personas que no tenían cónyuge o compañero permanente, impidiéndoseles el derecho a gozar de la visita conyugal. Ver al respecto CE 15 de mar de 1998, e 4386, Manuel Santiago Urueta.

restricciones. A la jurisprudencia constitucional le costó varios años establecer y precisar esta premisa hasta hallar el siguiente equilibrio de ponderación: (i) se estableció que la visita conyugal es un derecho (no un privilegio o una concesión), y por ende, susceptible de ser reclamado ante las autoridades carcelarias y los jueces; (ii) se determinó que la visita conyugal estaba estrechamente relacionada con derechos expresamente consagrados en la Constitución como la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad; y (iii) se señaló que los sujetos activos de este derecho no eran únicamente los reclusos, sino también sus cónyuges o compañeros permanentes. En relación con la visita conyugal, la Corte Constitucional tuvo que conocer y dar respuesta en distintas decisiones judiciales al problema jurídico esbozado en el siguiente gráfico.

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

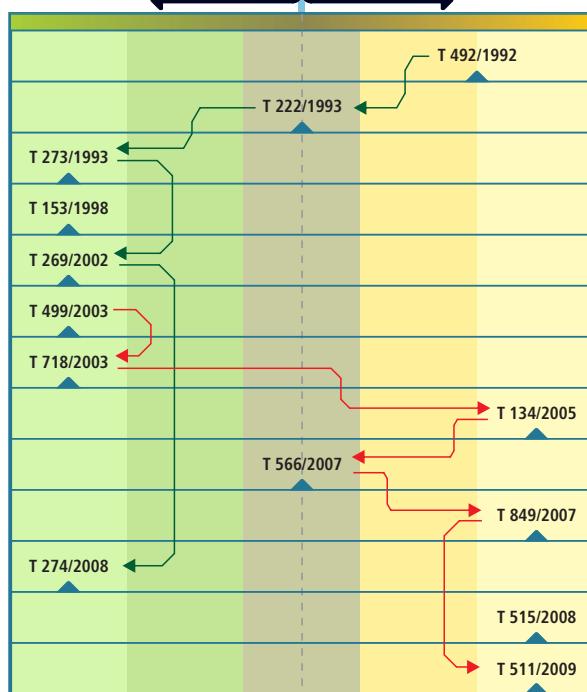
¿Hasta qué punto las autoridades penitenciarias pueden limitar legítimamente el ejercicio del derecho a la visita conyugal?

### TESIS A

Moderada limitación al derecho de visita conyugal.

### TESIS B

Amplia limitación del derecho a la visita conyugal.



# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Desde los primeros casos conocidos por la Corte Constitucional en los que se reclamaba por vía de tutela el derecho a la visita conyugal, la jurisprudencia ha reconocido que este es un derecho que *debe soportar limitaciones*.<sup>49</sup> Por ello en un primerísimo momento se concentró en la discusión acerca de si los reclusos contaban con un derecho exigible por vía de tutela. Sin embargo, para el año de 1993, la jurisprudencia superó este tópico y se concentró en analizar hasta qué punto las autoridades penitenciarias podían limitar legítimamente el derecho a la visita conyugal. Así, una primera solución posible al problema jurídico planteado consiste en sostener que las limitaciones al derecho de visita conyugal deben ser moderadas. La razón es sencilla: este actividad personal y de pareja, a pesar de estar limitada administrativamente en la ley y los reglamentos, se encuentra íntimamente ligada a derechos de estirpe constitucional como la intimidad (art. 15) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16) de los reclusos. En el otro extremo de las posibilidades se encuentran aquellas decisiones judiciales que avalan límites de mayor amplitud a las visitas conyugales en los centros de reclusión, por la relación especial de sujeción de los reclusos frente al Estado y para garantizar, especialmente en los últimos años, condiciones de seguridad a los propios internos y a la sociedad en general. Esta relación de subordinación de los internos autoriza a los centros penitenciarios a la toma de decisiones discrecionales para el ejercicio de medidas disciplinarias y administrativas encaminadas al control de estas visitas que redundan en la seguridad de las prisiones e impiden, por ejemplo, la consolidación de poder criminal interno a manos de reclusos que perseveran en actividades ilícitas.

El telón de fondo de la solución de este problema jurídico es una sugestiva contraposición de intereses. De un lado, la tesis de la moderada restricción de la visita conyugal aboga para que la pena impuesta sea lo menos drástica posible y no afecte, más allá de lo necesario, derechos distintos a la libertad personal. Por la otra cara, la tesis de alta limitación a la visita conyugal resalta la necesidad del Estado de ejercer mecanismos de control en relación con la población carcelaria para facilitar la tarea de administración de las cárceles, para garantizar la seguridad en contextos de

49 CConst, T-425 de 1992, C. Angarita.

criminalidad organizada, para protección de los mismos internos y para que la pena cumpla su dimensión sancionadora.

Así, la jurisprudencia constitucional ha fluctuado entre estas dos tesis para proponer soluciones diversas a los intereses contrapuestos. Sin embargo, no puede señalarse,- como en principio parecería sugerir una lectura rápida del gráfico-, que la postura del Tribunal Constitucional haya tenido giros jurisprudenciales de gran magnitud. Lo que se explicará enseguida es que la variación de la postura jurisprudencial ha obedecido a variaciones los escenarios de litigio planteados en las acciones de tutela acerca del derecho a la visita conyugal. En cada uno de estos escenarios, la Corte Constitucional ha privilegiado de manera coherente cada una de las tesis expuestas. Estos escenarios de litigio se distinguen a partir de la identificación de dos patrones fácticos diferentes: un primer escenario de litigio pone en contraposición el derecho de los internos a la visita conyugal con las acciones u omisiones de las autoridades penitenciarias que con base en los reglamentos penitenciarios afectan o impiden el goce del derecho a la visita conyugal; en el segundo escenario, que aparece más tardíamente en esta línea jurisprudencial, las limitaciones a la visita conyugal están relacionadas con decisiones de traslado de los reclusos adoptadas por las autoridades penitenciarias en contextos específicos. A continuación se describirán los escenarios de litigio planteados.

### **3.1 Primer escenario de litigio: Las autoridades penitenciarias, basándose en los reglamentos penitenciarios impiden o dificultan el goce de la visita conyugal.**

Este primer escenario aparece tempranamente en la jurisprudencia y es observable en las sentencias fundadoras de esta línea jurisprudencial: T-425 de 1992, T-222 de 1993 y T-273 de 1993. En estas decisiones se solicita la protección constitucional del derecho a la visita conyugal ante acciones u omisiones del INPEC que restringen o dificultan la visita conyugal. Los casos por los cuales se acude a la jurisdicción constitucional en estas tres decisiones evidencian la manera como los reglamentos penitenciarios se ponen en práctica para no permitir el disfrute de este derecho.

En la sentencia T-425 de 1992 se solicita el amparo del derecho fundamental a la intimidad de los reclusos. El centro de reclusión exigía en

el caso concreto que las personas que fueran a realizar la visita portaran un carnet de identificación previamente asignado, sin que se permitiera que los reclusos pudiesen pedir la compañía de mujeres diferentes a las previamente carnetizadas. La demanda reclama que esta medida administrativa constituye un obstáculo ilegítimo encaminado a impedir la libre escogencia de compañera íntima a la que el reo (o cualquier persona en general) tendría derecho. La Corte no concede la tutela. La aclaración de la tesis sostenida por la Corte tiene dificultades por el discurso ambiguo que en ella se maneja. Aunque en el fallo la Corte realiza, a manera de *obiter dictum*, muchas precisiones en relación con la protección de los derechos fundamentales de los reclusos, la decisión desestimatoria del amparo no se compadece del todo con estas reflexiones. Lo que pretendía el demandante en esta acción, así no fuera claro en su solicitud, era que la Corte se pronunciara acerca de la limitación establecida por el reglamento carcelario en relación con que la visita conyugal se practicara únicamente con la cónyuge o compañera permanente quienes, al menos en principio, debían ser las personas carnetizadas para obtener acceso. El actor, sin embargo, estaba reclamando la posibilidad de tener relaciones sexuales al interior de los centros de reclusión con personas distintas a su pareja permanente y carnetizada. La Corte bien habría podido inaplicar el reglamento administrativo para proteger los derechos alegados. Sin embargo, prefirió aceptar como razonable que los reclusos no pudieran tener relaciones sexuales con personas distintas a su cónyuge o compañera permanente. Sería el Consejo de Estado, en 1999, el órgano que anularía los apartes de la Resolución 011 de 1995 que establecían la exigencia de la visita conyugal exclusivamente sobre el cónyuge. Y esta anulación la declaró con base en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de los reclusos que no estaban casados o no tenían compañera permanente.

Posteriormente, en la sentencia T-222 de 1993<sup>50</sup>, la Corte conoce un caso en el que se solicita el amparo del derecho a la intimidad de los reclusos. El accionante, que se encuentra en una cárcel en la que no está reglamentada la visita conyugal, solicita que el centro penitenciario reglamente las visitas conyugales para que se le permitan a él y a los demás reclusos del penal tener relaciones sexuales. Las razones aducidas por el INPEC para la no autorizar la realización de la visita conyugal consistían en que el centro de reclusión tenía un carácter transitorio. La Corte Constitucional no concede la tutela por

<sup>50</sup> CConst, T-222 de 1993, J. Arango

ser un hecho superado ya que al fallarla ya se había trasladado al interno a un centro de reclusión en el que sí se encontraba reglamentada la visita conyugal.

Dentro de esta primera etapa también se encuentra la sentencia T-273 de 1993 en la que se solicita el amparo al derecho a la igualdad por parte de una interna de la cárcel de mujeres de Bogotá “El Buen Pastor”. La afectación de este derecho se manifiesta en la exigencia de requisitos no contemplados para las visitas conyugales en las cárceles de hombres -comprobación del uso de métodos anticonceptivos y realización de cursos de educación sexual-, requisitos que hacen más complejo para las mujeres el disfrute del derecho a la visita conyugal. Esta es la primera decisión en la que realmente la Corte acoge una tesis que exige moderación en las limitaciones al derecho a la visita conyugal. En esta decisión, el alto tribunal concede la tutela, y ordena la inaplicación del reglamento interno de la cárcel, que impone requisitos discriminatorios para las mujeres.

La lectura de esta decisión pone de manifiesto que la primera tarea que asumió la Corte Constitucional en relación con la visita conyugal consistió en la eliminación de barreras normativas que impedían que los reclusos hicieran uso de esta clase de visitas. En esta decisión, la Corte precisó que los reclusos son sujetos de derechos fundamentales a pesar de estar condenados por la comisión de delitos. También estableció que la visita conyugal es un derecho susceptible de ser protegido mediante la tutela, por tener estrecha relación con el derecho a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y otros derechos fundamentales.

La etapa inicial para la solución de este primer escenario de litigio se caracteriza por la variación de la Corte Constitucional en su postura. De un lado, concibe la posibilidad de los reclusos de tener relaciones sexuales o contacto cercano con sus parejas como una prerrogativa amparable, ya que es una manera de proteger el equilibrio y la salud física y mental de los reclusos. Así, la visita conyugal debe entenderse como una faceta de la intimidad de las personas (art. 15 C.P) y de la intimidad de la familia (art. 42 C.P.), pues el hecho de que con la visita conyugal se permita la reunión privada de la pareja facilita la protección de las relaciones de la familia de las intromisiones de terceros. Pero simultáneamente al reconocimiento y protección de este derecho, la Corte lo limita y los restringe: “no es motivo de sorpresa que tales limitaciones

tengan que existir también en los establecimientos penitenciarios respecto de algunos derechos de quienes en virtud de decisión judicial se encuentran privados de la libertad, pues la convivencia en estos centro de reclusión suele estar organizada imperativamente y la conducta de los internos sometida a altas dosis de vigilancia y control en aras de garantizar un mínimo de orden y disciplina, y la conservación de condiciones de moralidad, seguridad y salubridad, todo lo cual, en últimas, ha de redundar en el cabal cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico penal atribuye a la pena”<sup>51</sup>.

Vale la pena incluir en esta línea jurisprudencia la sentencia T-153 de 1998<sup>52</sup>. Aunque en ella el problema jurídico no se circunscribe a las restricciones al derecho a la visita conyugal, se resalta que una de las aristas por las cuales es necesario declarar el estado de cosas unconstitutional de las cárceles en el país tiene que ver con las limitaciones injustificadas al derecho a la vista conyugal. De acuerdo con la investigación realizada por la Corte para proferir este fallo, la visita conyugal se considera una fuente de corrupción en las cárceles. Y esto es claro, debido a que la falta de espacio y el hacinamiento impiden que todos los reclusos puedan hacer uso de este derecho, lo que forma un caldo de cultivo para la utilización de otros medios de facilitación, como el dinero o la fuerza. Así, se afecta directamente el derecho a dignidad humana, a la intimidad y a la unidad familiar de los reclusos. La Corte Constitucional ordena el establecimiento de pautas por parte del Estado colombiano para superar el estado de cosas unconstitutional y corregir con prontitud las situaciones violatorias de los derechos fundamentales de los reclusos.

A partir del 2002, en la sentencia T-269<sup>53</sup>, la Corte reconceptualiza su tesis, al introducir el test de proporcionalidad para examinar las limitaciones a este derecho adoptadas por las autoridades penitenciarias. Lo que persigue el alto tribunal es que sólo se limite la visita conyugal a las medidas o acciones que sean adecuadas y necesarias para garantizar el control y la seguridad en las cárceles, pero sin un sacrificio extremo de la intimidad y el libre desarrollo de personalidad de los reclusos. Con este fundamento se examinan las condiciones y la forma cómo debe darse la visita conyugal para que sea humana y digna. Esto es precisamente lo que disputa el demandante: el

<sup>51</sup> CConst, T-425 de 1992, C. Angarita.

<sup>52</sup> CConst, T-153 de 1998, E. Cifuentes.

<sup>53</sup> CConst, T-269 de 2002, M.G. Morroy

hecho que motivó la reclamación en la sentencia T-269 de 2002 se basaba en las prácticas administrativas de la cárcel de Valledupar. La accionante, compañera sentimental de un recluso, reclamaba que la visita conyugal se permitía en dicho penal tan sólo cada dos meses. Además reclamaba que, una vez en el establecimiento, debía esperar sola en la celda a su compañero durante 20 minutos para posteriormente estar con él únicamente por un período de 40 minutos. Igualmente reclamaba por las pésimas condiciones de higiene y salubridad en las que se tenían que practicar la visita conyugal.

En esta decisión la Corte aplicó el mencionado test y concluyó que la periodicidad bimensual de las visitas era una medida ajustada al texto de la Constitución por las específicas condiciones de seguridad del lugar. Adicionalmente, la Corte realizó un análisis matemático para establecer que la frecuencia de las visitas estaba relacionada con el número de cubículos existentes versus la cantidad de reclusos del penal. Con ello mostraba que la organización administrativa era adecuada para garantizar que todos los reclusos detenidos pudieran hacer uso de este derecho. A pesar de lo anterior, la Corte consideró que no resultaba razonable que el tiempo de visita se hubiese reducido de una hora completa a apenas cuarenta minutos, por ser una medida innecesaria. Por ello, concedió parcialmente la tutela impetrada.

La tesis de la moderada limitación de la visita conyugal es reiterada en la sentencia T- 499 de 2003<sup>54</sup> en la que una pareja homosexual solicita la protección del derecho a la visita conyugal que, por falta de previsión en los reglamentos de las autoridades carcelarias, les estaba siendo negado. En esta decisión, la Corte no se limitó a tutelar el derecho reclamado, sino que además impartió instrucciones para que las autoridades penitenciarias reglamentaran las visitas íntimas de las parejas del mismo sexo, con el fin de permitir el goce de este derecho para los reclusos con esta orientación sexual.

Igualmente, la Corte Constitucional acoge esta tesis moderada en la sentencia T-274 de 2008<sup>55</sup>, en donde un recluso condenado a 44 meses de prisión solicita la protección de su derecho a la visita conyugal a causa de la sanción impuesta por el centro de reclusión a su compañera permanente. La sanción consistió en prohibirle la entrada al penal por un lapso de 4 años, por

54 CConst, T-499 de 2003, A. Tafur.

55 CConst, T-274 de 2008, J. Araujo.

haberse identificado con un documento falso. Nuevamente, en este caso la Corte realizó el test de proporcionalidad para señalar que la sanción impuesta por el penal no se encontraba ajustada a la Constitución. La Corte concedió la tutela al considerar que esta restricción del derecho a la visita conyugal era desproporcionada, inclusive, por exceder el tiempo de reclusión del interno.

Como se observa, cuando el escenario de litigio plantea una confrontación del derecho a la visita conyugal con medidas restrictivas impuestas por las autoridades penitenciarias para su limitación, la Corte, de manera consistente, ha sostenido la necesidad de que dichas limitaciones sean moderadas, al menos parcialmente, y no conduzcan a la suspensión o anulación de las visitas conyugales. Pero desde hace algunos años, la tesis de la moderada limitación del derecho a la visita conyugal ha empezado a ser probada en un escenario de litigio distinto: el que pretende detener o impulsar solicitudes de traslado de los reclusos de las cárceles. La reacción de la Corte será analizada enseguida.

### **3.2 Segundo escenario de litigio: El uso de la tutela para controvertir las decisiones de las autoridades penitenciarias relacionadas con traslados de los internos, con fundamento en el derecho a la visita conyugal.**

En las acciones de tutela interpuestas a partir del 2003 se observa que la solicitud de amparo del derecho a la visita conyugal está estrechamente relacionada con los traslados de centros de reclusión impuestos por el INPEC. En estas decisiones, usualmente los demandantes discuten que el traslado ordenado por el INPEC impide la realización de la visita conyugal y la conservación del núcleo familiar. Los hechos de estos casos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Las dos personas están recluidas en el mismo penal, y con la orden de traslado, uno de los miembros de la pareja es alejado, con lo cual se impide la realización de la visita conyugal (T-718 de 2003<sup>56</sup> y T-566 de 2007<sup>57</sup>).

56 CConst, T-718 de 2003, M.J. Cepeda

57 CConst, T-566 de 2007, C.I. Vargas

2. Al momento de interponer la tutela, dos internos que forman una pareja se encuentran distanciados y solicitan la reclusión en la misma ciudad, para que se ampare el derecho a la visita conyugal (T-894 de 2007<sup>58</sup> y T-511 de 2009<sup>59</sup>).
3. Los dos miembros de la pareja se encuentran recluidos en centros penales en distintas ciudades y el INPEC no realiza los traslados para permitirles realizar la visita conyugal y posteriormente regresar al centro de reclusión original (T-134 de 2005<sup>60</sup>).
4. También se reconoce este escenario de litigio en reclamaciones por traslados de prisión que impiden el que la compañera sentimental que se encuentra en libertad y reside en la ciudad en la que el interno se encuentra recluido realice la visita conyugal de forma posterior al traslado. (T-515 de 2008<sup>61</sup>).

En este segundo escenario, la Corte inicialmente sostuvo la tesis de moderada limitación de los derechos de los reclusos, que había fijado para el primer escenario analizado. Así se constata en la sentencia T-718 de 2003. En este caso se solicita el amparo por la decisión del INPEC de no facilitar el traslado de dos reclusos condenados por el delito de rebelión, para que pudieran realizar la visita conyugal. La Corte concedió la tutela, tras examinar las razones por las cuales el INPEC se negaba a realizar el traslado, amparado en las condiciones de peligrosidad de los reclusos que hacían muy difíciles que se efectuara el traslado por requerir muchos recursos y personal de vigilancia para que la visita pudiera efectuarse. La Corte señaló que en este caso no existía una restricción de carácter normativo, sino una restricción de carácter fáctico, y que esta ausencia de recursos alegada por las autoridades penitenciarias no se consideraba como una razón suficiente para limitar el derecho a la visita conyugal ya que el INPEC no logró probar la existencia de condiciones de seguridad alegadas.

Sin embargo, en decisiones posteriores en las que se solicitaba la tutela para discutir aspectos relacionados con traslados de reclusos, la Corte

<sup>58</sup> CConst, T-894 de 2007, C.I. Vargas

<sup>59</sup> CConst, T-511 de 2009, J.I. Pretelt Chaljub

<sup>60</sup> CConst, T-134 de 2005, M.J. Cepeda

<sup>61</sup> CConst, T-515 de 2008, C.I. Vargas

sistemáticamente negó el amparo del derecho a la visita conyugal<sup>62</sup>. Para ello, la Corte sostuvo la tesis de la alta limitación del derecho a la visita conyugal. Según esta tesis, en la confrontación de intereses planteada debe privilegiarse la seguridad y administración de los centros de reclusión impuesta por las autoridades administrativas sobre el derecho a la intimidad y demás derechos relacionados con la visita conyugal de los reclusos. En decisiones recientes, la Corte ha hecho uso de subreglas de decisión de conformidad con las cuales las medidas de traslado son un medio adecuado para garantizar la seguridad y disciplina en las cárceles, razón por la que las normas penitenciarias autorizan al INPEC para hacer un uso discrecional de esta medida. En ese orden de ideas, se ha reconocido que con los trasladados se afecta el derecho a la visita conyugal, pero no de forma desproporcionada. Y ello es así, por la obligación de las autoridades carcelarias, al momento de tomar estas decisiones que limitan el derecho a la visita conyugal, de hacer un uso razonable y no arbitrario de esta facultad discrecional. Por este motivo, la Corte ha considerado como proporcionales las restricciones al derecho a la visita conyugal causadas por trasladados fundamentados en ausencia del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para hacer uso de la visita conyugal,<sup>63</sup> hacinamiento en las cárceles o los trasladados por razones de seguridad<sup>64</sup>. Al examinar estas fundamentaciones, la Corte ha considerado que los trasladados ordenados o no concedidos por el INPEC se encuentran debidamente motivados y no pueden considerarse arbitrarios.

62 La única de estas decisiones que concedió el derecho fue la sentencia T-566 de 2007. Sin embargo, en esta sentencia la ratio decidendi del fallo, más que estar relacionada con evitar el traslado para proteger el derecho a la visita conyugal, se fundamentó en la protección de los derechos de un menor de edad hijo del recluso, que se vería afectado por el traslado de su padre.

63 La Corte no concedió la tutela en la sentencia C-134 de 2005, porque verificó que el interno nunca presentó a la autoridad administrativa la solicitud para la visita.

64 En las sentencias T-511 de 2009, T-894 de 2007 y T-515 de 2008, el INPEC fundamentó el traslado que impedía el disfrute de la visita conyugal en condiciones de seguridad por mal comportamiento de los reclusos.

## 4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia colombiana ha hecho una importante contribución para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Esta contribución se ha expresado en constantes pronunciamientos encaminados a que la jurisdicción constitucional proteja y garantice los derechos de una población altamente vulnerable, pero que por su condición de vulneradora de los derechos de los demás resulta indiferente para el Estado y para la sociedad. Una de las maneras en las que la jurisdicción constitucional ha concretado esta protección está en la garantía del derecho a la visita conyugal. Este derecho, a pesar de encontrarse consagrado en algunas normas jurídicas, ha sido impedido u obstaculizado por prácticas de las autoridades penitenciarias y por reglamentos internos de los centros de reclusión. Para erradicar estas prácticas, se le ha dado un estatus constitucional a estas visitas, al ser consideradas como una faceta de derechos de estirpe constitucional como la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Se ha entendido que a través de esta figura es posible humanizar las condiciones de quienes, a causa de una sanción penal, se encuentran privados de la libertad. Igualmente se ha destacado la importancia de las visitas conyugales para promover principios constitucionales como la unidad de la familia, considerada por el texto normativo como núcleo de la sociedad.

Pero la protección del derecho a la visita conyugal, al igual que la de otros derechos de este grupo poblacional, se ha limitado de manera consistente en la jurisprudencia. Estas limitaciones tienen su fundamentación en la necesidad de las autoridades penitenciarias de controlar la seguridad de las cárceles. También se explican en la necesidad de facilitar la administración de estos sitios. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha defendido que estas restricciones sean razonables y que no sacrifiquen en forma desmedida o hagan nugatorio el derecho a la visita conyugal.

Sin embargo, en los últimos años la Corte Constitucional ha endurecido su tesis en relación con las limitaciones de la visita conyugal. Esta situación se explica en el surgimiento de reclamaciones que bajo el pretexto de solicitar el amparo del derecho a la visita conyugal pretenden discutir las

decisiones de las autoridades penitenciarias relacionadas con el traslado de los internos. Ante esta clase de reclamaciones, la Corte ha ampliado la restricción del derecho a la visita conyugal, para evitar que estas decisiones tan estrechamente vinculadas a las competencias atribuidas a las autoridades penitenciarias y relacionadas con el buen funcionamiento de las cárceles terminen siendo discutidas por vía de tutela. Esta postura puede interpretarse como un mecanismo utilizado por la Corte para evitar un uso inadecuado de la tutela y, por ende, su desnaturalización.



# IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE INSTAURAR ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DICTADAS EN UN PROCESO DE TUTELA PREVIO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Rosa Milena Robles Espinosa en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. ● TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES

De conformidad con la jurisprudencia establecida muy tempranamente por la Corte Constitucional es posible en el ordenamiento jurídico colombiano que mediante acciones de tutela se revisen decisiones judiciales, cuando con ellas se afecten o menoscaben los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Pero esta posibilidad es excepcional y no general, por el respeto a la autonomía e independencia de los jueces y al principio de seguridad jurídica. Si la regla general fuera que todos los fallos judiciales pudieran ser revisados y corregidos por medio de la tutela, el sistema jurídico se desquiciaría, pues no existiría certeza sobre la meta final de una actuación judicial ni sobre el momento en el que entra a operar la cosa juzgada. Esta incertidumbre produciría el colapso del sistema de justicia ya que la imposibilidad de cerrar los casos dificultaría que los jueces atendieran nuevas controversias de su competencia, por no contar con el tiempo o los recursos para acometer estas tareas. Una situación de este orden afectaría el derecho constitucional de acceso a la justicia.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha sostenido que es posible ejercitar acciones de tutela contra decisiones judiciales de manera excepcional, cuando se cumplan una serie de requisitos que hacen procedente la

interferencia del juez constitucional para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente por violaciones del debido proceso constitucional. La piedra angular de la posibilidad de revocar decisiones judiciales mediante fallos de tutela está en el cumplimiento de los postulados consagrados en la Constitución en relación con los derechos fundamentales que las autoridades públicas y los particulares deben acatar y respetar, incluido, como es obvio, el debido proceso. Y la excepcionalidad de la tutela contra sentencias se manifiesta en una serie de presupuestos exigibles para que un juez en sede de constitucionalidad pueda revisar y revocar una decisión proferida por otro juez dentro de sus competencias de derecho ordinario.

Una primera condición del perfil excepcional de la tutela contra decisiones judiciales se encuentra en su carácter residual y subsidiario. El propio artículo 86 de la Constitución, que creó este mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales, prescribe que esta acción sólo se puede ejercitar cuando no se cuente con otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales o cuando, existiendo este mecanismo, resulte imprescindible interponer una medida de protección inmediata para evitar que, por la ocurrencia de lesiones a los derechos fundamentales, se cause un perjuicio irremediable. Una segunda característica del talante excepcional de la tutela contra sentencias judiciales son las condiciones defectuosas de la decisión judicial, como su desconocimiento del ordenamiento jurídico sustantivo o procesal. Esto ha sido definido por la Corte Constitucional como la ocurrencia de una vía de hecho o, más recientemente, como una de las causales genéricas para la concesión del mismo.

Así, cuando un juez se aparta radicalmente de las normas sustanciales y procesales, y con dicha actuación lesionan los derechos fundamentales de los asociados, incurre en una vía de hecho. Y esta falla judicial le abre la puerta al afectado para interponer una acción de tutela como mecanismo para restablecer sus derechos vulnerados. Frente a este panorama, la Corte Constitucional ha ido decantando una sólida, pero compleja doctrina, para establecer qué decisiones judiciales merecen el calificativo de vía de hecho.

Para una mejor comprensión, a continuación se hace una enunciación de las causales genéricas que la Corte ha construido para conceder la revisión de decisiones judiciales mediante tutela. Estos defectos son los siguientes:

TIPO DE DEFECTO	CONCEPTUALIZACIÓN	SENTENCIAS
<b>DEFECTO ORGÁNICO</b>	En su caso típico, el juez que carece de competencia para resolver un caso determinado asume su conocimiento o, incluso, dicta sentencia.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ T 058/2006</li> <li>▶ T 929/2008</li> <li>▶ T 729/2009</li> </ul>
<b>DEFECTO SUSTANTIVO</b>	El juez decide el caso con base en normas que no se encuentran previamente establecidas, las interpreta inadecuadamente o cuando no hay una relación lógica entre los fundamentos de la decisión y la resolución adoptada en el fallo.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ T 462/2003</li> </ul>
<b>DEFECTO PROCEDIMENTAL</b>	El operador judicial se aparta de las normas procedimentales establecidas para adelantar sus actuaciones.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ T 1039/2008</li> <li>▶ T 676/2006</li> </ul>
<b>DEFECTO FÁCTICO</b>	Hay una indebida valoración del material probatorio de tal magnitud que afecta el fallo final del juez.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ SU 159/2002</li> <li>▶ T 244/1999</li> </ul>
<b>DEFECTO POR ERROR INDUCIDO</b>	El operador judicial fue engañado por alguna de las partes o por la falta de colaboración entre los órganos del poder público que hace que el juez desconozca información que es necesaria para fallar con justicia un caso determinado.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ SU 014/2001</li> <li>▶ T 640/2005</li> </ul>
<b>DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN</b>	El juez interpreta una norma de manera abiertamente contraria a la Constitución o al bloque de constitucionalidad, o no aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ C 392/2000</li> <li>▶ T 522/2001</li> </ul>
<b>DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL</b>	A pesar de que la Corte Constitucional ha determinado el alcance de un derecho fundamental, el juez aplica una ley sin tomarlo en consideración, de tal forma que desconoce las subreglas jurisprudenciales.	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ T 1180/2001</li> <li>▶ T 1031/2001</li> <li>▶ T 199/2005</li> </ul>

Estos defectos, en la práctica, también pueden detectarse en los propios fallos de tutela. En otras palabras, los jueces de tutela no están exentos de cometer errores, de proferir sentencias que constituyen vía de hecho por cualquiera de los motivos jurisprudencialmente desarrollados. Ya sea por culpa, negligencia, excesiva carga laboral o factores externos que ilegítimamente presionen la toma de decisiones contrarias a la protección y el restablecimiento de los derechos de los ciudadanos, es posible que la actuación del juez de tutela resulte lesiva de los derechos fundamentales. A

pesar de lo anterior, la jurisprudencia constitucional colombiana ha negado la procedencia de acción de tutela contra fallos de tutela marcados por una vía de hecho. La Corte Constitucional ha usado diferentes argumentos para justificar la distinción entre las sentencias proferidas en la jurisdicción ordinaria y las sentencias proferidas en sede de tutela para explicar la aceptación de la vía de hecho y la consecuente procedencia de la tutela para las primeras e improcedencia para las segundas.

La Corte ha admitido la posibilidad de que los jueces de tutela incurran en vías de hecho. Sin embargo, ha negado, de forma sistemática, que un fallo de tutela pueda ser atacado y revocado por medio de otra tutela, al determinar que la tutela contra sentencia de tutela es improcedente. El siguiente gráfico muestra la respuesta que este alto tribunal le ha dado al problema jurídico relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra las actuaciones o las sentencias de los jueces de tutela:

# 3.

## 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para analizar la postura utilizada por la Corte en la solución del problema jurídico planteado se han determinado dos posibles respuestas ubicadas en los extremos del gráfico. En primer término, se determina como respuesta al problema jurídico planteado la improcedencia, bajo toda circunstancia, de la acción constitucional contra otro fallo de tutela manchado por una vía de hecho. En segundo lugar, como postura opuesta, se esboza la tesis según la cual sí resulta procedente la acción de tutela contra una sentencia de tutela afectada por la vía de hecho judicial.

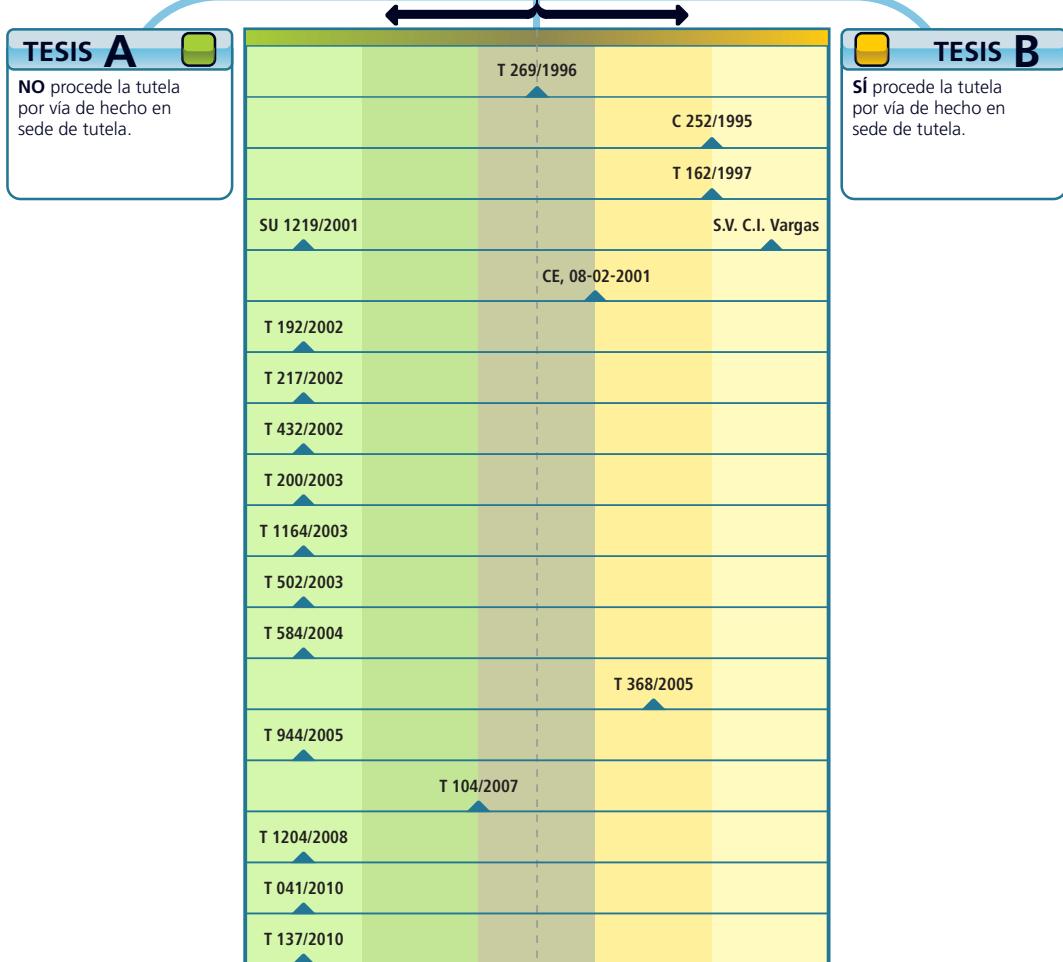
Antes de diferenciar y analizar estas dos respuestas, es necesario realizar algunas consideraciones. La primera de ellas tiene que ver con la forma como se ha estructurado este problema jurídico. En efecto, el problema jurídico de esta línea jurisprudencial podría plantearse en términos más amplios o generales o en términos más específicos, y su gráfica variaría, por la necesidad de excluir algunas de las decisiones que han sido identificadas como sentencias hito y que, por ende, integran el gráfico jurisprudencial.

Una posibilidad de plantear el interrogante jurídico de forma más general buscaría dar respuesta a cuestionamientos sobre la posibilidad de que los jueces, incluidos los de tutela, incurran en vía de hecho. Pero una pregunta de esta naturaleza no resultaría útil, en tanto que los argumentos que establecen la improcedencia de tutela contra tutela no se encuentran relacionados con ideas acerca de la infalibilidad de los jueces y, específicamente, de los jueces de tutela. Y esto es así, porque desde sus inicios, la Corte Constitucional admitió que a pesar de la existencia de procedimientos judiciales de revisión de los errores cometidos por los jueces de instancia, de la estricta selección de los jueces o de la existencia de controles disciplinarios y penales que previenen la producción de fallos encaminados a servir a intereses distintos de impartir justicia, es posible que los jueces cometan errores que requieran de la intervención del juez constitucional, para la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tratándose de esta clase de errores y del reconocimiento de la ocurrencia de vías de hecho, la Corte no ha admitido, en la mayoría

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Resulta procedente la tutela contra una sentencia de tutela o contra actuaciones arbitrarias en los procesos de tutela incluído el fallo judicial?



de los casos, la procedencia de tutela contra actuaciones de tutela. Luego, una primera claridad conceptual por mostrar es que el problema jurídico planteado no niega la existencia de vías de hecho en sede de tutela, sino que rechaza que la solución a esta clase de defectos sea la interposición de otra acción de idéntica naturaleza. En otras palabras, la discusión que subyace a este problema jurídico es una disputa por establecer cuál es el mecanismo idóneo en el ordenamiento jurídico colombiano para corregir una vía de hecho en sede de tutela.

Aclarado este aspecto, es preciso establecer que también resultaría posible estrechar la pregunta jurídica, para responder un interrogante jurídico encaminado a definir si resulta procedente la interposición de una tutela para controvertir un fallo de tutela. Al realizarse el gráfico bajo este problema jurídico, probablemente resultaría más uniforme y coherente el precedente judicial. De todas formas, vale la pena ampliar el problema jurídico, para dar cabida a decisiones estrechamente relacionadas con el tema, en las que no se discute la ocurrencia de la vía del hecho en la sentencia judicial, sino en otros momentos o actuaciones del proceso de tutela derivados de la propia informalidad de esta clase de acciones -como por ejemplo en el trámite del incidente de desacato-.

Para dar respuesta al interrogante jurídico planteado es posible dividir la línea jurisprudencial en tres períodos claramente diferenciables. Un primer momento de confrontación de posturas en materia de tutela contra tutela. El segundo momento perfila el precedente definido, una vez se determina la solución del problema jurídico planteado. El último momento es el de consolidación de la línea jurisprudencial.

### **3.1 Periodo de 1992 a 2001: Búsqueda de acuerdos en torno a las vías de hecho en sede de tutela.**

La discusión sobre la existencia de vías de hecho en acciones de tutela llegó tarde a la escena de revisión de la Corte Constitucional. Así, mientras que para el año de 1996 ya existía una doctrina suficientemente clara en relación con la procedencia de tutela contra sentencias de procesos ordinarios, sólo con la sentencia T-699 de 1996<sup>65</sup> nace la idea de determinar los mecanismos idóneos para solucionar las vías de hecho

65 Cconst, T-699 de 1996, J.G. Hernández

cometidas por los jueces de tutela. En este fallo, se discute la ocurrencia de una vía de hecho por parte de un juez que no resolvió una tutela, sino que profirió un auto en el que decretó la inadmisión de la misma por aspectos procedimentales. El actor había solicitado el amparo de los derechos fundamentales afectados por una entidad de educación pública que lo suspendió del ejercicio del cargo, pero no le reconoció los salarios y las prestaciones económicas durante el periodo que duró la sanción. Sin embargo, el juez de instancia inadmite la tutela en un auto, debido a que el actor había omitido señalar con claridad el nombre de la autoridad pública contra la cual se dirigía la acción de tutela, a la falta de congruencia de la demanda por no solicitar la tutela del derecho realmente afectado -el derecho al trabajo- y a la imposibilidad de la admisión por adjuntarse una documentación en copias no autenticadas. En segunda instancia esta decisión se confirma, pero a causa de la muerte del actor de la tutela. La Corte decide seleccionar este caso, para precisar la ocurrencia de vías de hecho en sede de tutela. En esta decisión, la Corte señala que la revisión de las tutelas es el instrumento idóneo para corregir esta clase de errores judiciales. En el caso en concreto la Corte se encuentra especialmente irritada con el juez de instancia por su interpretación formalista del procedimiento de tutela en contravía con la Ley y su propósito de protección de derechos fundamentales. Señala, para el caso concreto, la existencia de una vía de hecho por la negativa del juez de dar trámite al procedimiento contemplado en las normas jurídicas para la acción de tutela, ya que al juez no le era dado inadmitir la demanda, sino ordenar su corrección, de conformidad con el art 17 de Decreto 2591 de 1991. Igualmente criticó la actitud del juez de pretender formalizar e imponer requisitos no contemplados en estas disposiciones como excusa para no dar trámite a la acción. Esta decisión es importante para esta línea jurisprudencia, no solo porque en ella se constata la ocurrencia de vías de hecho en sede de tutela, sino porque allí se fija la función del mecanismo de revisión de tutela como instrumento para corregir las vías de hecho cometidas por los jueces de tutela, tesis que continua vigente.

Determinado que la jurisdicción de tutela no era inmune a la ocurrencia de vías de hecho, el siguiente interrogante que la Corte Constitucional debió dilucidar era si resultaba posible utilizar la acción de tutela como un mecanismo para corregir las vías de hecho ocurridas en sede de

tutela. Para solucionarlo, la Corte se pronunció en las sentencias T-162 de 1997<sup>66</sup>, T-1009 de 1999<sup>67</sup> y SU-1219 de 2001<sup>68</sup>.

En la sentencia T-162 de 1997, la Corte revisó un caso en el que el juez de primera instancia había negado la impugnación de un fallo de tutela resuelto en su despacho, por no haberse acreditado, en debida forma, el poder de quien a nombre de la parte vencida en el proceso de tutela había solicitado la impugnación. Ante la imposibilidad de impugnar la decisión, la parte vencida en el proceso interpuso otra tutela. Y en esta nueva tutela, el fallo fue negativo, porque no se apreció una vía de hecho en la valoración que hizo el juez de las falencias del poder –consistentes en la falta de fecha-. El otro argumento para negar la tutela contra la tutela fue la existencia de otro medio de defensa judicial, que era la apelación ante el superior jerárquico, de conformidad con las prescripciones del Código de Procedimiento Civil. La Corte Constitucional seleccionó este caso para conceder el amparo solicitado y estableció que la imposibilidad de impugnar el primer fallo sí era constitutivo de una vía de hecho. Por ende, sí resultaba procedente la acción de tutela para corregir la actuación arbitraria del juez de tutela. En esta sentencia, la Corte consideró que el afectado con la decisión no contaba con un mecanismo de defensa judicial, ya que la apelación del Código de Procedimiento Civil no se podía sobreponer con facilidad al proceso de tutela. En consecuencia, el único mecanismo con el que contaba el actor para la defensa de sus derechos era la interposición de la nueva tutela. Sobre el fondo del asunto, el alto tribunal indicó que se había cometido una vía de hecho por el desconocimiento del trámite informal de la tutela, al imponerse exigencias para los documentos que otorgan poderes de representación.

Posteriormente, la Corte resuelve este problema jurídico en la sentencia T-1009 de 1999. En ella, conoce la tutela que se había interpuesto contra otra sentencia de tutela. En un proceso ejecutivo, se negó la vinculación de un tercero. A causa de ello, se interpuso acción de tutela para que se procediera a vincular al tercero y se continuara con la ejecución expediendo el mandamiento de pago correspondiente. La tutela fue aceptada y a través de ella se aceptó la violación al debido proceso, por la negativa del juez de

<sup>66</sup> C const, T-162 de 1997, C. Gaviria

<sup>67</sup> Cconst, T-1009 de 1999, A. Martínez

<sup>68</sup> Cconst, SU-1219 de 2001, M.J. Cepeda.

vincular al tercero en el proceso ejecutivo. En consecuencia, se ordenó la vinculación y la ejecución del tercero. El tercero vinculado y afectado con esta decisión de tutela solicitó la revisión de esta tutela a la Corte Constitucional, por no haber tenido la oportunidad de intervenir en la actuación que culminó con un mandamiento de pago en su contra. Pero el caso no fue seleccionado por la Corte. De forma posterior, el tercero interpuso otra tutela, con los mismos argumentos por los que había solicitado la revisión de la Corte: su afectación del derecho al debido proceso. Esta nueva tutela fue negada en las dos instancias, por considerarse que no hubo vía de hecho. Lo curioso fue que esta nueva tutela sí fue seleccionada por la Corte para su revisión.

Y en esta decisión, la Corte Constitucional hace extensiva la doctrina de la vía de hecho de los procesos ordinarios a los procesos de tutela. La Corte establece que “en principio, no hay tutela contra tutela. Salvo que en la primera acción de tutela hubiera existido una ostensible vía de hecho que implicaría al igual que con cualquier providencia judicial la violación al debido proceso o al derecho de defensa. Pero, se debe ser muy cuidadoso en el análisis de si se ha incurrido o no en vía de hecho porque es de carácter excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales. Excepcionalidad que se resalta en la Sentencia T-121 de 1999”. Posteriormente, cita precedentes en materia de procedencia de tutela contra sentencias judiciales por vía de hecho, como las sentencias T-567 de 1999 y SU 429 de 1998, para corroborar que una vía de hecho en un proceso de tutela no es diferente a las arbitrariedades que se presentan en el resto de sentencias. La Corte consideró que la ausencia de notificación a un tercero de las decisiones de un proceso de tutela que le conciernen es una vía de hecho. También adujó que el tratamiento que debe darse en esta clase de casos es solicitar la nulidad del proceso en las distintas instancias de tutela, inclusive en la revisión. Pero consideró que si esto no ocurre y el proceso de tutela no es seleccionado procede la interposición de una nueva tutela, para solicitar que se decrete la nulidad de la tutela inicial. Así dijo el alto tribunal: “En principio, esta determinación de poner en conocimiento la presunta nulidad se toma dentro del expediente en donde ocurrió la omisión, para que se diga si se sanea o no la nulidad. Pero si en las instancias no se hizo y el expediente no fue escogido para revisión, entonces se puede válidamente pedir mediante nueva tutela que se determine que se violó el debido proceso y por ende se dé la orden de nulidad para que se tramite la inicial tutela debidamente”. En otras palabras, con esta decisión la Corte daba vía libre a la tutela

contra tutela, en aquellos casos en los que en la revisión del error que afectó el debido proceso este no fue subsanado.

Sin embargo, la sentencia SU-1219 de 2001 matiza esta conclusión y establece la necesidad de dar un tratamiento diferente a las vías de hecho ocurridas en los procesos de tutela. En este fallo se resuelve el caso de un médico que presentó acción de tutela contra una caja de compensación, por la falta de reconocimiento de la entidad de recargos nocturnos y dominicales. Esta tutela es negada en primera instancia por improcedente, al no ser esta acción el medio judicial adecuado para reclamar acreencias laborales. El actor impugnó este fallo y en segunda instancia le fue concedida la tutela. Esta decisión no fue seleccionada para revisión. Por ello, la entidad afectada con la decisión interpuso nueva acción de tutela. La entidad alegó que el juez de segunda instancia que había accedido a las pretensiones del médico había incurrido en vía de hecho, por desconocer que la competencia para la solución de un caso de esta naturaleza radicaba en la jurisdicción ordinaria laboral y no en la constitucional. Esta nueva tutela fue conocida y negada en primera instancia y concedida en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia. Este alto tribunal consideró que se había presentado una vía de hecho por desconocimiento del carácter residual de la acción de tutela. La Corte seleccionó para revisión esta segunda tutela y estableció el precedente actualmente vigente en materia de improcedencia de tutela contra sentencias de tutela.

Pero antes de fijar este precedente, la Corte señaló que los casos en los que se había pronunciado anteriormente en relación de tutela contra tutela eran distintos, pues en ellos se buscaba rebatir actuaciones arbitrarias de los jueces de tutela pero no desvirtuar el fallo de tutela. De acuerdo con el alto tribunal, en las decisiones T-162 de 1997 y T -1009 de 1999 no se pretendía controvertir el fallo de tutela, sino la actuación arbitraria de los jueces de tutela: impedir la impugnación de fallo y negarse a vincular a un tercero afectado con una decisión judicial, respectivamente. En el caso que conoció la Corte en la sentencia de unificación lo que se pretendía era atacar el fallo de tutela porque la vía de hecho se había cometido en la decisión judicial. Esta diferencia entre los casos facultaba una respuesta distinta. Una respuesta de conformidad con la cual no es posible acudir a la acción de tutela para corregir la vía de hecho de una sentencia de tutela. De acuerdo con esta decisión, el único mecanismo idóneo para corregir la vía de hecho en la que pueda incurrir

un juez de tutela en sentencia de tutela es la intervención de la parte interesada en el proceso de selección para revisión ante la Corte Constitucional.

A partir de la sentencia de unificación, la Corte se aparta de la tesis sostenida en fallos anteriores en relación con la similitud en el trato de las vías de hecho de los jueces de tutela con las vías de hecho de los procesos ordinarios. Por ello, la Corte Constitucional considera que: (i) las sentencias de los jueces tutela y las sentencias de los jueces ordinarios son distintas, pues en la actividad de los jueces ordinarios los derechos fundamentales no son el *referente inmediato*. Esta situación justifica la procedencia de acción de tutela contra esta clase de decisiones. Pero en el caso de la acción de tutela es más difícil el desconocimiento de los derechos fundamentales, por ser el propósito de esta acción su directa aplicación. (ii) Aún a pesar de ello, los jueces de tutela pueden cometer vías de hecho. Para controlar esta clase de situaciones el ordenamiento jurídico prevé el que las sentencias de tutela sean revisadas eventualmente por la Corte Constitucional. (iii) Ni la Constitución ni el Decreto 2591 de 1991 posibilitan el ejercicio de tutela contra una sentencia de tutela, por la competencia otorgada a la Corte Constitucional para revisar las decisiones de tutela y para actuar como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, facultad con la que no cuenta en jurisdicciones distintas de la constitucional. (iv) La existencia de la revisión de las tutelas justifica un tratamiento distinto a las sentencias de tutela que incurren en vías de hecho respecto de las sentencias de los procesos ordinarios. (v) Permitir que las vías de hecho que ocurran como consecuencia de una sentencia de tutela sean impugnables mediante la interposición de otra acción de tutela sería inconveniente para el sistema jurídico, pues se produciría una cadena de decisiones que prologaría indefinidamente la controversia judicial y menguarían la posibilidad de acceso a la justicia de los ciudadanos. (vi) La acción de tutela contra una decisión de tutela afectaría el principio de cosa juzgada constitucional, que se activa en el momento mismo en el que la Corte Constitucional no selecciona un proceso para revisión. (vii) Mientras que con la tutela contra sentencias se afecta la seguridad jurídica para proteger los derechos fundamentales, la tutela contra sentencia de tutela, además de afectar la seguridad jurídica, produciría una lesión del concepto de derechos fundamentales, pues la dilación en el tiempo a causa de múltiples y consecutivos procesos de tutela desnaturalizaría la función de esta acción de proteger de forma inmediata e impostergable los derechos fundamentales afectados o vulnerados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares.

Al determinar esta tesis, la Corte Constitucional establece que una acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controlar la ocurrencia de una vía de hecho en sentencia de tutela. Sin embargo, como en esta decisión la Corte se aparta de los casos fallados con anterioridad al señalar que son disímiles, deja en pie la posibilidad de que se pueda interponer acciones de tutela para controlar actuaciones arbitrarias de los jueces dentro de esta clase de procesos que se den en momentos procesales diferentes a la promulgación de la sentencia. La magistrada Clara Inés Vargas salvó el voto por considerar que no debía cerrarse la puerta a la posibilidad de corregir las vías de hecho de las sentencias de tutela mediante la procedencia de nuevas acciones de tutela.

### **3.2 Periodo de 2001 a 2005: se perfila la solución de improcedencia de la tutela contra sentencias de tutela.**

Aceptada la imposibilidad de interponer acción de tutela para corregir una vía de hecho manifestada en la sentencia de tutela, la Corte empieza a seleccionar casos en los que jueces de instancia habían conocido de casos de tutela contra tutela para reiterar el precedente judicial. Así lo hizo el alto tribunal en las sentencias T-192 de 2002<sup>69</sup> y T- 217 de 2002<sup>70</sup>. En estas decisiones, confirmó los fallos de instancia que habían negado acciones de tutela contra acciones de tutela por considerar que la primera actuación no constituía una vía de hecho, pero en las que no se hacía mención al precedente establecido en la sentencia SU 1219 de 2001. En estas decisiones, la Corte hizo extensiva la doctrina constitucional creada en la sentencia de unificación para difundir el precedente contenido en ella.

Posteriormente, en las sentencias T-200 de 2003<sup>71</sup>, T-1164 de 2003<sup>72</sup> y T- 582 de 2004<sup>73</sup> la Corte realiza una reinterpretación del precedente, no para modificar la subregla creada en relación con la improcedencia de acción de tutela contra sentencia de tutela, sino para modificar el fallo que debía proferirse en esta clase de casos. En efecto, mientras que en la sentencias del año 2002 la Corte resolvió los casos confirmando los fallos de instancia que negaban la tutela contra acción de tutela, a partir de la sentencia T-200 de

<sup>69</sup> C const, T-192 de 2002, E. Montealegre.

<sup>70</sup> C const, T - 217 de 2000, J.G. Hernández

<sup>71</sup> C const, T -200 de 2003, R. Escobar

<sup>72</sup> C const T-1164 de 2003, M.G. Monroy.

<sup>73</sup> C const T- 582 de 2004, C.I. Vargas.

2003 la Corte revocó los fallos de instancia para proceder a declarar la improcedencia de tutela contra acción de tutela. A partir de este momento, la Corte solucionó esta clase de casos revocando las decisiones judiciales, sin importar si en ellas se seguía el precedente o se concediera la tutela contra una acción de tutela. El mensaje era claro: los jueces de inferior jerarquía, más que solucionar de fondo esta clase de casos, debían declarar la improcedencia de tutela contra sentencia de tutela.

Durante este segundo periodo, también resulta relevante la sentencia T-502 de 2003, en la que se adicionan ciertos argumentos relativos a la actuación temeraria por la interposición de múltiple tutelas contra tutelas. En este caso, se interpusieron varias veces acciones de tutela contra tutela para evitar la ocurrencia de una diligencia de desalojo. Las autoridades demandadas pusieron en conocimiento de los jueces de instancia esta situación, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia, que en impugnación conocía de la tercera acción de tutela contra tutela, consideró que la actuación de la actora era temeraria y le impuso multa de 10 salarios mínimos. En esta decisión, la Corte Constitucional reitera el precedente en relación con la improcedencia de tutela contra acciones de tutela. Sin embargo, decide revocar el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, en relación con la imposición de la sanción por actuación temeraria, al considerar que el juez de segunda instancia no puede imponer esta sanción, si el juez de primera instancia no lo hizo y el afectado es apelante único. El tribunal constitucional consideró que la actuación de la Corte Suprema de Justicia se constituía en una vía de hecho que debía ser corregida mediante la revisión efectuada por este alto tribunal.

### **3.3. Periodo de 2005 a 2010: Consolidación de la línea jurisprudencial**

Este último periodo se muestra como una etapa en la cual se encuentra plenamente decantada la doctrina judicial en materia de vías de hecho en sede de tutela. En este periodo es posible identificar con claridad dos grupos importantes de sentencias. Un primer grupo, en las que la Corte selecciona el caso para revisión, con miras a consolidar el precedente a través de su reiteración. Así, en las sentencias T-1204 de 2008<sup>74</sup>, y T-137 de 2010<sup>75</sup> se reitera la improcedencia de tutela contra sentencia de tutela y soluciona los casos

74 C const, T-1204 de 2008, M.G. Monroy

75 C const, T-137 de 2010, G.E. Mendoza.

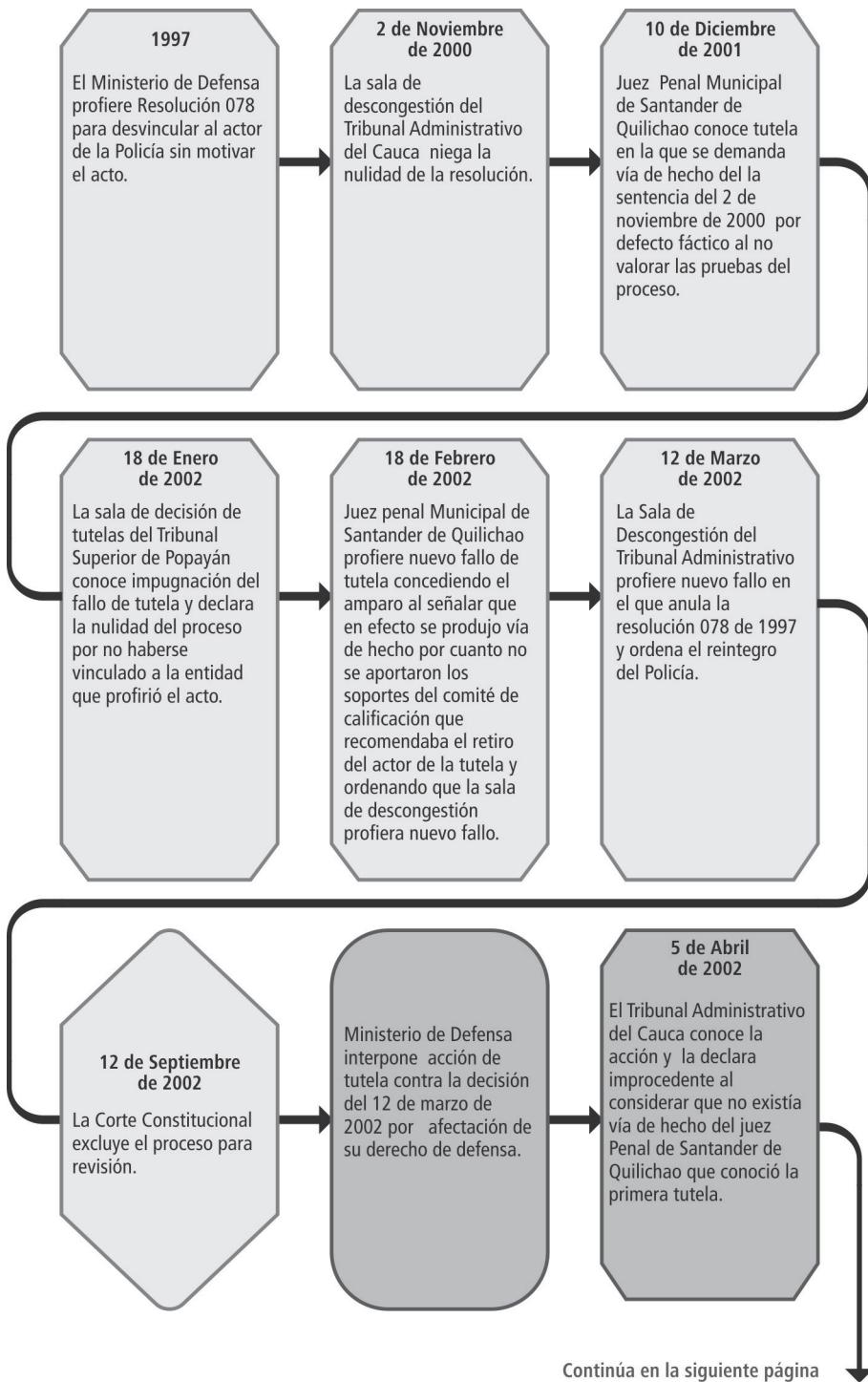
confirmando las decisiones de instancia, en las cuales se había determinado también la improcedencia de esta clase de uso de la tutela. Un segundo grupo, conformado por las sentencias T-107 de 2007 y T-041 de 2010<sup>76</sup> son sentencias en las que la Corte Constitucional selecciona el caso para revisión con miras a imponer la disciplina de precedente vertical por cuanto jueces de instancia aceptaban el uso de tutela contra sentencia de tutela. Dentro de este conjunto de casos resulta de sumo interés la decisión contenida en la sentencia T-107 de 2007<sup>77</sup>, por ser una muestra fehaciente de los problemas que se derivan en el ordenamiento jurídico a raíz de la aceptación de la procedencia de acción de tutela por vía de hecho ocurrida en sentencia de tutela.

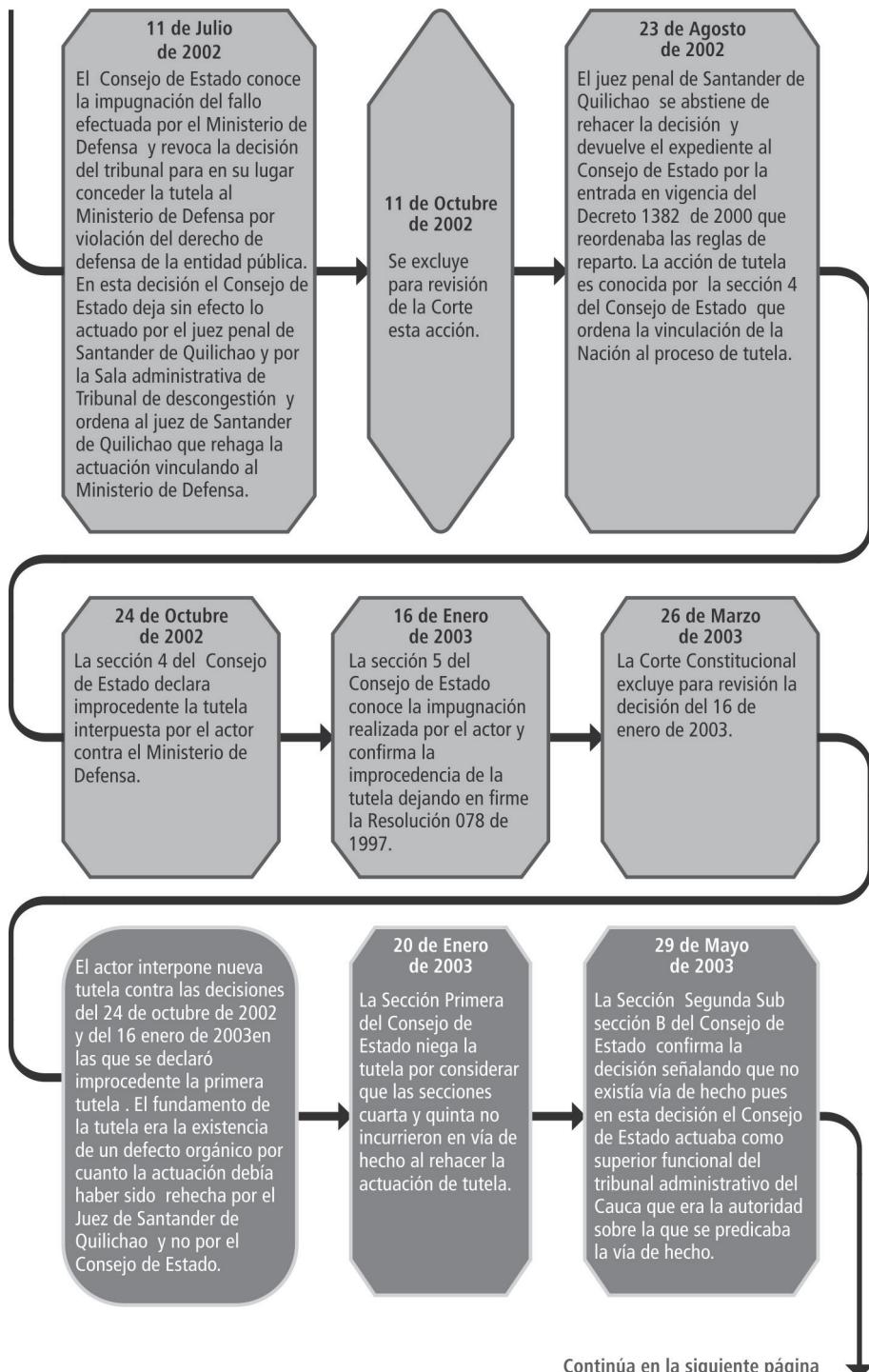
En esta decisión, la Corte Constitucional profiere un fallo en el que previamente habían sido interpuestas cuatro sentencias de tutelas encaminadas a atacar o defender una resolución de desvinculación de un miembro de la Policía. El caso comienza en el año de 1997 con la expedición del acto administrativo de desvinculación y termina el 17 de febrero de 2007- 10 años después-, con la confirmación de la primera decisión de tutela que en el año 2002 había solucionado el caso de forma favorable a la persona desvinculada de la entidad.

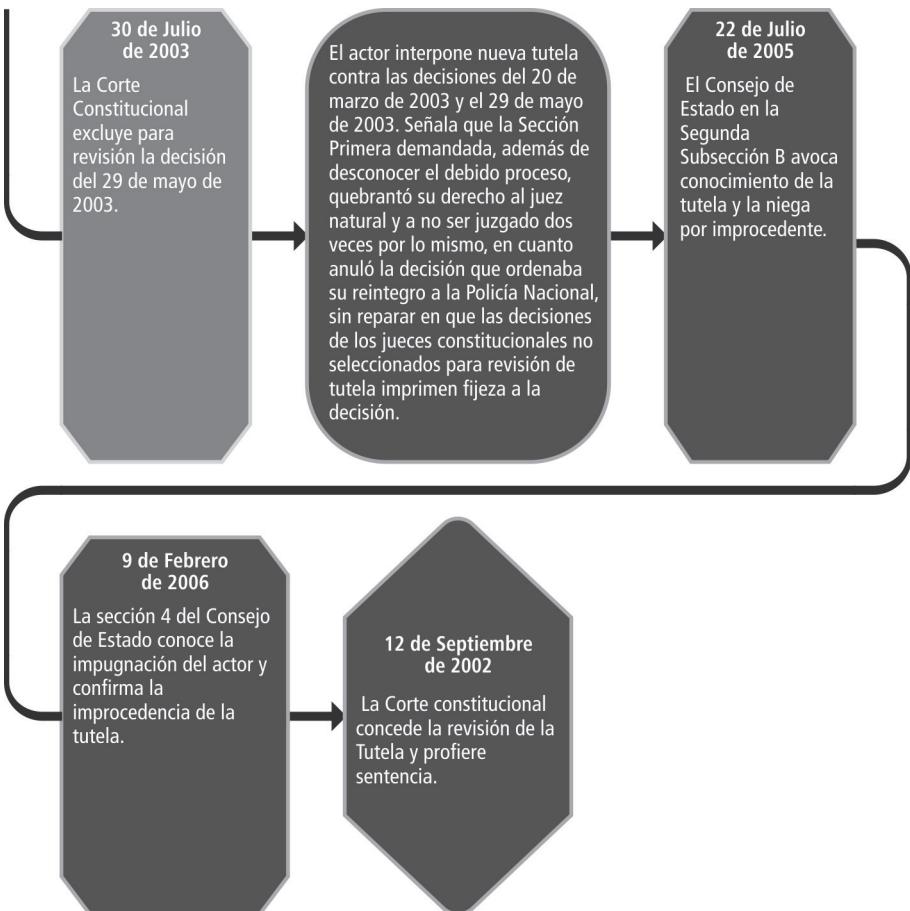
Para la contextualización de este caso, se propone el siguiente gráfico, por la complejidad que representa su síntesis y comprensión.

76 C const, T-041 de 2010, N. Pinilla

77 C const, T- 107 de 2007, M. J. Cepeda.







La decisión de la Corte en este caso consistió en revocar las sentencias de 2005 y 2006 –que era las que había seleccionado para revisión– y dejar sin efectos la sentencia del 11 de Julio de 2002. En su lugar, procede entonces a declarar la vigencia de la sentencia del 18 de febrero de 2002 adoptada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao y del fallo proferido el 12 de marzo del mismo año de la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en la que se había declarado la nulidad de la resolución 078 de 1997.

El argumento de la Corte fue que el Consejo de Estado, al conceder la tutela contra una tutela y dejar sin efecto lo actuado por el Juez Penal Municipal de Santander de Quilichao y por el Tribunal de Descongestión

en seguimiento de la primera tutela y en su lugar ordenar que se rehiciera la actuación vinculando al Ministerio de Defensa, había vulnerado el precedente judicial establecido en la sentencia SU 1219 de 2001. Sostuvo a manera de *ratio decidendi* el alto tribunal:

"Pasó por alto la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de julio de 2002, en la providencia que se trae a colación i) que para entonces ya lo resuelto por el Juez Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao era definitivo e inmodificable-abril 25 de 2002-y ii) que, por consiguiente, la Sala Dos de Decisión del H. Tribunal Administrativo del Cauca tenía que proceder como lo hizo, al resolver la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por el señor Alvaro Marín Díaz contra la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional. Lo último i) como quiera que es a esta Corte a quien le ha sido confiada la facultad de revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales-artículo 241 C.P.-y la Sala Cuatro de Selección resolvió no seleccionar el asunto, imprimiéndole fijeza, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional; y ii) en razón de que la autoridad judicial que tiene que cumplir la orden de amparo-Sala Dos de Decisión del H. Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca por extinción de la Sala de Descongestión accionada-fue vinculada al proceso adelantado por el Juez Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao y ejerció sin restricciones su derecho de defensa.

Cabe precisar que en caso de poderse alegar que con la decisión del 18 de febrero de 2002-proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao se había incurrido en una vía de hecho por el desconocimiento de los derechos de quienes no hubieran sido convocados al proceso T-579.617-argumento que se invocó en el proceso T-651.901 donde se profirió la sentencia que se ataca por el actor-solo a la Corte Constitucional correspondía dentro del expediente T-579.617 tomar la decisión de anular la actuación o de proceder a sanear en ese proceso la nulidad eventualmente configurada previa la convocatoria de las partes interesadas-como paso previo a la toma de la decisión correspondiente.

En ese orden de ideas como se desprende de las consideraciones hechas en la Sentencia SU-1219 de 2001 y en la jurisprudencia que la ha reiterado<sup>1</sup> no cabe duda que la Sección Primera del Consejo de Estado actuando

como juez de tutela incurrió en una vía de hecho, no solo al decidir una acción de tutela instaurada contra un fallo de tutela en clara oposición a la jurisprudencia constitucional de Unificación sentada en la sentencia SU-1219 de 2001 sino además al anular sin competencia para ello la decisión de tutela adoptada en el primer proceso que no había sido objeto de selección por la Corte, desconociendo así tanto la cosa juzgada constitucional como la competencia exclusiva de la Corte en este campo”.

¿Pero qué parte del precedente establecido en la sentencia de unificación era la que estaba salvaguardando la Corte en la sentencia T-104 de 2007? Vale la pena realizar este análisis con mayor detenimiento.

Se ha sostenido que en la sentencia de unificación se estableció que no procedía tutela contra sentencia de tutela. La Corte concluye que el Consejo de Estado vulneró el precedente, al admitir la procedibilidad de tutela contra acción de tutela. Sin embargo, este argumento desconcierta, si se tiene en cuenta que para la fecha de la decisión del Consejo no se había consolidado este precedente, pues recién se había expedido la sentencia de unificación de 2001. Igualmente, no parece muy coherente determinar que lo que se pretende con esta decisión es de defender la tesis de la improcedencia de tutela contra tutela, pues el actor de esta decisión interpuso tres de las cuatro tutelas que hicieron parte de este proceso y aun así logró que su pretensión fuera satisfecha por el juez constitucional. Luego, si este aparte del precedente fuera el que se estuviera defendiendo con este fallo, la sentencia de la Corte debió haber confirmado las últimas decisiones (originadas en la cuarta acción de tutela) que negaban la tutela contra sentencia de tutela.

Los apartes trascritos en esta decisión permiten afirmar que la Corte Constitucional no estaba defendiendo la improcedencia de la tutela contra sentencia de tutela, sino sus facultades como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. El fallo, en últimas, persigue que sea la Corte Constitucional, y no otra alta corte, la encargada de corregir las vías de hecho cometidas por los jueces de tutela.

Más allá de la ubicación de esta decisión dentro de la línea jurisprudencial, del análisis de este caso hito se extraen conclusiones significativas sobre la figura de las vías de hecho en sede de tutela: (i) aunque es importante establecer mecanismos para controlar las arbitrariedades que

pueden cometer por los jueces de tutela, se evidencia que la tutela contra sentencia de tutela es un factor que contribuye en alto grado a la congestión del sistema de justicia colombiano. Lo que muestra la descripción de los hechos de este caso es cómo las partes, en lugar de continuar el trámite en la vía contencioso administrativa, prefirieron que fuera la jurisdicción constitucional la que resolviera el problema. Si se analiza con mayor detenimiento la cadena de tutelas que originó la decisión T-104 de 2007, se puede verificar que la apelación de las decisiones ante la jurisdicción ordinaria siempre estuvo al alcance de las partes. No obstante, la parte demandante y la entidad pública hicieron uso de la tutela de forma tan abusiva que su trámite tardó lo mismo o probablemente más de lo que hubiera durado si hubiesen optado por seguir el trámite ante la jurisdicción que naturalmente debía conocer el caso. (ii) De todas formas, la revisión efectuada por la Corte Constitucional no se muestra como un mecanismo eficiente para el control de las vías de hecho de las tutelas. Lo que implícitamente se muestra es que el mecanismo adoptado por la Corte para esta clase de controles ha resultado insuficiente, ante la acogida de la acción de tutela. Pero adicionalmente, y lo que es más preocupante, se revela que vías de hecho que no deberían pasar inadvertidas, que son realmente lesivas de los derechos de las partes, se cuelan a través de este mecanismo. No otra puede ser la conclusión, al observar que desde el 12 de septiembre de 2002, oportunidad en la que la Corte ha debido escoger este caso, el error cometido por el Consejo de Estado pasó de agache. Ante las fisuras de este mecanismo, resulta explicable que quienes representan los intereses de las partes vencidas en procesos de tutelas intenten nuevas acciones con miras a que finalmente se seleccione su caso para revisión de la Corte.

# 4. CONCLUSIONES

Desde el año 2001, se ha sostenido de forma consistente la imposibilidad de hacer uso de la acción de tutela para corregir las vías de hecho en las que incurran los jueces de tutela. Sin embargo, la jurisdicción constitucional ha diseñado mecanismos para controlar la ocurrencia de actuaciones arbitrarias en las sentencias de tutela. A través de la selección para revisión de los casos de tutela, es posible proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando son vulnerados por una decisión de tutela.

A pesar de lo anterior, los casos analizados en esta línea jurisprudencia resaltan que es necesario realizar una verdadera reflexión en el país acerca de lo que está ocurriendo con la acción de tutela. Esta reflexión deberá establecer un punto intermedio en el que se evite el uso abusivo de la tutela, pero a su vez se garantice que las verdaderas arbitrariedades cometidas por los jueces de la sean corregidas y no se pasen por alto. Y es que resulta alarmante que en lugar de que el procedimiento informal y rápido diseñado por el Constituyente para la acción de tutela irradie el procedimiento ordinario para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos ocurra el proceso inverso. Cuando un proceso de tutela, gracias a la utilización de la tutela contra tutela o de la doctrina de las vías de hecho, tarda 10 años en ser resuelto, vale la pena hacer un alto en el camino y buscar alternativas que fortalezcan la institución de la tutela.



# BARRERAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS PARA LA PRÁCTICA DEL ABORTO EN COLOMBIA

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Álvaro García Marín, Ricardo Isaac Noriega, Gustavo Ardila Arrieta y Sandra Gómez Franco en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1 ● DERECHO A LA VIDA Y PENALIZACIÓN DEL ABORTO

La teoría de los derechos fundamentales parte por reconocer el carácter relativo de los mismos: cuando en una situación concreta se realizan ponderaciones por existir confrontación de intereses, todos los derechos fundamentales son susceptibles de ser armonizados. De lo que se trata en cada caso concreto es de evitar el sacrificio excesivo de un derecho para lograr la plena garantía de otro. Sin embargo, esta idea, que parecería un escenario común en relación con los derechos fundamentales, adquiere mayor complejidad cuando se menciona el valor relativo del derecho fundamental a la vida. Las dificultades de separar las concepciones jurídicas de las morales, al justificar el valor del derecho a la vida, permiten que al interpretar este derecho se aluda a expresiones tales como que la vida tiene un carácter sagrado<sup>78</sup>, o que

78 En Colombia, el posicionamiento del carácter sagrado del derecho a la vida no sólo se debe a la intervención de distintas iglesias en relación con la manera como debe comprenderse esta garantía. Así, desde la política también es posible identificar corrientes que fundamentan sus plataformas desde la defensa de la vida como derecho principal de nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, en el sitio oficial del ex candidato presidencial por el Partido Verde Antanas Mockus se lee que la defensa al derecho a la vida se constituye en un principio básico de esta colectividad. Este principio representa en los siguientes términos: "La vida es sagrada. Por la vida: súmate y actúa. El Derecho a la Vida es el principal derecho consagrado en nuestra Constitución y es condición para que se cumplan los demás derechos. Respetar y valorar cada vida humana es el principio básico de igualdad. Una sociedad plural abre espacios de participación para la convivencia

la vida es el derecho fundamental supremo o el más importante de todos por desprenderse de ella el disfrute de los demás derechos<sup>79</sup>. Estas premisas son inobjetables en la gran mayoría de los casos. El encuentro entre el derecho y la moral en materia de la garantía fundamental a la vida es frecuente y quizás inevitable. Así, la interpretación del derecho a la vida se dificulta cuando se requiere dar una respuesta jurídica a debates en los que moralmente las sociedades modernas aún no han logrado ponerse de acuerdo. Una de estas situaciones es la relacionada con la prohibición o permisión del aborto.

Las discusiones sobre la posibilidad de penalizar o no el aborto se ven permeadas por diversos puntos de vista. De un lado están quienes consideran que no resulta posible sacrificar el derecho a la vida del que está por nacer mediante la liberalización del aborto, ni siquiera en circunstancias extremas. El argumento central de esta postura es, precisamente, el carácter sagrado de este derecho fundamental. Y en el otro extremo se encuentran las posturas que sostienen que el derecho a la vida puede llegar a ser desacralizado, cuando a través de su defensa irrefrenable se afectan de forma desmedida otras garantías que merecen igual protección. Es el caso de la continuación del embarazo que pone en riesgo de morir a la madre o afecta su integridad física o mental. Además, está la dignidad de la mujer, si su embarazo es producto de la violencia o la coacción externa y no de una manifestación de su voluntad de dar la vida a un nuevo ser. O también cuando la vida del que está por nacer no resulta viable, de tal forma que resulta opresivo el obligar a la mujer a continuar con el embarazo sin posibilidades de interrumpirlo en condiciones legales.

En el sistema colombiano la falta de acuerdo social en la solución sobre la liberalización o penalización del aborto en el país no ha impedido que el ordenamiento jurídico colombiano le haya dado una respuesta normativa a este debate. Desde el siglo XIX, el aborto ha estado penalizado. El siguiente cuadro muestra la presencia del aborto como un tipo penal constante en los distintos códigos, desde el año de 1890:

pacífica basados en el diálogo y comprensión de la diferencia. Es deber de los ciudadanos rechazar cualquier justificación legal, moral o cultural que atente contra la vida". En [www.antanasmockus.com/index.shtml?s=a&m=b](http://www.antanasmockus.com/index.shtml?s=a&m=b)

<sup>79</sup> Se lee en la sentencia C-013 de 1997 en la cual se declaró la exequibilidad de las normas que penalizaban el aborto en Colombia: "La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable"

CÓDIGO PENAL DE 1890	CÓDIGO PENAL DE 1936	CÓDIGO PENAL DE 1980	CÓDIGO PENAL DE 2000
<b>A 638.</b> El que, empleando voluntariamente y a sabiendas alimento, bebidas golpes o cualquier otro medio procura que aborte una mujer embarazada, sin saberlo o consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio. Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años. Artículo 641: la mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas, o consienta en que otro emplee alguno de los medios expresados en el artículo 638 sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto y de seis meses a un año, si no resulta.	<b>A 387.</b> La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurre en prisión de uno a cuatro años en la misma sanción incurre el que procure aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.	<b>A 343.</b> -Aborto- La mujer que causare aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer realice el hecho previsto en el inciso anterior.	<b>A 122.</b> -Aborto- La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.
<b>A 640.</b> Si el que administra facilita suministra o proporciona los medios para el aborto fuera el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario o comadrona o partera, sufrirá respectivamente, las penas señaladas en los artículos anteriores con un aumento de seis meses a un año.	<b>388.</b> El que causare aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en prisión de uno a seis años. Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasiona la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el artículo 368.	<b>A 344.</b> -Aborto- sin consentimiento.-El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrá en prisión de tres a diez años.	<b>A 123.</b> Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.
<b>A 640:</b> (...) No se incurrá en pena alguna cuando se efectué o procure el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, ni en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial. No por eso debe creerse que la ley aconseje esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para recurrir a dichos medios.	<b>A 389.</b> Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmacéutico o partera, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, y se impondrá además la suspensión de la respectiva profesión por dos meses a seis años.		

<b>A 642.</b> Pero si fuera mujer honrada y de buena fama anterior, y resultare, que el único móvil de la acción fue el encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión si el aborto no se verifica, y de cinco a diez meses si se verifica.	<b>388.</b> Aborto para salvar el honor. Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes. o concederse perdón judicial.	<b>A 344.</b> Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro, se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias	<b>A 124.</b> Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. <b>Parágrafo.</b> En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. Declarado inexequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C 355/2006, Providencia confirmada en la Sentencia C 822/ 2006.
---	--	--	---

De un breve análisis de estas normas queda claro que la respuesta normativa al debate social sobre el aborto en Colombia ha escogido la penalización del aborto, como un mecanismo para evitar su práctica. Esta penalización tiene hilos invariables en todos los códigos, desde el de 1890 hasta el actual. Estas constantes son: (i) la distinción entre el aborto con consentimiento de la mujer y el aborto sin consentimiento de la mujer; (ii) la imposición de sanción penal a la mujer y también a la persona que efectúa el aborto; (iii) la determinación de pena de prisión que oscila entre uno y tres años preferiblemente; (iv) el establecimiento de ciertos factores que atenúan la pena y que llegan incluso a la posibilidad de prescindir de ella.

Pero también pueden observarse diferencias que son una muestra de la evolución de la sociedad. Es el caso de la estructura de la conducta punible. Así, del aborto “artesanal” (mediante “brebajes” y en “boticas” y con mención a las “enseñanzas de la Iglesia Universal”) en la que se redactan las disposiciones del Código de 1890, ya no queda nada. Igualmente, en este código se tipificaba la tentativa de aborto, circunstancia que para 1936 ya no fue objeto de reproche penal.

También es destacable que para la legislación de 1936 hubiera desaparecido la alusión a las consideraciones religiosas para la prohibición del aborto. De todas formas, sí es interesante comprobar que la respuesta normativa no ha variado mucho y que incluso se consideraba delito el aborto en circunstancias extremas, como el embarazo que ponga en riesgo la vida de la madre. Y no deja de ser paradójico que para esta circunstancia específica el tratamiento penal fuera más indulgente en el código más antiguo, el de 1890, que en los más recientes.

Es necesario apuntar que sólo hasta el código de 1936 se consideró el acceso carnal como conducta que atenuaba la pena para el aborto, si se coteja la figura de *aborto para salvar el honor*, en la que la referencia implícita es a los embarazos producto de la fuerza o la coacción hacia la mujer. Sin embargo, son los códigos contemporáneos los que ya clarifican la violencia sobre la mujer como una circunstancia de atenuación punitiva. Y estos mismos códigos, en sintonía con los desarrollos de la ciencia actual, incluyen otras formas de trasgresión de la voluntad de la mujer como la inseminación artificial no consentida (1980) o la trasferencia de óvulo fecundado (2000) como circunstancias de atenuación o eximente de la pena.

Sin embargo, la penalización del aborto se empezó a cuestionar con la promulgación de la Constitución de 1991. En efecto, la inclusión de un renovado catálogo de derechos fundamentales trajo como consecuencia una renovación de los debates en torno al aborto. Nuevas voces en este viejo debate saltan a la palestra. Estas voces se contraponen a las que de forma predominante consideran que el aborto es una conducta repudiable que justifica su prohibición absoluta, incluso mediante su penalización. Pero estas nuevas voces se apoyan en disposiciones del propio texto de la Constitución, para sostener que la decisión sobre el aborto pertenece a la esfera íntima de la mujer, y que no resulta plausible el que el Estado imponga sanciones punitivas para la práctica del aborto en condiciones de legalidad. También han reclamado que esta sanción es mucho más injusta en circunstancias extremas, como la del embarazo que es producto de violencia sobre la mujer o el que arriesga la vida de la madre, pues consideran que no es proporcional exigirle a la mujer que continúe con el embarazo, por afectar la dignidad o la propia vida y salud de la mujer gestante. Igualmente, estas manifestaciones objetan la continuación del embarazo cuando el feto es inviable. Consideran que debería ser posible que en estos casos la mujer pueda interrumpir su embarazo. Este debate ha sido puesto en conocimiento de la Corte Constitucional colombiana que le ha dado las respuestas jurídicas que a continuación se describen:

# 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿En Colombia, es posible la práctica del aborto sin la imposición de obstáculos normativos o prácticos para su realización?

## TESIS A

No es posible practicar un aborto en Colombia en condiciones legales bajo ninguna circunstancia.

C 133/1994		S.V. Gaviria, Cifuentes, Martínez
C 013/1997		S.V. Gaviria, Cifuentes, Martínez
S.V. Escobar y Monroy	C 647/2001	
S.V. Escobar y Monroy		C 355/2006
		C 822/2006
		T 988/2007
S.V. Escobar		T 946/2008
CE Plena, 15-10-2009		T 209/2008
		T 388/2009
		T 585/2010

## TESIS B

Si es posible practicar el aborto en condiciones legales en Colombia, bajo ciertas circunstancias: cuando la vida de la madre está en peligro, cuando el feto es inviable y cuando el embarazo es producto de conductas contrarias a la voluntad de la mujer.

# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

A la pregunta jurídica sobre las posibilidades con las que las mujeres colombianas cuentan para practicarse un aborto sin que existan obstáculos normativos o barreras administrativas para ello, la jurisprudencia constitucional ha dado diversas respuestas que oscilan entre dos tesis opuestas. La primera tesis establece que en Colombia no es posible la práctica del aborto en ninguna circunstancia en condiciones legales, porque el sistema normativo colombiano le da prevalencia al derecho a la vida del *nasciturus* sobre los derechos de las gestantes. Con base en lo anterior, el aborto es punible, en todos los casos.

La tesis opuesta sostiene que en Colombia sí es posible practicarse un aborto en condiciones legales. De acuerdo con esta tesis, se considera que la protección de la vida del que está por nacer mediante la prohibición o penalización del aborto representa un sacrificio desproporcionado de los derechos de autonomía reproductiva y otros derechos fundamentales de las mujeres como la dignidad (en los casos de embarazo sin el consentimiento de la mujer), la vida y salud (cuando el embarazo representa un riesgo para la madre) o la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (en los casos en los que el feto es inviable).

Al observar el gráfico, se establece que algunas de las decisiones judiciales se ubican exactamente en su lado izquierdo, al sostener la tesis de la absoluta prohibición de la práctica del aborto en Colombia. En cambio, las decisiones más recientes, así como pronunciamientos de bloques minoritarios de magistrados al interior de la primera Corte Constitucional, pueden ser ubicados del lado derecho del gráfico. Según estas últimas, se debe permitir el aborto en ciertas hipótesis en las que se considera injustificable la asignación de un valor absoluto del derecho a la vida del *nasciturus*, en detrimento de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes.

La adecuada comprensión de la evolución de esta línea jurisprudencial requiere de la identificación de diversos momentos en los que se ha preferido por parte de la Corte alguna de las tesis establecidas anteriormente. Estos momentos se describen enseguida.

### **3.1. Primer momento: la jurisprudencia deja incólumes las barreras normativas para la práctica del aborto en Colombia.**

#### **3.1.1 Primeros pronunciamientos en los que se considera válida la penalización absoluta del aborto.**

En el año de 1994, la Corte Constitucional se pronunció por primera vez en torno a la constitucionalidad de las normas del Código Penal de la época que penalizaban el aborto en Colombia. En sentencia C-133 de 1994 y ante demanda presentada por un ciudadano que acusaba la inconstitucionalidad del artículo 343 del Decreto 100 de 1980, este alto tribunal profirió una decisión en la que se establecía el valor preeminente del derecho fundamental a la vida. La demanda se fundamentaba en la inconstitucionalidad de la penalización del aborto por considerarla como una medida contraria a derechos como la libertad de conciencia y de cultos, así como el derecho establecido en el artículo 42 de la C.P. para las parejas de decidir libre y responsablemente el número de hijos. La Corte consideró, en esa oportunidad, que el derecho a la vida del *nasciturus* debía protegerse, aún a pesar de que no se le considerase como persona, y privilegió el derecho a la vida del que está por nacer sobre los derechos de la mujer y la pareja.<sup>80</sup> Incluso consideró que no se afectaba la autonomía de las parejas y de la mujer, porque la protección constitucional de esta clase de derechos no podía extenderse hasta la concepción, pues a partir de ese momento resultaba necesario que se protegiera el derecho a la vida del *nasciturus*. Por estas consideraciones, la Corte determinó que la penalización del aborto en el Código Penal de 1980 se ajustaba a la Constitución de 1991. Sin embargo, esta decisión no fue unánime. Los magistrados Gaviria, Cifuentes y Martínez salvaron el voto, por considerar que darle un valor absoluto al derecho a la vida del que está por nacer, desde la concepción, sacrificaba, de forma desproporcionada, los derechos fundamentales de las mujeres, al obligarlas a recurrir a la clandestinidad para practicarse un aborto.

En 1997, la Corte nuevamente conoce una demanda de inconstitucionalidad contra las disposiciones del Código Penal de 1890 en las que

80 No resultaba posible considerar persona al *nasciturus* en tanto que las normas que regulan lo concerniente a la personalidad jurídica establecen que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.(Artículo 90 del Código Civil)

se tipificaba el aborto. En esta acción se busca reforzar la tesis que le da un carácter absoluto al derecho a la vida del que está por nacer. Por ello, las normas demandadas en esta oportunidad, los artículos 328, 345, 347 y 348 del mencionado estatuto, se cuestionaban por no ofrecer suficiente protección a la vida del *nasciturus*. La demanda se dirigía a señalar que las penas incluidas en estos tipos penales eran demasiado laxas, sin lograr disuadir a las mujeres de abortar o de abandonar al niño concebido como consecuencia de conductas contrarias a la voluntad de la mujer.

En sentencia C-013 de 1997, la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones acusadas, al determinar que el legislador se encontraba facultado para imponer y graduar las penas que considerara adecuadas para sancionar esta clase de conductas. Sin embargo, la Corte aprovechó la oportunidad para, de nuevo, recalcar la supremacía del derecho a la vida, al calificar el aborto como un *repudiable ataque contra la vida humana*, y justificó su postura en documentos de carácter religioso como las encíclicas papales *Humanae Vitae* y *Evangelium Vitae*. Y el grupo de magistrados conformado por Carlos Gaviria, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez volvieron a salvar el voto.

### 3.1.2. El camino para superar las barreras normativas comienza a abrirse: la sentencia C-647 de 2001

De forma posterior a estos pronunciamientos judiciales, el Congreso expidió un nuevo Código Penal, en el que también penaliza el aborto. Sin embargo, estas normas resultan diferentes a las disposiciones de la legislación de 1980, al incluir la posibilidad de atenuar la pena o no imponerla en los casos de aborto como consecuencia de acceso carnal violento o de inseminación artificial no consentida. Esta renovación legislativa sobre la penalización del aborto hizo que en el país se planteara nuevamente el debate jurisprudencial en torno al aborto.

Pronto, se demandó la inconstitucionalidad de estas normas y la Corte se pronunció nuevamente sobre el aborto, en la sentencia C-647 de 2001. En esta decisión, la Corte debe pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad en contra del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 mediante la cual se autorizaba a los jueces a prescindir de la pena, cuando por las circunstancias del caso concreto la autoridad judicial considerara que el aborto se realizó en *extraordinarias condiciones de motivación*. El argumento

de esta demanda era igual al caso de la sentencia C-013 de 1997: asegurar que con esta clase de disposiciones no se protegía de forma suficiente la vida del que está por nacer, por no sancionarse el aborto. La Corte consideró ajustado a la Constitución el texto normativo demandado, al señalar que el legislador estaba facultado por la Carta Política para graduar las penas o incluso para excluir determinadas conductas de la imposición de las penas. Siendo este el objeto del reproche de la demanda, no consideró que la norma acusada resultara contraria a la Constitución. Dijo el alto tribunal “Limitada como se encuentra la Corte en este caso para analizar únicamente la constitucionalidad del parágrafo acusado por el actor, se encuentra por esta Corporación que la norma en él contenida no resulta violatoria de la Constitución. En efecto luego de haberse definido por la ley el delito del aborto en dos modalidades y las circunstancias de atenuación punitiva, en el parágrafo aludido se establece por la ley una causal personal de exclusión de la pena, cuando concurren los requisitos allí señalados, asunto éste para cuya regulación se encuentra como fundamento la potestad que para hacer las leyes le atribuye al Congreso de la República la Constitución”<sup>81</sup>.

Sin embargo, lo que no pudieron consignar los magistrados en relación con la penalización del aborto en el texto de la sentencia lo dejaron expresado en la aclaración de voto. Así se dieron nuevos pasos para reabrir el debate sobre la despenalización del aborto en el país. En esta aclaración, los magistrados que aclaron su voto establecieron la necesidad de que se ahondara en la posibilidad de despenalizar el aborto en circunstancias extremas en las que se afectan los derechos a la dignidad y a la vida y salud de las mujeres embarazadas, a quienes por cuenta de la penalización del aborto se les impidió la interrupción del embarazo en condiciones de higiene y salubridad.

### **3.2. Una nueva perspectiva: eliminación parcial de las barreras normativas para la práctica del aborto en Colombia.**

En la decisión C-355 de 2006, la Corte Constitucional tiene nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre la penalización del aborto. En este fallo, el alto tribunal conoce la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000. Las demandas presentadas en contra de los mencionados artículos del Código Penal buscaban que, con base en

81 C. Const., C-647/2001, A. Beltrán Sierra.

los derechos de autonomía, libertad e igualdad de las mujeres, se despenalizara en todos los casos el aborto, y por ende, se permitiera que la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo pudiera efectuarse de forma legal y sin barreras normativas o administrativas de ninguna naturaleza. Pero las demandas impulsadas también tenían una pretensión menos ambiciosa. Estas demandas buscaban que, como mínimo, la Corte Constitucional se pronunciara para despenalizar el aborto en ciertas circunstancias en las que la defensa del derecho a la vida del que está por nacer afectaba desproporcionadamente otros derechos fundamentales reconocidos por la carta política a favor de las mujeres: (i) por contrariar la dignidad humana (en embarazos producidos por conductas sin el consentimiento de la mujer); (ii) por afectar el derecho a la vida y la salud e integridad física de la mujer (en los casos en los que el embarazo pone en riesgo la vida de la madre); y (iii) por atentar contra la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (en los casos en los que graves malformaciones del feto hicieran inviable sus posibilidades de nacer).

Frente a esta postura intervinieron otros sectores para apoyar la penalización del aborto, con base en los siguientes argumentos: (i) la existencia de cosa juzgada constitucional, en las sentencias de 1994 y 1997, en las que se concluyó que la penalización del aborto era constitucional y (ii) la desprotección que la despenalización del aborto efectuaría sobre la vida del que está por nacer, con base en la defensa de derechos que no tienen la entidad e importancia de la garantía fundamental a la vida.

En este proceso, las posturas contrapuestas reflejadas en las demandas de inconstitucionalidad e intervenciones ante la Corte Constitucional pertenecían a las voces de sectores claramente diferenciables. De un lado, quienes abogan por la despenalización absoluta o parcial del aborto eran ciudadanos individuales y organizaciones de mujeres que pretendían poner su acento, no sólo en la necesidad de liberalizar el aborto, sino también en la posibilidad de hacer un uso de la jurisprudencia constitucional para reivindicar la concepción de la mujer como sujeto activo de derechos, desde una perspectiva feminista<sup>82</sup>. Igualmente, entidades estatales como la Defensoría del Pueblo o el Ministerio de Protección Social apoyaron la despenalización, al calificar el aborto ilegal como un problema de salud pública para el Estado colombiano y explicitando las condiciones en las

82 Ver al Respecto: Jaramillo Isabel Cristina y Sierra Alfonso Tatiana. "Mujeres, Cortes y Medios" sobre el litigio para liberalizar el aborto Colombia. Siglo del Hombre Editores: Bogotá: 2008.

que por cuenta de la penalización se practica el aborto en el país. Desde la otra arista, la Iglesia Católica y otras religiones intervienen en el proceso para sostener la primacía del derecho a la vida del que está por nacer y para criticar la práctica del aborto bajo cualquier circunstancia. La defensa de la penalización del aborto se fundamentaba en la existencia de cosa juzgada constitucional, por la similitud entre las normas del Código Penal de 1980 y el del año 2000. Esta cosa juzgada le daba al derecho a la vida un valor preponderante en el ordenamiento jurídico, valor que no podía ser desconocido en decisiones posteriores. Según esta defensa, ni siquiera en los casos extremos resulta posible relativizar el carácter sagrado y absoluto del derecho a la vida.

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional da una nueva respuesta a la penalización del aborto. En esta decisión, el alto tribunal considera que el derecho a la vida tiene una gran importancia, pero sin ser absoluto. Por ello, considera que, si bien es cierto que de la Constitución y otras disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos se desprende un deber para el Estado de proteger la vida del que está por nacer, este deber no puede comprenderse de forma tal que se anulen otros derechos fundamentales de las mujeres. Con base en esta nueva respuesta sobre el valor que tiene el derecho a la vida del *nasciturus*, la Corte sostuvo que es legítimo que el Estado y el legislador protejan la vida del que está por nacer a través de medidas como la penalización del aborto. Sin embargo, también consideró que esta penalización no puede ser total y absoluta, porque en algunos casos los derechos de las mujeres gestantes adquieren un mayor peso y deben ser respetados, para no sacrificarlos desproporcionadamente.

Posteriormente, la Corte profundizó su argumentación y señaló que, en principio, al legislador le corresponde confrontar los intereses de las mujeres y el derecho a la vida del *nasciturus*, para establecer las circunstancias o casos en los que deban ponderarse los derechos en conflicto y evitar su sacrificio desmedido o anulación. Pero que si legislador omite esta tarea, le corresponde a la Corte determinar las circunstancias en las que la penalización del aborto se torna en una medida inconstitucional, por sacrificar alguno de los derechos en tensión de manera innecesaria y desproporcionada.

Consideró, entonces, que la tipificación del aborto en ciertos casos era contraria a la Constitución. La Corte procedió a determinar los

casos que no podían ser objeto de reproche penal y en los que los derechos de las mujeres ofrecían resistencia a manera de límites para la libertad del legislador de tipificar el aborto. Para cada caso estableció un mínimo de requisitos que debían cumplirse para la liberalización o legalización del aborto. El siguiente esquema describe los casos en los que la Corte autorizaba su legalización, mediante su despenalización.

CASO	DERECHO DE LAS MUJERES QUE SE AFECTA CON LA PENALIZACIÓN	REQUISITOS PARA LA LEGALIZACIÓN
Embarazo consecuencia de acceso carnal violento o no consentido, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida e incesto.	Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. No se considera proporcional que se obligue a la mujer a continuar un embarazo producto de estas circunstancias instrumentalizándola como medio para dar la vida pero sin tomar en cuenta sus deseos.	Denuncia penal de los hechos que violentaron el deseo de la mujer de quedar embarazada debidamente presentada.
Eventos en los cuales el embarazo conduce a amenazar la salud física o mental de la mujer, así como la vida de la mujer gestante.	Vida, salud e integridad de la mujer y disposiciones de normas y tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. No se considera proporcional que se le exija a la mujer la realización de conductas heroicas en las que sacrifique su vida para permitir el nacimiento del feto.	Certificación médica.
Graves malformaciones del feto.	Dignidad humana. No se considera proporcional que se obligue a una mujer a soportar todo el embarazo y a tener un parto de una criatura que no tiene posibilidades de sobrevivir.	Certificación médica.

Con base en estos argumentos, el tribunal constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que establecía una atenuación de la pena para el aborto en los casos descritos, al considerar que en esta clase de casos el aborto no constituía delito. Sin embargo, la Corte se abstuvo de retirar del ordenamiento jurídico la disposición contenida en el artículo 122 del Código Penal, que es la norma que penaliza el aborto con pena de prisión de 1 a 3 años. La Corte consideró que no era posible la legalización o liberalización absoluta del aborto, porque inclinaría la balanza hacia el extremo contrario. Inclinación que produciría la desproporcionada desprotección del derecho a la vida del nasciturus.

Pero para aclarar los eventos en los que se despenalizaba el aborto, la Corte Constitucional realizó una serie de consideraciones adicionales: (i) la despenalización del aborto no necesita ninguna clase de regulación adicional para su aplicación directa por parte de mujeres en estas circunstancias y de los profesionales de la salud; (ii) cada uno de los casos liberalizados tienen un carácter autónomo e independiente, lo que significa que los requisitos para su realización no deben presentarse de forma concurrente; (iii) no es aceptable la imposición de mayores obstáculos para la realización del aborto en esta clase de casos, pues debe partirse de la buena fe de las gestantes que deseen interrumpir el embarazo; (iv) no puede obstaculizarse la práctica del aborto por medio de la objeción de conciencia de centros médicos y hospitalarios, pues esta garantía se reconoce a favor de las personas naturales y no de las instituciones o personas jurídicas.

Por último, la Corte también consideró como contraria a la Constitución apartes del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, también demandado, en los que se aumentaban las penas para la práctica de aborto en menor de 14 años o sin el consentimiento de la mujer. El alto tribunal señaló que el primer evento también debía considerarse como una medida desproporcionada en contra de la igualdad y la autonomía de las menores.

Esta decisión de la Corte Constitucional dio un paso importante para la despenalización del aborto. Sin embargo, este paso tampoco puede identificarse como totalmente liberalizador, en tanto que de acuerdo con el fallo, aún se considera delito la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo, cuando no sea su deseo concebir un nuevo ser. Resulta escandaloso sostener que los derechos a la autonomía reproductiva de la mujer pueden ir incluso hasta el punto de sacrificar la vida el feto cuando este ya se ha desarrollado lo suficiente. Sin embargo, otros ordenamientos jurídicos posibilitan que durante el primer trimestre del embarazo la mujer pueda optar o no por tener a su hijo, al permitir también en estas circunstancias la práctica del aborto en condiciones legales. Pero la decisión de la mayoría de la Corte fue la de transferirle la responsabilidad al legislador colombiano para que decida el resultado de la ponderación de los derechos en conflicto, cuando la mujer desea abortar durante los primeros meses del embarazo y por puras razones de autonomía personal en la configuración de su proyecto de vida. Empero, esta posición mayoritaria no fue unánime, pues magistrados como Jaime Araujo llegaron a

considerar -en aclaración de voto- que la Corte era competente para despenalizar el aborto también en estos eventos.

### **3.3. De la superación de las barreras normativas a la imposición de barreras administrativas**

La postura acogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 pronto produjo efectos dentro del campo jurídico colombiano. Se expidió el Decreto 4444 de 2006, por medio del cual se reglamentaba la forma como debía garantizarse por parte de las entidades prestadoras de los servicios de salud en el país la realización del aborto en los casos liberalizados por la jurisprudencia constitucional<sup>83</sup>. Decisión que fue reiterada en la sentencia C-822 de 2006<sup>84</sup>, en la que la Corte ordenó “estarse a lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006”.

Sin embargo, la subregla de decisión establecida en la sentencia C-355, por su amplitud, complejidad y por la resistencia de muchos sectores a la legalización del aborto, pronto generó dificultades en su interpretación y aplicación. Cuando las mujeres empezaron a acudir al sistema de salud a realizarse un aborto, por considerar que se encontraban facultadas para ello, no encontraron una respuesta clara e unívoca de los prestadores de salud para la interrupción del embarazo. Por esta vía, el problema jurídico planteado volvió a ser de conocimiento de la jurisdicción constitucional.

Con la sentencia C-355 de 2006, la Corte removió algunos obstáculos que desde el punto de vista normativo impedían el que las mujeres

83 Establece el mencionado decreto en su parte considerativa: “Es deber del Estado garantizar la provisión de servicios de salud seguros y definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto”. Y también: “Corresponde a la órbita de competencia del Gobierno Nacional regular el servicio público esencial de salud y de seguridad social en salud y en tal sentido, se hace necesario adoptar medidas tendientes al respeto, protección y satisfacción de los derechos a la atención en salud de las mujeres, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia [C-355 de 2006](#), la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación”.

84 En esta sentencia nuevamente se solicita la declaración del artículo 122 y 55 del Código penal por no establecer circunstancias en las que se debe permitir la interrupción del embarazo en condiciones de legalidad. La Corte declaró que existía cosa juzgada constitucional por existir identidad entre las normas demandadas y los cargos objeto de la demanda.

colombianas pudieran abortar en condiciones legales. Pero a los obstáculos removidos les sucedieron barreras de carácter práctico. Estas barreras generaban que la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se viera impedida y no pudiera realizarse por cuenta de los requisitos y trabas impuestas por las entidades de salud. Al considerar que mediante esta clase de prácticas las entidades del sistema de salud afectaban los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, se comenzó a hacer uso de la acción de tutela para la práctica del aborto en condiciones legales.

La Corte Constitucional hizo uso del mecanismo de revisión de tutela para determinar los alcances del precedente establecido en la decisión de 2006. A partir de esta redefinición del precedente, se continúa allanando el camino para la práctica del aborto en condiciones legales en el país. Estas acciones de tutela pueden ubicarse en tres contextos distintos, que dependen de la causal invocada por la mujer para practicarse un aborto en condiciones legales. Enseguida se analizarán con mayor detenimiento cada uno de estos escenarios.

### 3.3.1 Escenario de litigio en el que se reclama la interrupción del embarazo por falta de consentimiento de la madre.

#### El caso de la sentencia T-988 de 2007

En este caso, la madre de una mujer con discapacidad cognitiva y sensorial en representación de su hija acude a la acción de tutela para solicitar la protección del derecho de la mujer discapacitada de interrumpir su embarazo, por encontrarse en una de las situaciones de liberalización del aborto establecidas en la jurisprudencia constitucional. Señaló la demandante que este derecho fue afectado por SALUDCOOP E.P.S., y que ante los cambios físicos presentados por su hija acudió a la E.P.S. para que diagnosticaran lo que le ocurría. De la revisión médica se concluyó el siguiente diagnóstico: "PACIENTE CON EMBARAZO DE 9 SEM X ECO, PARALISIS CEREBRAL POR LO QUE SE SOSPECHA ABUSO SEXUAL (...)" . Ante esta situación, la madre solicitó a la E.P.S. la interrupción del embarazo. Sin embargo, la entidad se negó, al aducir que: (i) no se tenía certeza de la incapacidad de la paciente por no haberse declarado en interdicción judicial; (ii) no era posible interrumpir el embarazo, por no exhibirse la denuncia penal; y (iii) se requería una valoración sicológica en la que se estableciera con certeza la ausencia de voluntad de la paciente. La jueza de primera instancia negó la tutela, al considerar que

el momento en el que se encontraba el embarazo (más de 15 semanas) impedía que se realizara su interrupción sin poner en peligro la vida de la madre, de acuerdo con concepto médico. Señaló la funcionaria judicial para negar el amparo que no podía ordenar la interrupción del embarazo, mucho más si se tomaba en cuenta que, para el caso concreto, no mediaba la voluntad de la paciente, sino de su madre. Sin embargo, sí consideró como injustificada la actitud de la E.P.S de negarse a practicar el aborto en la oportunidad debida, es decir, en el momento en el que fue solicitado. Este fallo fue apelado por la accionante y confirmado en todas sus partes por el juez de segunda instancia. En ese estado llegó al conocimiento de la Corte Constitucional.

La Corte seleccionó para revisión el caso, a pesar de que fuera un hecho superado, pues la mujer discapacitada ya no se encontraba en embarazo. No obstante, la Corte profiere una decisión de fondo, con el fin de determinar los parámetros a partir de los cuales debe garantizarse a las mujeres la práctica del aborto, en los casos señalados en la sentencia C-355 de 2006<sup>85</sup>. Para este efecto, primero hace un recuento de la sentencia y establece que todas las consideraciones relacionadas con la liberalización del aborto en los casos estudiados en la decisión hacen parte de la ratio decidendi, -como por ejemplo en los casos de embarazo como consecuencia de acceso carnal violento-, por cuanto estas consideraciones “se relacionan de modo inescindible con la parte resolutiva de la referida sentencia”<sup>86</sup>.

Considera entonces que en relación con la liberalización del aborto en los casos de acceso carnal violento el único requisito que se consideró necesario fue la presentación de la denuncia ante la autoridad correspondiente, en tanto que requisitos adicionales se constituirían en barreras que afectarían de forma desproporcionada los derechos de las mujeres. Siendo esto así, estableció el alto tribunal que la negativa de la entidad de exigir requisitos adicionales como conceptos sicológicos o la declaratoria de interdicción de la mujer discapacitada se constituían en actuaciones contrarias a los derechos fundamentales a la dignidad y a la autonomía reproductiva de la mujer en cuya representación la madre había interpuesto la acción de tutela. Dijo el alto tribunal:

85 Sin embargo, la Corte no justifica la selección para revisión de este caso con base en este argumento sino al establecer que se impone la necesidad de revisar un determinado caso cuando la Corte Constitucional advierte que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hicieron, con el fin de revocar los fallos inadecuados y conceder la tutela sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.

86 C Const. T-988/2007, H. Sierra Porto

"Exigir del modo en que lo hizo la E. P. S. SaludCoop en el asunto bajo examen, requisitos adicionales al denuncio - esto es, de una parte, sentencia judicial de interdicción y guarda y, de otra, prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que el aborto no fue consentido – constituyeron requerimientos desproporcionados y, en tal medida, dicha actitud de la entidad demandada significó un desconocimiento de la *ratio decidendi* contenida en la sentencia C-355 de 2006 por cuanto esas exigencias representaron cargas desproporcionadas que terminaron por dejar sin protección a la joven gestante tanto más si se piensa que sus limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales la colocaban en especial situación de indefensión".

Con base en estos argumentos, la Corte concedió la tutela, al comprobar que, a pesar de lo señalado por la E.P.S., la madre sí había allegado la copia del denuncio por el acceso carnal de su hija. Sin embargo, lo que queda claro en esta decisión es que la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 no sólo incluye la despenalización del aborto en los casos en ella establecidos, sino que adicionalmente existe un deber para las entidades prestadoras de servicios de salud de practicar abortos en condiciones legales y sin la imposición de barreras o trabas administrativas que impidan el que las mujeres puedan ejercitar este derecho cuando se encuentre en alguno de los casos liberalizados.

El fallo ejemplarizante de la sentencia T-209 de 2008<sup>87</sup>

Se solicita acción de tutela para proteger los derechos a la dignidad y autonomía reproductiva de una menor de edad que fue víctima de acceso carnal violento, y se solicitó la interrupción del embarazo a distintas entidades prestadoras de salud (5 en total) que se negaron a practicar el aborto, por la objeción de conciencia de los médicos tratantes y de las entidades prestadoras de salud. La objeción la fundamentaron los galenos en la existencia de inconsistencias entre la fecha de presentación de la denuncia del acceso carnal y la fecha de inicio del embarazo, por ser el denuncio muy posterior a la fecha de la concepción. Los jueces de instancia decidieron negar la tutela, al establecer que, a pesar de la existencia del denuncio, no aparecía probado en el proceso que el embarazo era producto del acceso carnal del que había sido víctima la menor. Lo anterior, porque como fecha probable de la concepción se determinó, por parte de los médicos, el mes de diciembre de 2006, pero en cambio, la denuncia penal presentada ante la Fiscalía tenía fecha del 17 de

<sup>87</sup> C Const. T-209/ 2008, C. Vargas.

marzo de 2007. Ante estas inconsistencias, los jueces constitucionales de instancia no tutelaron los derechos de la menor afectada.

En esta decisión, la Corte redefine los alcances de la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006. Para esta redefinición vuelve a hacer énfasis tal y como lo había hecho en la sentencia T-988 de 2007 en que las condiciones y parámetros fijados por la sentencia de constitucionalidad para los casos despenalizados o liberalizados hacían parte del precedente judicial.

Sin embargo, la Corte centra su argumentación en definir la imposibilidad de aducir la objeción de conciencia como una barrera para impedir la realización del aborto en los casos liberalizados. En este orden de ideas, la *ratio decidendi* de esta decisión se centra en definir los límites de la objeción de conciencia para la realización del aborto, de forma tal que mediante la apelación a esta figura no se desconozca los derechos de las mujeres de practicarse un aborto en las situaciones despenalizadas.

Para realizar esta precisión, la Corte, en primer lugar, procede a encuadrar el caso concreto dentro de las situaciones liberalizadas. Para ello establece que carecían de relevancia las discrepancias aducidas tanto por los médicos como por los jueces de instancia en relación con las fechas de la concepción y de la denuncia, para negarse a practicar el aborto. Y esto es así, porque cuando se trata de menor de 14 años se presume por parte de la ley la ocurrencia de un acceso carnal no consentido<sup>88</sup>. Por consiguiente, independientemente de que la denuncia se hubiera presentado de forma muy posterior a la concepción, era claro por la edad de la menor que ella estaba siendo objeto de violación, pues tenía 13 años de edad.<sup>89</sup>

De forma posterior, en esta tutela la Corte establece los lineamientos en los cuales puede alegarse el derecho a la objeción de conciencia

<sup>88</sup> Establece el Código Penal: El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Indicando como circunstancia agravante, el que se produjere el embarazo.

<sup>89</sup> Para reforzar su argumento la Corte trajo a colación no sólo las consideraciones de la sentencia C-355 de 2000 sino también apartes de la aclaración de voto del Magistrado Manuel José Cepeda, en las que el magistrado establecía que en casos de interrupción el embarazo para menor de edad la denuncia se tornaba en una mera formalidad por presumirse la ocurrencia del delito de acceso carnal. Sin embargo, en este caso concreto si mediaba la denuncia penal razón por la cual este argumento no resultaba relevante para proferir su decisión.

para la práctica del aborto. Para ello, hace uso de la sentencia C-355 de 2006, y determina cómo esta decisión estableció como una consideración que integra su *ratio decidendi* el que la objeción de conciencia es una figura que no puede aducirse por las instituciones sino que pertenece a la órbita exclusiva de los derechos de los individuos.

A partir de esta premisa, la Corte acude a las normas reglamentarias expedidas por el Gobierno Nacional (Decreto 4444 de 2006 y resoluciones concordantes) para establecer que estas reglamentaciones definen que, en caso de presentarse objeción de conciencia, el médico tratante debe remitir a la paciente a un prestador de salud que realice sin mayores dilaciones la interrupción del embarazo. Con base en estas consideraciones, y en las consideraciones señaladas en la sentencia C-355 de 2006 en relación con la naturaleza individual de la objeción de conciencia, la Corte resuelve el caso en lo siguiente términos:

"De las citadas pruebas se aprecia, que la EPS COOMEVA; los centros hospitalarios y clínicos, privados y público, a los que se remitió la menor para la práctica del procedimiento IVE, así como los médicos vinculados a dichas instituciones de salud, vulneraron los derechos fundamentales de la citada menor al negarse a practicar el respectivo procedimiento, y también desconocieron la Constitución, la sentencia C-355 de 2006, la ley y los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional, pues si bien todos los médicos de la especialidad de ginecología y obstetricia presentaron para el caso objeción de conciencia, ella no cumple los requerimientos que para el efecto consagra tanto la sentencia C-355 de 2006 como el Decreto 4444 del mismo año y la Resolución 004905 de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, y tampoco procedieron a cumplir con la obligación de remitir de manera inmediata a la menor a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento correspondiente. En efecto, las prueba que obran en el expediente no acreditan que cada uno de los médicos que conoció del caso hubiere presentado la objeción de conciencia de manera individual, libre y autónoma, pues si bien así se anunció en las respuestas que enviaron los respectivos Gerentes o Directores a Coomeva, por el contrario, de las mismas respuestas se puede inferir que la objeción de conciencia fue asumida de manera colectiva y como una decisión de carácter institucional. En relación con la Clínica Médico Quirúrgica de Cúcuta, aparece

claro que la decisión sobre la objeción de conciencia se tomó de manera colectiva y con la intervención de personal administrativo, caso en el que además aparece, que dicha determinación se adoptó, no por razones de orden religioso, sino previo el análisis de los hechos denunciados”<sup>90</sup>.

Pero para la solución del caso, la Corte imparte órdenes ejemplarizantes para las entidades de salud y médicos que con su accionar impusieron barreras administrativas para la realización del aborto de la menor y para los jueces de instancia que desconocieron el precedente establecido en la sentencia C-355 de 2006. Lo anterior, ya que a pesar de que existía la denuncia penal, los jueces se negaron a tutelar los derechos de la menor por no encontrar supuestamente probada la existencia de la violación. En este orden de ideas la Corte decide conceder la tutela en favor de la menor y de forma adicional: (i) Condenar en abstracto a las entidades prestadoras de salud y a los médicos a pagar indemnización por los perjuicios causados a la menor por negarse a practicar la interrupción del embarazo; (ii) Comunicar a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Protección Social el fallo para que estas autoridades investigaran y sancionaran a las entidades prestadoras de salud por los hechos denunciados en el caso y por incumplir las regulaciones contenidas en el Decreto 4444 de 2006; (iii) Comunicar a los Tribunales de Ética Médica el fallo, para que estos órganos empezaran a establecer la manera como se estaba aplicando la objeción de conciencia; (iv) Compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura para que investigara disciplinariamente a los jueces que negaron los derechos de la menor afectada.

En esta decisión, la Corte aplica los poderes especiales que le confieren las normas del Decreto 2591 de 1991, para reforzar la posibilidad de que el aborto pueda realizarse en condiciones legales en el país, en las situaciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

#### La sentencia T-946 de 2008

En esta ocasión, la Corte revisa la tutela interpuesta por la madre de una mujer menor de edad con una enfermedad conocida como Síndrome de Prader Willi, limitante de la capacidad cognitiva de la menor, con un embarazo de 18 semanas. La madre solicitó la interrupción del embarazo.

<sup>90</sup> Ibid.

Sin embargo, el médico tratante se negó a realizar el aborto por las siguientes razones: (i) que la menor no se encontraba en ninguna de las causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006; (ii) que la interrupción de un embarazo de 18 semanas implica riesgo para la vida de la madre y (iii) que se declaraba en objeción de conciencia para practicar el aborto. Igualmente, la E.P.S solicitó la negación de la tutela, o que si se llegara a conceder fuera autorizada para repetir contra la FIDUPREVISORA por los montos correspondientes a los tratamientos no establecidos en el POS. Los jueces de instancia que conocieron el caso cuando la menor tenía 22 y 25 semanas de embarazo se negaron a conceder la tutela, por el avanzado estado de gravidez de la gestante. Los dos jueces de instancia determinaron que, según el criterio médico, la práctica del aborto en un embarazo tan avanzado ponía en riesgo la vida de la madre. Así mismo, el juez de primera instancia señaló que no era posible conceder la tutela, porque a pesar de que la madre de la menor había aportado el denuncio penal, este no era legible y no podía ser tomado en cuenta para solucionar el caso. Igualmente, el juez de segunda instancia se negó a conceder la tutela, por considerar que por encontrarse el feto prácticamente formado (25 semanas de gestación) no resultaba posible la interrupción del embarazo.

Para resolver el caso, la Corte reiteró lo expuesto en la sentencia T-988 de 2007, en el sentido de que cuando el embarazo es el resultado del acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial, de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto basta con la presentación de la denuncia, para que las entidades prestadoras de salud autoricen la realización del aborto. En este orden de ideas, no resulta aceptable para el alto tribunal que se exijan otra clase de requisitos adicionales no establecidos en el precedente (C-355 de 2006), para que las mujeres en estas circunstancias puedan tener un aborto en condiciones legales. En el caso concreto, la Corte procedió a solicitar de oficio copia de la denuncia penal y reprochó que el juez de primera instancia no hubiera realizado actuación procesal similar para dar trámite al amparo solicitado.

Igualmente, el alto tribunal reiteró lo expuesto en la sentencia T-209 de 2008 sobre la objeción de conciencia, para concluir que el deber del médico no se circunscribía únicamente a negarse a practicar la interrupción del embarazo, sino que le correspondía remitir a la paciente a una institución que garantizara la realización del aborto en condiciones seguras e inmediatas.

Con base en estos argumentos, la Corte concedió el amparo. Por ello, en el falló reiteró la fórmula ejemplarizante de la sentencia T-209 de 2008, y envió copias de la decisión al Tribunal de Ética Médica, a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Protección Social, para que investigaran al médico tratante y a la E.P.S. por la imposición de barreras materiales para la práctica del aborto. También condenó en abstracto al médico y a la E.P.S., para que indemnizaran los perjuicios causados a la afectada.

Sin embargo hay un punto de la decisión en el que amplía el precedente establecido en la sentencia C-355 de 2006. En efecto, el juez de segunda instancia consideró que no resultaba posible ordenar el aborto por el avanzado estado de embarazo de la mujer. Este juez de instancia señaló que el silencio de la sentencia de inconstitucionalidad sobre los tiempos en los que puede interrumpirse el embarazo impedía que pudiera darse una orden para la práctica del aborto en condiciones legales. La Corte consideró como inadecuada esta interpretación. Así, dispuso que no era de su competencia determinar la oportunidad para realizar el aborto, sino que ante la existencia de denuncia penal, debía ordenarse la interrupción del embarazo. Luego la interpretación que había que darse a este silencio de la decisión de constitucionalidad era la contraria, es decir, que en estos casos y sin importar el tiempo de gestación, el embarazo puede ser interrumpido. Con base en lo anterior, la Corte ordenó la remisión de copias del expediente tanto al Consejo Superior de la Judicatura como a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigara a este juez- y al juez de primera instancia- por la comisión de faltas disciplinarias y penales respectivamente. Esta orden específica levantó reacciones de ciertos magistrados que consideraron como excesiva la imposición de sanciones de esta naturaleza, al admitir que el precedente C-355 de 2006 es lo suficientemente complejo como para que se presenten interpretaciones de esta clase en su aplicación.<sup>91</sup>

### 3.3.2 Escenario de litigio en el que se reclama la posibilidad del aborto por la inviabilidad del feto

La imposición de barreras prácticas para la realización del aborto en condiciones legales no sólo se observa en la hipótesis de despenalización para embarazos producto de acceso carnal violento u otras formas de trasgresión de la voluntad de la mujer. Las otras circunstancias despenalizadas

<sup>91</sup> Aclaración de voto de Manuel José Cepeda.

también han sido cuestionadas por parte de prestadores de servicios de salud y los jueces. Esta situación ha conducido a que también sea necesario recurrir a la tutela cuando se impide la interrupción del embarazo por malformaciones del feto. Este es el caso de la sentencia T-388 de 2009.

#### La sentencia T-388 de 2009

En este caso, el compañero permanente de una mujer solicita la protección del derecho a la interrupción del embarazo. De acuerdo con los hechos de la demanda, ante el diagnóstico de embarazo se realizaron las ecografías de rigor. En ellas se detectó que el feto tenía polimalformación con signos severos de displasia ósea que comprometía sus extremidades superiores e inferiores. Este diagnóstico condujo a que una junta médica conceptuara la necesidad de interrumpir el embarazo. La E.P.S autorizó la interrupción del embarazo y trasladó a la paciente a Barranquilla para este fin. Sin embargo, al médico que le correspondía la realización del procedimiento se negó a su práctica, por exigir una orden judicial. El demandante interpuso acción de tutela la cual fue negada por el juez de primera instancia, quien se declaró impedido por objeción de conciencia. La solicitud de impedimento fue negada, y por ende el juez negó la tutela, por estos mismos motivos. Esta decisión se apeló, y en segunda instancia se concedió la tutela. El aborto finalmente se efectuó por medio de cesárea, por contar la mujer con 30 semanas de gestación.

A pesar de la carencia de objeto por haberse practicado el aborto, la Corte Constitucional escogió para revisión este caso. Consideró la Corte que debía continuar examinando los efectos de la sentencia C-355 de 2006 y encontró que seguiría decantando la doctrina constitucional para permitir el aborto en las tres hipótesis liberalizadas.

Siendo este el objetivo de esta decisión, vale la pena mencionar dos aspectos adicionales que son abordados con profundidad en esta decisión y que complementan lo dicho hasta el momento. Un primer aspecto tiene que ver con la identificación de algunas de las barreras administrativas que, de acuerdo con entidades que le realizan seguimiento a la sentencia C-355 de 2006, son puestas por las entidades prestadoras de salud para no realizar la interrupción del embarazo en los casos despenalizados<sup>92</sup>. Un se-

92 Este mapa será detallado más adelante en este documento.

gundo aspecto tiene que ver con el establecimiento de la prohibición para los jueces sobre impedimentos basados en la objeción de conciencia. Sobre este particular, estableció la Corte que:

"Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisible, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1º y 7º Superiores)".

Siendo esto así, la Corte Constitucional continúo eliminando las barreras generadas por la reticencia a la liberalización del aborto en los casos establecidos en la sentencia C-355 de 2006.

### 3.3.3 Escenario de litigio en el que se reclama la posibilidad del aborto por encontrarse en riesgo la vida o integridad física de la madre

Otra decisión que debe ser incorporada en esta línea jurisprudencial es la sentencia T-585 de 2010. En ella, la imposición de barreras administrativas para la realización de un aborto es frente al riesgo que el embarazo representa para la salud física y mental de la madre. Este caso se describe enseguida.

## La sentencia T-585 de 2010

Aquí, una mujer con un embarazo de alto riesgo interpone acción de tutela para solicitar la interrupción del embarazo. De acuerdo con los hechos, la mujer había tenido tres embarazos anteriores, de los cuales sólo uno había llegado a término, pues en todos los casos sufría de daba preeclampsia o eclampsia y el feto moría o nacía antes de tiempo. Ante síntomas de malestar, acudió al médico que le diagnóstico un nuevo embarazo. La mujer se sentía muy mal, perdía mucho peso y tenía vomito constante, incluso con sangrado. Por ello, la accionante empezó a sentir que si continuaba con el embarazo su vida corría peligro. Por estas circunstancias solicitó la interrupción del embarazo. Sin embargo, el médico tratante le dijo que “tenía que aguantar” y le dio cita para nuevo control. Ante la negativa de los médicos de expedir certificado médico para interrupción del embarazo y por el decaimiento de su salud, la mujer interpuso una tutela para que se autorizara la interrupción del embarazo. El juez de primera instancia solicitó una valoración al hospital departamental sobre el estado de salud de la mujer, con miras a tomar su decisión. La entidad determinó que, en efecto, se trataba de un embarazo de alto riesgo, pero señaló que la mujer no había desarrollado enfermedad que hiciera que su vida estuviera en peligro. A pesar de lo anterior, consideró que era necesario remitir a la accionante a valoración psicológica, para que se determinara su aptitud para continuar o no con el embarazo. Ante este resultado, el juez de instancia negó la tutela, al considerar que la mujer no se encontraba en ninguna de las hipótesis despenalizadas.

La Corte resolvió el caso, a pesar de la carencia de objeto, pues en comunicación con la mujer esta informó que había interrumpido su embarazo. A pesar de ello, la Corte concedió la tutela, por considerar que se había vulnerado el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo<sup>93</sup>. Esta afectación se dio por la negativa de la entidad tratante, avalada por el juez de primera instancia, de remitir a la paciente a valoración psicológica a partir de la cual se pudiera expedir el certificado necesario para la práctica del aborto en condiciones legales.

93 En esta sentencia la Corte habla por primera vez de la existencia de un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados.

### 3.4 Principales barreras administrativas para la práctica del aborto en Colombia

La eliminación parcial de las barreras normativas con la despenalización del aborto en ciertas circunstancias ha conducido a la aparición de una serie de barreras de orden administrativo para imponer trabas o impedir la interrupción del embarazo en condiciones de legalidad.

La jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional ha empezado a mapear estas barreras, con miras a evitar que se sigan negando los derechos de las mujeres colombianas reconocidos a partir de la sentencia C-355 de 2006. Estas barreras administrativas pueden dividirse en cuatro ítems: (i) invocación de razones de orden médico, (ii) apelación a la figura de objeción de conciencia, (iii) dificultades operativas de las entidades prestadoras de salud, (iv) subvaloración del consentimiento de la mujer para la interrupción del embarazo.

Los siguientes esquemas grafican de forma más detallada la manera como se están usando estas barreras administrativas por parte del sistema de salud colombiano<sup>94</sup>:

94 Para la realización de estos esquemas se tuvo en cuenta el conjunto de sentencias analizadas, en especial la sentencia T-388 de 2009.



### **3.5. Reaparición de nuevas barreras normativas para la práctica del aborto**

Pero la realización de abortos en condiciones de legalidad no sólo se ve afectada por estas barreras administrativas. Decisiones de otros órganos dentro del Estado colombiano también interfieren este derecho. Ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 15 de octubre de 2009.

Mediante esta decisión, este alto tribunal ordenó la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006. Este decreto fue una iniciativa del Gobierno Nacional para reglamentar las condiciones para la realización del aborto en los casos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006. En la decisión comentada, el Consejo decretó su suspensión provisional, sobre el cual cursa una demanda de nulidad. El Consejo consideró que esta disposición era ostensiblemente contraria a la Constitución, pues en ella el poder Ejecutivo se está abrogando competencias que son exclusivas del órgano legislativo, en vista de que no existe una ley que pueda ser desarrollada por vía de reglamentación. Para llegar a esta conclusión, el Consejo realiza un análisis de las normas legales contempladas en el Decreto 4444 de 2006 en su parte motiva, para señalar que no se encuentra mayor relación entre las normas señaladas y el contenido de la reglamentación.

No obstante, la Corte Constitucional reaccionó a esta decisión judicial. En efecto, en la sentencia T-388 de 2009, la Corte señaló que la suspensión provisional del Decreto 4444 de 2006 no era óbice para que se cumpliera la jurisprudencia constitucional en relación con el aborto en los casos despenalizados. Consideró el alto tribunal que la sentencia C-355 de 2006 fue lo suficientemente clara para decretar que no se requería ninguna clase de reglamentación para la aplicación directa de las subreglas en relación con la liberalización del aborto en las circunstancias ya estudiadas.

## 4. CONCLUSIONES

Los debates en torno a la despenalización del aborto en Colombia están más vigentes que nunca. Parecería que la sentencia C-355 de 2006 dijo todo lo necesario sobre esta discusión y que el panorama en torno a la liberalización del aborto en el país quedaba claro. Sin embargo la postura intermedia adoptada por la Corte a partir de la cual sólo eliminó de forma parcial las barreras normativas para la realización del aborto ha generado nuevas dificultades. Estas dificultades impiden, en la práctica, el ejercicio del derecho de las mujeres de interrumpir su embarazo en condiciones de higiene y salubridad. Los avances en la eliminación de los obstáculos para la práctica del aborto en condiciones de legalidad para los casos de embarazo sin consentimiento de la mujer, peligro para la salud física o mental de la madre y graves malformaciones del feto se muestran incipientes, si se considera que probablemente la mayoría de los abortos que se realizan en la clandestinidad no se enmarcan en ninguna de estas condiciones extremas.

Por lo anterior, se concluye que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido suficiente para remover las barreras normativas que impiden la interrupción del embarazo, por ser esta una decisión derivada de la autonomía de la mujer, autonomía que debe ser respetada y protegida por el Estado. Por ende, en Colombia, el aborto continua siendo una conducta reprochable y sancionable mediante pena privativa de la libertad al encontrarse tipificada como delito.

Pero la evaluación de la sentencia C-355 de 2006 tampoco puede dejar de lado que la postura intermedia asumida por el alto tribunal no sólo no ha logrado remover todos los obstáculos normativos existentes para la liberalización del aborto en el país, sino que ha favorecido la imposición de barreras materiales para la interrupción del embarazo en las circunstancias despenalizadas. Y esto es así, en tanto que, gracias a la modulación realizada por la Corte, esta decisión tiene un alto grado de complejidad, por el cual se cuelan razones legítimas e ilegítimas para negar los derechos fundamentales de las mujeres gestantes.

Razones legítimas como las de los médicos que de forma particular e individual invocan la objeción de conciencia por considerar que la

viabilidad y el término del embarazo impiden el que se practiquen abortos en casos concretos, como forma de proteger el derecho a la vida del que está por nacer. Razones ilegítimas como las aducidas por las entidades prestadoras de salud que se niegan a realizar la interrupción del embarazo si antes no se les garantiza el recobro de lo que tendrían que pagar por tratamientos no incluidos en el POS y que pretenden encubrir está circunstancia alegando en muchos casos objeciones de conciencia de carácter colectivo.

La falta de claridad de la tesis sostenida en la sentencia C-355 de 2006 en relación con la despenalización del aborto ha propiciado que en la práctica se impongan trámites, se exijan requisitos, se establezcan condiciones que convierten en irrealizable la interrupción del embarazo en condiciones de legalidad. Una conclusión diferente resultaría muy optimista, si se tiene en cuenta que es muy probable que, la mayoría de los casos en los que no ha sido posible por parte de las mujeres interrumpir su embarazo ante la negativa de los sistemas y servicios de salud, no hayan sido litigados.

Pero para paliar estos efectos, la Corte ha empezado a hacer uso del mecanismo de revisión de tutela en aquellos casos en los que en lugar del recurso de la clandestinidad, las mujeres afectadas han optado por acudir a la jurisdicción para lograr la interrupción del embarazo. A través de este mecanismo, la Corte ha redefinido y delimitado los contornos de la sentencia C-355 de 2006. Adicionalmente ha recurrido a los poderes especialísimos que la Ley le otorga al juez de tutela para lograr el cumplimiento de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes en los casos liberalizados.



# LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Ana Sofía Rojas en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Una de las clásicas libertades reconocidas por la Constitución de 1991 es la libertad de conciencia, consagrada en el artículo 18, en el que se determina que "nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia". Esta norma constitucional impone la necesidad de analizar la libertad de conciencia desde dos perspectivas. Una perspectiva interna que posibilita a la persona el pensar o creer lo que desee, sin que tenga que estar de acuerdo con los demás. Y una perspectiva externa que compromete a las demás personas, sean naturales o jurídicas, y especialmente a los Estados, a no expugnar los dictámenes establecidos por la conciencia de cualquier ser humano. Desde la primera perspectiva, la libertad de conciencia está íntimamente relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art 16 C.P.). Desde la segunda, se relaciona con derechos como la intimidad (artículo 14 C.P.), la libertad religiosa o de cultos (art 19) o la libertad de expresión (art. 20 C.P.).

La imposición de una prohibición para que no se oblige a las personas a actuar en contra de lo que piensan y de lo que creen no resulta absoluta. La necesidad de desarrollar una vida en comunidad deriva en adecuarse a estas circunstancias. Esta adecuación conlleva la limitación de los alcances de la libertad de conciencia para respetar los derechos de los demás o

para enmarcar la propia conducta a los dictámenes establecidos por normas de índole social, jurídica o cultural. Sin embargo, dentro de este conjunto de normas que pueden limitar la libertad de conciencia, son las normas jurídicas las que se acompañan de un elemento que implica el poner el aparato del Estado como respaldo para que se cumpla con los mandatos impuestos desde lo jurídico, inclusive por la fuerza, si ello resulta necesario.

Sin embargo, existen ciertos casos en los que esta adecuación resulta sumamente gravosa para el individuo. Para evitar esta clase de circunstancias en las que se pueden presentar excesivos sacrificios a la libertad de conciencia se ha establecido la institución de la objeción de conciencia como un mecanismo con el que se recubre la libertad de pensar o creer lo que se quiere, sin que sea necesario ajustarse a los dictámenes impuestos por las normas jurídicas. Gracias a esta figura, no resulta posible, apelando a la coerción, el obligar a las personas a actuar en contra de sus ideas, creencias o pensamientos.

Uno de los contextos en los que la figura de la objeción de conciencia ha adquirido un sentido relevante tiene que ver con la obligación de portar o hacer uso de las armas para defender los intereses y la soberanía de los estados. Mediante el ingreso o permanencia a los ejércitos o cuerpos de seguridad del Estado se cumple con el mencionado deber de la forma en la que las normas jurídicas lo exigen. Mientras que para algunas personas una prescripción de esta naturaleza no reviste mayores dificultades, e incluso se convierte en una opción de vida, para otras la imposición desde el punto de vista jurídico de la obligación de portar armas por cualquier motivo o finalidad puede contrariar en forma severa su autonomía, su manera de pensar o sus creencias religiosas.

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido como valioso este punto de vista. Por ello ha defendido el reconocimiento de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar en diversas resoluciones y observaciones proferidas por la Comisión de Derechos Humanos. Así por ejemplo, la Resolución 1987/46 del 10 de marzo de 1989 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determina "la objeción de conciencia al servicio militar debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos”<sup>95</sup>. Estas y otras disposiciones normativas de orden internacional también sugieren la necesidad de que no se castigue a los objetores de conciencia, cuando por este motivo se rehúsen a prestar el servicio militar<sup>96</sup>. Estas normas del derecho internacional de los derechos humanos han sido incorporadas de forma expresa en diversos ordenamientos jurídicos nacionales en los que, al igual que en Colombia, se considera obligatoria la prestación del servicio militar<sup>97</sup> o en países en los que esta prestación no tiene un carácter obligatorio<sup>98</sup>. El ordenamiento jurídico colombiano también ha tenido que tomar una postura en relación con el reconocimiento de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar obligatorio.

En Colombia, lo relacionado con la fuerza pública se encuentra definido en el capítulo 7 del título VII de la Constitución. Para la integración de estos cuerpos de defensa y seguridad del Estado, el artículo 216 de la Constitución prescribe que “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas para la presentación del mismo”.

Esta norma constitucional transfiere al legislador la tarea de reglamentar las condiciones en las que esta obligación dirigida a *todos los colombianos* debe ser efectuada. Así, la Ley 48 de 1993 es la norma que en la actualidad establece las condiciones en las que debe prestarse el servicio militar. Esta norma jurídica optó por consagrar una obligación para todos los ciudadanos varones del país de definir su situación militar a partir de los 18 años de edad. Esta definición se realiza a través de distintas modalidades que se describen en la siguiente matriz:

- 95 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 1998/77, ‘Objeción de Conciencia al Servicio Militar’. En Estándares internacionales sobre Objeción de Conciencia al Servicio Militar y Servicio Alternativo aplicables a Colombia. Se consulta: <http://www.wri-irg.org/co/colombia-quno2007-es.htm#fn4>
- 96 Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Recomendación nº 2 (E/CN.4/2001/14). Ibid.
- 97 La intervención de la Comisión Colombiana de Juristas en la sentencia C-7 de 200 describe el conjunto de países que incorpora en normas constitucionales o legales la figura de la objeción de conciencia: Alemania, Dinamarca, Ucrania, Rusia, Serbia, Suiza , Polonia, Noruega, Finlandia y Grecia. Igualmente, países latinoamericanos como Brasil, ecuador y Paraguay consagran esta figura.
- 98 Según la mencionada intervención estos países son: España, Estados Unidos, Reino Unido, Australia, belgica Italia, Francia, Argentina y Portugal.

INCORPORACIÓN EFECTIVA	CUOTA DE COMPENSACIÓN EFECTIVA	EXTENSIONES EN CUALQUIER TIEMPO	EXTENSIONES EN TIEMPO DE PAZ
Son las personas que prestan el servicio militar obligatorio en las siguientes modalidades: (i) soldado regular (18 a 24 meses); (ii) soldado bachiller (12 meses); (iii) auxiliar de policía bachiller (12 meses), (iv) soldado campesino, (12 hasta 18 meses.	Son las personas que por no encontrarse en ninguna de las causales de exención no resultan incorporados al servicio bien sea: (i) porque no pasaron los exámenes de aptitud; (ii) por no haber sido seleccionado en el sorteo.	Son las personas que en virtud de la ley no deben prestar el servicio militar bajo ninguna circunstancia y no deben pagar la cuota de compensación efectiva: (i) Los limitados físicos y sensoriales permanentes; (ii) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.	Son las personas que en virtud de la ley no deben prestar el servicio militar en tiempos de paz: (i) clérigos dedicados permanentemente a su culto, (ii) condenados a penas que tengan como accesoria la perdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación, (iii) hijo único hombre o mujer (iv) hijo que soporte el mantenimiento de su casa por ser: huérfano, hijo de padres incapacitados para trabajar, o hijo de quien haya muerto en combate; casados que hagan vida conyugal, (v) inhábiles relativos y permanentes.
Inscripción, presentación de exámenes de aptitud, sorteo, concentración e incorporación.	Inscripción, presentación de exámenes de aptitud o sorteo y pago de la cuota de compensación.	No realizan el procedimiento.	Inscripción, presentación de exámenes de aptitud o sorteo y pago de la cuota de compensación.

De acuerdo con esta ley, el incumplimiento de la prestación del servicio militar obligatorio acarrea una serie de sanciones: (i) imposibilidad para celebrar contratos con cualquier entidad pública; (ii) imposibilidad de ingresar a la carrera administrativa; (iii) imposibilidad para tomar posesión de cargos públicos y (iv) imposibilidad para obtener grado profesional. Igualmente, la ley contempla que las empresas nacionales o extranjeras de origen particular tampoco pueden vincular laboralmente a las personas mayores de edad que no hayan definido su situación militar. Por último, el Título VI de la Ley 48 define otras sanciones para quienes incumplan con la prestación del servicio militar obligatorio.

El análisis de las disposiciones de orden constitucional y legal que prescriben la obligación de prestar el servicio militar obligatorio en el país establece que no se encuentra regulada la objeción de conciencia como una causal que exima de la realización de esta prestación. No obstante, quienes sostienen su desacuerdo con la realización de esta obligación por motivos de conciencia o por razones de índole religioso han acudido a los jueces

constitucionales, para que se les reconozca la objeción de conciencia. Así, en decisiones de tutela y de constitucionalidad, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional ha tenido que resolver el problema jurídico que se establece en el siguiente gráfico:

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

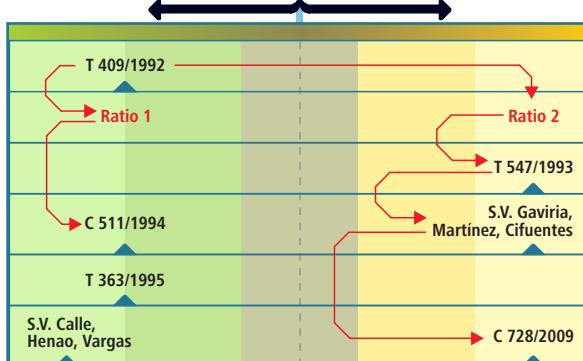
¿Puede un objector de conciencia eximirse de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio alegando la garantía de libertad de conciencia u otras garantías constitucionales?

### TESIS A

La objeción de conciencia no existe en el derecho constitucional colombiano y no puede alegarse para eximirse de la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio.

### TESIS B

La objeción de conciencia existe en el derecho constitucional colombiano y es aplicable para el Servicio Militar Obligatorio.



# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para solucionar este interrogante jurídico, la Corte Constitucional colombiana ha utilizado dos posturas contrapuestas. La primera respuesta señala que la objeción de conciencia no existe en el derecho constitucional colombiano y no puede alegarse para eximirse de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio. En el otro extremo se ha considerado que la objeción de conciencia sí existe, y que por este motivo es aplicable para el servicio militar obligatorio, a pesar de que la Ley 48 de 1993 no consagre esta figura como eximiente de la mencionada obligación. Estas dos tesis se han sostenido en momentos distintos y se han visto influenciadas por la necesidad de reconocer la existencia de la figura de objeción de conciencia en otros escenarios, tal y como se verá enseguida.

## **3.1. Primer momento: La Constitución no reconoce la objeción de conciencia. Este derecho no puede ser ejercitado.**

La sentencia fundacional de la línea jurisprudencial sobre libertad de conciencia en la prestación del servicio militar es la sentencia T-409 de 1992. Se trata de una sentencia típica del primer período de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: el análisis descansa fundamentalmente en textos constitucionales y legales con una muy alta proporción de doctrina extranjera y la total ausencia de derecho judicial previo. En esta decisión, la Corte se pronuncia sobre la solicitud de dos jóvenes que reclaman la protección de su derecho fundamental a la libertad de conciencia, al ser citados mediante oficios expedidos por la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional a presentarse para realizar el procedimiento de incorporación, so pena de ser considerados remisos. Los jóvenes aducen pertenecer a una iglesia (Dios es amor- Hermanos menonitas) que rechaza la pertenencia a cuerpos armados y que son personas no violentas que rechazan por convicción cualquier ejercicio de la violencia. Por ende solicitan que no se les obligue a prestar el servicio militar obligatorio.

La Corte negó la tutela. Consideró que por no hallarse en ninguna de las condiciones que la ley del momento (Ley 1a de 1945) establecía para eximir a los ciudadanos de la prestación del servicio militar obligatorio, no podía

accederse a la pretensión de los accionantes, porque se produciría una violación al derecho a la igualdad. Y agregó que, de aceptarse la objeción, se establecería una diferenciación de trato no autorizada por las normas legales ni por la Constitución. Sobre este aspecto estableció que el reconocimiento de la libertad de conciencia por parte del artículo 18 de la C.P. no incluyó la consagración positiva de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar y que por ello no era posible apelar a este mecanismo como una fórmula de exoneración de la mencionada obligación. Dijo la Corte que resultaba imposible practicar “[t]al figura en cualquiera de sus modalidades en aquellos sistemas constitucionales que no la han consagrado, como acontece en el caso colombiano”. Igualmente consideró el alto tribunal que la prestación del servicio militar obligatorio no constituía una imposición tiránica sino que más bien debía considerarse como la “[n]atural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible”. La Corte, entonces, basó su reflexión en la firme protección de los intereses institucionales del ejército en la homogenización del comportamiento (frente a los reclamos de derechos individuales de los ciudadanos).

Pero pronto la Corte rectificó su postura. Paulatinamente empezó a reconocer que la objeción de conciencia sí existía en el ordenamiento jurídico colombiano, pero que su aplicación debía mantenerse por fuera del contexto militar. Por ello, en la sentencia T-547/93 determinó que podía aplicarse la objeción de conciencia para los casos que por razones religiosas y de conciencia las personas se negaban a realizar el juramento exigido por la ley para la presentación de denuncias penales. En esta sentencia se cita a manera de precedente la Sentencia T-409/92. Sin embargo, esta decisión no identifica como *ratio decidendi* los extractos en los que se establecía que la falta de consagración expresa de la objeción de conciencia la hacían inaplicable en el contexto colombiano. Por el contrario, esta decisión acoge una *ratio amplia* (identificada en la gráfica como ratio 2) de la sentencia T-409 de 1992 y establece la fuerza gravitacional del precedente en el status de la libertad de conciencia como derecho fundamental y en la imposibilidad de que a las personas se les obligue a actuar de forma contraria a los mandatos de su conciencia. Así, la Sentencia T-547/93 cita el siguiente párrafo de la Sentencia T-409/92:

“Como ya se dijo, la Constitución Política, en su artículo 18, garantiza la libertad de conciencia, de lo cual se desprende que, a partir del inalienable f uero interno de cada individuo, este goza de facultad para actuar o abstenerse de ello en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones estén limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas”<sup>99</sup>.

A raíz de lo anterior, la jurisprudencia constitucional colombiana se bifurca en dos grandes corrientes. Una, que da cabida al reconocimiento de la objeción de conciencia, a pesar de no encontrarse expresamente consagrada en la Constitución o en otras normas de inferior jerarquía, y que se explicita en contextos educativos, laborales y profesionales. Una segunda corriente, por esa misma razón, se niega a reconocer la objeción de conciencia como mecanismo de exoneración de la obligación de prestar el servicio militar.



### 3.1.1. La objeción de conciencia se debe aceptar en contextos distintos a la prestación del servicio militar obligatorio.

En el derecho constitucional colombiano, la figura de la objeción de conciencia arranca su recorrido doctrinal y práctico dentro de la institución militar, aunque con el tiempo se desplaza a otros contextos como el educativo, el laboral y en el ejercicio de ciertas profesiones. En estos contextos, en sus inicios, la Corte replicó la fórmula adoptada en la sentencia T-409 de 1992, al privilegiar el interés general sobre la libertad de conciencia de los individuos. También, al negar la posibilidad de reconocer la objeción de conciencia por no encontrarse legalmente expresa. Por ejemplo, en la Sentencia T-539a/93<sup>100</sup> dijo la Corte:

<sup>99</sup> C Const, T-547 de 1993, A. Martínez Caballero.

<sup>100</sup> T-539a/93

"¿Cómo podrían funcionar las instituciones, parece justo preguntar, si abdicando de la regularidad y uniformidad que su existencia exige, tuvieran que consultar las particularidades y especificidades de cada uno de los individuos que las conforman o cuya conducta es controlada por ellas? ¿Cómo establecer una jornada de trabajo uniforme, si cada uno de los que deben cumplirla demanda un calendario diferente, en armonía con las prescripciones de su iglesia? Si al lado de los miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuyas reglas prohíben el trabajo sabatino, existen otros fieles, de una iglesia distinta, tan respetable como aquélla, que juzga pecaminoso trabajar el miércoles y hay otra todavía que condena el trabajo de los lunes, y así sucesivamente, ¿cómo lograr el mínimo de uniformidad que la convivencia supone? Si toda libertad encuentra su límite en el derecho y en la libertad del otro, el militante de una fe tiene que ser consciente de que ha de conciliar las prescripciones que de esta deriva, con las que tienen su origen en la norma jurídica válidamente establecida y que si opta por las primeras, ha de afrontar las consecuencias que se siguen de su elección, sin que éstas puedan ser juzgadas como injustas represalias por la adhesión a un determinado culto. Si es, precisamente, en virtud del derecho objetivo que podemos disfrutar de ciertas libertades, no hay que escatimar a éste el tributo de un pequeño sacrificio en aras de la convivencia que "gracias a él es posible".

Pero en la sentencia T-547 de 1993, se inicia el punto de partida para que en otra clase de contextos se empiece a reconocer la posibilidad de admitir la objeción de conciencia. Así, en decisiones posteriores como la Sentencia T-588 de 1998, la Corte ordenó que prosperara la objeción de conciencia alegada por los padres de unos menores que se negaban a practicar en el colegio bailes dentro de la asignatura de educación física, por resultar contrarios a su religión. Esta misma respuesta la dio la Corte en decisiones como la sentencia T-982 de 2001, en la que se alegaba que asistir a trabajar el día sábado como una interferencia ilegítima con el culto que le rinden a Dios en el *sabath* en ciertos cultos, y en la sentencia T-26 de 2005, en la que los hechos son similares, pero se discute la asistencia a clases durante el día sábado. En estos dos casos, al igual que en la sentencia de 1998, la Corte reconoce que la ponderación de derechos en estos contextos quizás merezca una solución diferente a la adoptada para el servicio militar.

Sin embargo, la Corte, más que estar cambiando la línea jurisprudencial, realiza una distinción fáctica mediante la cual afirma que en instituciones educativas hay más y mejores razones para favorecer la libertad individual de conciencia, de religión y culto, que las que existen dentro de la institución militar. A partir de 1998, se abre un nuevo escenario constitucional. Dentro de esta nueva estructura, la Corte muestra que los intereses de la comunidad en la homogeneidad del comportamiento no necesariamente vencen en todos los demás escenarios de la vida social. Así, en contextos educativos o laborales, la Corte está dispuesta a privilegiar el individuo sobre la comunidad, como muestras de la tolerancia y libertad exigidas por la Constitución. La secuencia entre la sentencia T-409/92 y la sentencia T-539/93 se disuelve: la Sentencia T-409/92 contenía en el momento el precedente vigente, pero restringido al servicio militar; la Sentencia T-539/93, en cambio, se abandona definitivamente mediante las sentencias T-588/98, T-982 de 2001 y T-26/2005.

Ya en decisiones más recientes, la Corte reconoció la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia para los médicos, cuando por razones religiosas o de conciencia no quieran practicar un aborto en los casos despenalizados por la corporación en la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, por no encontrarse regulado el tema, la Corte ha venido delimitando en decisiones posteriores, como la sentencia T-388 de 2009, la forma como los médicos pueden apelar a esta figura.

Pero mientras esto ocurría en estos escenarios constitucionales, la jurisprudencia sobre la imposibilidad de usar la objeción de conciencia para eximirse de la prestación del servicio militar obligatorio se negaba al reconocimiento de esta figura. Había un argumento sostenido repetidamente por la Corte en el sentido de que la objeción de conciencia al servicio militar no existe y que la consagración abstracta de la libertad de conciencia en el artículo 18 de la Constitución no incluye un derecho concreto a la objeción frente al servicio. En este escenario constitucional se ubican la sentencia C-511 de 1994 y la sentencia T-363 de 1995 que se describirán a continuación.

### 3.1.2 La objeción de conciencia no puede aceptarse para la prestación del servicio militar obligatorio

Como se dijo, la sentencia T-409 de 1992 se reinterpretó por la Corte Constitucional, para aceptar que en contextos educativos, laborales y

profesionales era posible hacer uso de la figura de objeción de conciencia. Sin embargo, esta misma sentencia sirvió como fundamento para dar una respuesta negativa a la utilización de la objeción de conciencia como eximiente de la obligación de prestación del servicio. Este es el caso de las sentencias C-511 de 1994 y T-363 de 1995.

En la sentencia C-511 de 1994 se demandan distintas normas de la Ley 48 de 1993, norma jurídica que establece las condiciones de la prestación del servicio militar obligatorio en el país. Los cargos de la demanda se circunscriben a establecer que el legislador fue más allá de lo autorizado por la Constitución, por cuanto la norma constitucional no establece en el artículo 216 una obligación para que el servicio militar fuera obligatorio, sino que lo faculta a regular las condiciones de prestación del servicio “cuando las necesidades públicas lo exijan”. Igualmente, considera la demanda que la ley omitió el mandato consagrado en el artículo 18 de la C.P. en relación con la objeción de conciencia y que afecta el derecho a la igualdad de los ciudadanos que no definan su situación militar. La Corte declara la constitucionalidad de las normas demandadas, al considerar que el legislador sí se encontraba habilitado para establecer la prestación obligatoria del servicio militar, no sólo por el art. 216 de la C.P., sino también por las normas relacionadas con los deberes de los ciudadanos colombianos. Ya en relación con la afectación a la libertad de conciencia, dijo el alto tribunal:

“Tampoco resulta violatoria la normativa acusada por omisión a la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la Carta. Esta Corporación ha tenido oportunidad de indicar, que no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la “objeción de conciencia”, por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social. En efecto, en oportunidad reciente se ha afirmado: [L]a garantía de la libertad de conciencia no necesariamente incluye la consagración positiva de la objeción de conciencia para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación”.

Con base en estos argumentos, la Corte declara la constitucionalidad de las normas demandadas, al reiterar la imposibilidad de aceptar la objeción de conciencia para el servicio militar obligatorio. El fallo se apoya, evidentemente, en Sentencia T-409/92, donde encuentra el precedente obligatorio.

Sin embargo, el salvamento de voto elaborado por los magistrados Gaviria, Cifuentes y Martínez, de manera muy diciente, no cita la Sentencia T-409/92. Cita, en cambio, la Sentencia T-547/93, donde se concede tutela a un cristiano que se niega a prestar juramento luego de presentar denuncia penal. Como esta sentencia, por tanto, parece reconocer que en Colombia sí existe objeción de conciencia, y que por ende la postura de la mayoría es inadecuada. Igualmente, el salvamento considera como errónea la interpretación que utiliza la mayoría para establecer que la falta de consagración expresa de esta figura no permite que esta sea aplicable. Según la mayoría – que para este fin sigue la sentencia de 1992-, la no incorporación en el texto expreso del artículo 18 de la Constitución por parte de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente debe interpretarse como una negativa del órgano constituyente para incluir la figura en el ordenamiento nacional. Sin embargo, los magistrados disidentes desconfían del criterio histórico utilizado por la decisión. Esta desconfianza se fundamenta en: (i) en decisiones anteriores la Corte han dado un alcance limitado al criterio histórico, y en esta decisión, por el contrario lo amplía y usa sin reparar en sus propias consideraciones en relación con este método de interpretación de la Constitución; (ii) el silencio del constituyente no puede interpretarse unívocamente, pues también es plausible interpretar este silencio como si la constituyente hubiera entendido que no era necesaria la expresa consagración de la figura (para reforzar este argumento la Corte acude a las reflexiones del consejero presidencial para la época Manuel José Cepeda que apuntan en esa dirección); (iii) la Corte se negó a realizar una ponderación entre la afectación que se realiza de la libertad de conciencia con la obligación de prestación del servicio. Para los magistrados disidentes, era claro que el resultado de esta ponderación conduciría al reconocimiento de la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar. Y ello, ya que mientras el artículo 18 que consagra el derecho fundamental no tiene ninguna restricción, la norma del artículo 216 sí establece que se pueda eximir a ciertos ciudadanos del cumplimiento de esta obligación. Siendo esto así, al establecer una limitación a la libertad de conciencia con la prestación del servicio militar obligatorio se afectaría el contenido esencial de esta libertad.

Posteriormente, la corte profiere la sentencia T-363/95, a raíz de la tutela interpuesta por un joven que ingresó a prestar el servicio militar obligatorio, pero que luego de su incorporación, se negó a realizar ciertos actos, como cantar el Himno Nacional, saludar a la Bandera, celebrar los días de fiestas nacionales, y especialmente a portar armas y recibir adiestramiento para el combate. Todo, porque consideraba que esta clase de manifestaciones iban en contra de su conciencia. La Corte no concede la tutela. El fallo se apoya, con varias citaciones, en la Sentencia T-409/92, donde encuentra un precedente obligatorio. También se apoya en la opinión mayoritaria de Sentencia C-511/94.

### **3.2. Segundo momento: El derecho a la objeción de conciencia también se acepta como eximiente de la prestación del servicio.**

A partir de la sentencia T-409 de 1992 fueron evolucionando dos tesis sobre la objeción de conciencia: una tesis que aceptaba la invocación de la objeción de conciencia en contextos educativos, laborales y profesionales. La otra tesis restringía la aplicación de la figura en el contexto militar. Pues bien, para el año de 2009 se presenta una nueva demanda de constitucionalidad contra la Ley 48 de 1993, en relación con el tema. En esta demanda se acusa la inconstitucionalidad del artículo 27 de la mencionada ley que establece las exenciones para la prestación en cualquier tiempo del servicio militar obligatorio. La mencionada acusación se sustenta en la omisión relativa en la que incurrió el legislador, al consagrar otras causales para eximir de la prestación del servicio militar a ciertas personas (limitados físicos y miembros de las comunidades indígenas con arraigo cultural y territorial) y no a los objetores de conciencia.

Esta nueva discusión sobre el tema en el país se hace a instancia de grupos y organizaciones defensoras de derechos humanos y de asociaciones de orden internacional que agrupan a objetores de conciencia. Resulta destacable la intervención de centros de pensamiento progresistas y de académicos de otros países que avalaban la necesidad de reconocer y aceptar la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar obligatorio. Pero desde otra orilla bien diversa, caracterizada por la intervención de congregaciones religiosas como la iglesia menonita, se solicitaba una nueva interpretación que permitiera la objeción de conciencia para el servicio militar. Por el contrario, el Ministerio de Defensa exigía el respeto por el precedente que desde el año de 1992 establecía la imposibilidad de aplicar esta figura en el contexto militar. La Corte

Constitucional declara la exequibilidad del artículo 27 de la Ley 48 de 1993. Pero establece que la objeción de conciencia en contextos militares puede aplicarse directamente en el derecho constitucional colombiano mediante el uso de la acción de tutela. La Corte sostiene que la objeción de conciencia no puede comprenderse como una omisión del legislador que se abstuvo de regular la figura en el artículo 27, tal y como lo argumentó la demanda, sino que se trata de una omisión legislativa absoluta. Por este motivo, la Corte exhorta al Congreso a que expida lo más pronto posible esta reglamentación, en el entendido que por tratarse de una omisión de carácter absoluto, la Corte Constitucional no puede sustituir al órgano legislativo en esta tarea.

En esta decisión, la Corte realiza una rectificación jurisprudencial para aceptar que la objeción de conciencia también puede aplicarse en el contexto militar. Esta rectificación jurisprudencial parte de la base de señalar que sobre el punto específico no existía cosa juzgada constitucional, pues nunca se había demandado el texto del artículo 27 de la Ley 48 de 1993. Sin embargo, la Corte admite la necesidad de cambiar su postura en relación con la imposibilidad de aceptar la objeción de conciencia en el contexto militar. El alto tribunal admite el cambio de precedente, por medio de los siguientes argumentos: (i) el desconocimiento de la objeción de conciencia vulnera el núcleo esencial del derecho a la libertad de conciencia y del derecho a la libertad de cultos; (ii) por afectar este núcleo esencial, no resulta razonable exigir una reglamentación expresa sobre el tema, sino que se puede aplicar directamente la Constitución para la protección de estas libertades; (iii) el servicio militar obligatorio no es un medio adecuado y necesario para defender los intereses de la colectividad, porque afecta la libertad de conciencia y de cultos de forma desproporcionada, ya que es posible hacer uso de servicios alternativos para garantizar servicios a la patria sin restringirlos al uso o entrenamiento para el porte de armas, (iv) no existe una justificación para que en unos contextos se acepte la objeción de conciencia por aplicación directa de la Constitución, pero esta se siga excluyendo del contexto militar. Lo anterior implica que la Corte admitió la necesidad reunificar la línea jurisprudencial sobre objeción de conciencia, al aceptar que esta puede alegarse como causal que exime de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio. De todas maneras, la Corte, con base en la jurisprudencia que en otros contextos ha permitido la aplicación directa de la objeción de conciencia, estableció las condiciones que debe exhibir quien pretenda reclamarla en el contexto militar:

1. Las conductas que se pretenden proteger mediante la objeción de conciencia deben manifestarse en el comportamiento *externo del objector y no solamente en su fuero interno*. Por ello, el objector de conciencia tiene la carga de mostrar cuales son las convicciones o creencias que se contrarían o afectan con la prestación del servicio militar obligatorio.
2. Estas conductas, además, deben ser profundas (afectar de manera integral la vida y personalidad del objector), fijas (no modificables con facilidad) y sinceras (no ser estratégicas o acomodaticias) y esta situación también debe probarse por el objector
3. La objeción de conciencia puede aducirse por razones religiosas, éticas, morales o filosóficas. Lo anterior implica que la objeción de conciencia no necesariamente se puede invocar alegando creencias religiosas, sino que se puede hacer uso de otra serie de convicciones humanas para solicitar su protección.

# 4. CONCLUSIONES

Esta línea jurisprudencial muestra las dificultades que reviste la interpretación de las garantías fundamentales. El nivel de generalidad en el que se encuentran redactadas estas garantías impide el que su aplicación sea uniforme o inequívoca para cada caso. La posibilidad de reconocer la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico colombiano representó dificultades para el intérprete constitucional. Y esto es así, porque el reconocimiento de libertades individuales en muchos casos puede llevar a contrariar o a amenazar la estabilidad de los intereses de carácter general. Por este motivo, en las tensiones entre el interés de la comunidad y los derechos individuales concernientes a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa, la Corte Constitucional privilegió en sus inicios los intereses de la colectividad. Sin embargo, poco a poco el tribunal constitucional fue cambiando su posición al reconocer la posibilidad de aceptar la objeción de conciencia en contextos educativos, laborales y profesionales. En estos contextos se reconoció que, a pesar de la necesidad de preservar normas que permitan una determinación más o menos homogénea de las conductas, se hacía patente la necesidad de armonizar estas pretensiones con los derechos individuales de ciertos ciudadanos que reclamaban la protección de su derecho a pensar diferente a disentir. Sin embargo, estas precisiones no resultaron aceptables durante un largo periodo en el contexto militar, entre otros factores, por el conflicto armado colombiano que incrementa la necesidad del Estado de tener de unas fuerzas armadas en constante renovación y también por la presión y poder que detentan los cuerpos de seguridad del Estado colombiano.

Pero esta bifurcación de la jurisprudencia constitucional sobre la objeción de conciencia dependiendo del escenario constitucional en el que fuera invocada la figura, poco a poco se fue desdibujando. Las reclamaciones de grupos de objetores de conciencia a la prestación del servicio militar y de sectores progresistas condujeron a que el tribunal replanteara su postura. La Corte refinó sus argumentos para correr el cerco en favor del reconocimiento de los intereses individuales, hasta que finalmente cambio su y estableció la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar obligatorio.

A pesar de lo anterior, el camino de quienes rechazan por convicción el uso de las armas y de la violencia, por ser objetores de conciencia, aún no está del todo *desminado*. Ello se debe a que, a pesar de la exhortación realizada al Congreso de la República para que reglamente la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar, este órgano aún no ha tramitado iniciativas tendientes a permitir el ejercicio de esta figura. Y esta sospechosa actitud puede sustentarse en el hecho que la acción de tutela para la garantía de este derecho puede resultar una vía un poco más tortuosa que la que representaría la aplicación directa de la ley por parte de los cuerpos de reclutamiento de las Fuerzas Armadas del país. Así, por la vía de la eterna y permanente de la omisión legislativa, se da primacía a los intereses de estos cuerpos de seguridad del Estado, más que a la necesidad de reconocer valor en el descuerdo con la violencia que desde ellas se ejercita.

# LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN DE PAZ

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Héctor Enrique Peña Salgado en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Las normas constitucionales que regulan la creación de las jurisdicciones especiales en el ordenamiento jurídico colombiano - artículos 246<sup>101</sup> y 247<sup>102</sup> de la C.P.- han abierto la oportunidad para reconocer la existencia de diversas expresiones de la "justicia comunitaria" que debían complementar las labores de una "justicia estatal" sobrecargada y, según muchas voces, en franca crisis. El reconocimiento de estas jurisdicciones especiales por parte de la norma constitucional se funda en dos propósitos políticos fundamentales: en primer lugar busca ahondar una visión pluralista y multicultural del Estado colombiano que fortalezca la "democracia local"; en segundo lugar, pretende abrir el abanico de métodos de solución de conflictos de manera que se pueda reducir, al menos en parte, la creciente presión ejercida sobre la justicia oficial.

Con relación al primero de estos objetivos, la idea consiste en aceptar, al menos en parte, que las "democracias locales" también pueden

<sup>101</sup> ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

<sup>102</sup> ARTICULO 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.

Ilegar a desarrollar formas de “justicia local” en las que se expresen consensos sociales valiosos que el Estado no se puede dar el lujo de ignorar. En vez de luchar en contra de estas “justicias locales”, en un esfuerzo inútil de monismo jurídico y judicial largamente practicado y fracasado, la Constitución de 1991 optó por reconocerlas, brindarles autonomía relativa y, finalmente, coordinarlas dentro de una estrategia más amplia y comprensiva de prestación de servicios de justicia para todos los colombianos.

Al hablar de “justicia comunitaria” resulta preciso establecer a qué se refiere el concepto de comunidad. Las “comunidades” son aquellas que los sociólogos denominan “asociaciones secundarias” e incluyen, entre otros ejemplos, resguardos y municipios indígenas, territorios afro-colombianos, pequeños y medianos municipios con liderazgos cívico-políticos visibles, vecindades, barrios, localidades, comunas, sindicatos y juntas de acción comunal. Estas “comunidades” contienen todas un alto potencial para la solución de conflictos jurídicos y sociales a los que el Estado no llega con facilidad. Según el propósito de la Constitución, al menos en teoría, es posible que estas diversas variedades de organizaciones comunitarias exhiban características conducentes a la solución de conflictos sociales: así, por ejemplo, en la comunidad existen “autoridades” o “liderazgos” comunitarios que por razones de prestigio tradicional o social pueden zanjar conflictos con mayor rapidez y efectividad que un juez estatal desenraizado y que, además, razona en el lenguaje de un derecho estatal que a veces luce extraño y remoto. Además de estas “autoridades”, es posible que exista alguna forma más o menos clara de “derecho comunitario” en un rango que va, en su cota superior, desde las costumbres y usos bien demarcados y socialmente difundidos de algunos grupos indígenas, hasta la existencia de una noción, más difusa pero en todo caso reconocible, de un “justo comunitario” en el que un vecindario o localidad urbana, por ejemplo, expresan su noción informal de justicia (a la que con frecuencia también se le denomina “equidad”) en la resolución de casos concretos que allí acaecen, por ejemplo, en el arrendamiento de bienes urbanos.

Las jurisdicciones especiales arrancaron desde 1991 en búsqueda de sus “comunidades”, tanteando si existían ya formaciones sociales que pudieran contar con “líderes” y expresiones de “derecho comunitario” que permitieran el fortalecimiento de las democracias locales y la prestación eficiente de servicios de justicia. La consolidación de las instituciones de la “justicia comunitaria”

ha sido lenta en estos años de experiencia constitucional: así, en la vida política colombiana, es claro que las comunidades indígenas fueron las primeras que se apropiaron del espacio creado por la Constitución de 1991. La existencia de “comunidades” era allí más clara, con “liderazgos” tradicionales más definidos, con luchas políticas más urgentes y decisivas y con concepciones de lo “justo comunitario” más polivalentes, más compartidas y más desarrolladas.

Pero a la par de la jurisdicción especial indígena el texto constitucional autorizó la creación de la jurisdicción especial de paz a la que le encomendó la tarea de administrar justicia mediante (i) procedimientos altamente informales y eficientes en los que, además, (ii) pueden llegar soluciones a través de un principio de “informalidad legal sustantiva” al cual se denominó “equidad”. Para el desarrollo de esta atribución el Congreso de la República expidió la Ley 497 de 1999 en la cual se consagran los principios, las normas y el procedimiento que deben usar los encargados de administrar justicia en equidad a través de la jurisdicción de paz. La creación de la “justicia comunitaria” en democracias locales sin referentes étnicos o culturales fuertes como es el caso de la jurisdicción especial de paz ha presentado algunas dificultades. Esta *creatio ex nihilo* fue precisamente la que intentó la Ley 497 de 1999. Aquí las asociaciones secundarias que deben mantener la “justicia local” son más amorfas, con liderazgos menos claros y nociones mucho más diluidas de la “equidad” comunitaria. Este es el espacio en el que las “comunidades” de barrios, municipios, asociaciones civiles, etc., etc. tienen que demostrar si existen redes cívicas suficientemente fuertes (esto es, con suficientes lazos de conocimiento, reciprocidad y confianza) como para soportar el peso de una jurisdicción especial que descansa (i) en la voluntariedad de los que acuden a ella, (ii) en la informalidad de los procedimientos, (iii) en la flexibilidad sustantiva de nociones como “lo justo comunitario” o la “equidad” que determinan los fallos y, finalmente, (iv) en el cumplimiento voluntario de las decisiones allí adoptadas.

La autonomía de la “justicia local” es una garantía fundamental para su desarrollo. Allí se posibilita que las comunidades expresen su noción de lo justo y de lo equitativo, fortalezcan los lazos de confianza y reciprocidad y den salida a nociones de desaprobación comunitaria frente a comportamientos indebidos. Sin embargo, un importante debate que se ha planteado sobre esta autonomía tiene que ver con su carácter relativo para el caso de las jurisdicciones especiales. En el caso de la jurisdicción especial

de paz debe señalarse que ello son jueces de la comunidad, pero también, jueces del Estado y, en esta última capacidad, se ha empezado a discutir hasta qué punto los jueces de paz están obligados a respetar los consensos jurídicos-políticos mínimos que la Constitución y la sociedad han forjado bajo el nombre de "derecho fundamentales".

Pero este esfuerzo de coordinación y armonización es conflictivo: en una visión radicalmente autonomista de las jurisdicciones estatales, lo "justo comunitario" debe mantenerse completamente alejado del derecho formal del Estado, incluso de sus "derechos fundamentales" porque, en últimas, allí se produciría un proceso de juridificación (o lo que es lo mismo, de contaminación) de la sana intuición jurídica de las comunidades. Bajo esta lectura, pues, las comunidades de hecho estarían en mejor situación para proteger verdaderamente los "derechos humanos" de la población bajo lecturas populistas o culturalistas de su significado y extensión.

Esta visión fuerte de la autonomía, aunque no exenta de méritos, tienen serios problemas en el contexto político colombiano: el reconocimiento de autonomía a las jurisdicciones especiales se ha dado bajo la condición de que la informalidad procesal y sustantiva de sus decisiones respete, en todo caso, el núcleo fundamental de los derechos humanos.

La armonización y coordinación de la justicia local con los derechos humanos (y los derechos fundamentales) es frecuentemente mencionada y exigida por actores nacionales e internacionales: así, por ejemplo, los jueces ordinarios nacionales, por razones de sensibilidad profesional, hacen exigencias a los jueces de paz para que adecuen sus procedimientos informales a un *quantum* mínimo de "debido proceso" que en todo caso deben exhibir; la comunidad internacional, de otro lado, con frecuencia expresa preocupaciones en el sentido de que la "justicia local y comunitaria" se convierta en una herramienta irreflexiva en la perpetuación, por mencionar sólo un ítem dentro de su agenda, de prejuicios sexistas en las relaciones de familia. En uno y otro caso se exige de las justicias locales que muestren sensibilidad a los mínimos de debido proceso y a los derechos de las mujeres a tratamiento igualitario dentro de la relación familiar de tendencia patriarcal. La labor de alineamiento entre estas esferas coincidentes apenas ha comenzado en Colombia ya que, en la práctica, los jueces de paz colombianos apenas empiezan a

producir sus conciliaciones y fallos en equidad; mientras ello ocurre, los jueces ordinarios empiezan a conocer estos procesos en sede de tutela y empiezan también a articular su percepción de si existe, o no, violación a los derechos fundamentales y humanos de los colombianos.

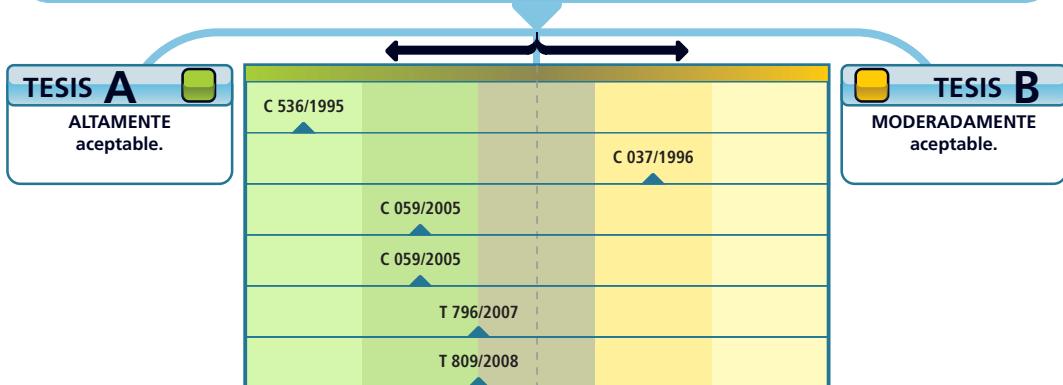
Las discusiones sobre el nivel de autonomía de la jurisdicción especial de paz también se encuentran permeadas por la informalidad del procedimiento consagrado en la Ley 497 de 1999 para la solución de las controversias que llegan a esta jurisdicción. Esta informalidad plantea un cuestionamiento en torno a que tan claro es su límite para no afectar los derechos fundamentales y en especial el derecho al debido proceso.

La Ley 497 de 1999 estableció un procedimiento de paz altamente informal en la mitad de una cultura judicial altamente ritualista. La informalidad procesal todavía es un cuerpo extraño en el derecho colombiano. Los jueces ordinarios todavía acuden al “juicio ordinario” como punto de referencia para definir los contenidos mínimos del debido proceso. Comparando el juicio ordinario con el juicio de paz, éste último luce extremadamente informal, rápido, inmediato, etc., etc. Adicionalmente, En virtud de su informalidad, la Ley 497 regula un procedimiento con el mínimo básico de indicaciones legislativas. Ello da la impresión que el procedimiento tiene muchos vacíos o lagunas normativas. ¿Son esas lagunas integrables con los Códigos procesales ordinarios? ¿O son tan sólo “pseudo-laguna”, es decir, delegaciones de poder de ordenación procedural en cabeza de los jueces de paz?

Los problemas sobre el grado de autonomía de la jurisdicción especial de paz y acerca de los límites a la informalidad procesal dentro de las decisiones de los jueces de paz han empezado a ventilarse en la Jurisdicción Constitucional. La Corte Constitucional ha empezado a revisar acciones de tutela y a conocer de demandas de inconstitucionalidad en las que se solicita que se clarifiquen estos asuntos. El siguiente gráfico de análisis jurisprudencial muestra la respuesta de la Corte Constitucional sobre la materia.

# 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Qué tan aceptable la autonomía y la informalidad del procedimiento en la jurisdicción de paz?



# 3.

## 3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia Constitucional colombiana se ha situado en un punto intermedio en la discusión en torno a los niveles de aceptación de la autonomía y de la informalidad procesal de la jurisdicción especial de paz. Este punto intermedio le ha permitido defender la importancia de esta jurisdicción para atender las reclamaciones de justicia de los miembros de las comunidades. Pero también ha demandado de esta jurisdicción su adecuación a ciertos límites establecidos por la norma constitucional, especialmente, a los derechos fundamentales.

Para establecer la forma como la Corte Constitucional Colombiana ha dado respuesta a estos interrogantes se dividirá el análisis jurisprudencia en dos partes. La primera analiza las sentencias proferidas por el alto tribunal en decisiones de constitucionalidad para evidenciar las subreglas que en estas sentencias se han elaborado en respaldo de un nivel intermedio de autonomía de esta jurisdicción como justicia de orden comunitario. La segunda analiza las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en sede de tutela, en las que básicamente, la Corte establece los límites para la informalidad procesal de la jurisdicción especial de jueces de paz.

### **3.1 La Autonomía de la Jurisdicción de Paz como justicia de carácter comunitario**

La Corte Constitucional ha tenido que pronunciarse en distintas oportunidades para establecer hasta qué punto debe aceptarse o protegerse la autonomía de la jurisdicción de paz como una justicia de orden comunitario. Una primera decisión que se enmarca en la solución de este problema jurídico es la sentencia C-536 de 1995. En esta sentencia se solicitó a la Corte su pronunciamiento en relación con la declaratoria de inexequibilidad de ciertas normas del antiguo Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991- en las cuales se imponía a los jueces de paz la competencia para conocer contravenciones. Esta demanda fue incoada por el Defensor del Pueblo de la época que consideraba que la atribución de esta clase de competencias desvirtuaba la naturaleza constitucional de los Jueces de Paz. Esta naturaleza encarna su concepción como

figuras comunitarias- que él llama como “jueces de convivencia”- . Por ende, al encargárseles funciones que por su complejidad y trascendencia deben ser de conocimiento de autoridades judiciales con capacidad de realizar asignaciones de responsabilidad en materia penal se contrariaba el texto constitucional. Esta desnaturalización la entiende el defensor como el uso de los jueces de paz para reemplazar a los inspectores de policía y por ende descongestionar el sistema de justicia, objetivo que carecía de la suficiente entidad para desplazar la competencia de los jueces ordinarios en la materia.

En esta decisión la Corte Constitucional defiende la autonomía de la jurisdicción especial de paz y por ello declara la inconstitucionalidad de las normas acusadas señalando que “[A]signar el conocimiento de las contravenciones, esto es de verdaderos hechos punibles, a los jueces de paz, contraviene la naturaleza de su cargo y el carácter de sus responsabilidades. En efecto, se ha visto que al juez de paz se le encarga dirimir conflictos menores-individuales o comunitarios-mediante fallos basados en la equidad y no en motivaciones jurídicas y sometidas únicamente al imperio de la ley. (...) Lo que no puede ocurrir y lo que vulnera el artículo 247 superior, se insiste, es que a quien constitucionalmente sólo pueda fallar en equidad se le obligue ahora a decidir en derecho”.

Al año siguiente la Corte Constitucional resuelve nuevamente el problema de la autonomía de la jurisdicción especial de paz en el marco de la discusión sobre la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996- Estatutaria de la Administración de justicia-. En esta decisión la Corte considera que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios judiciales también es predicable de los jueces de paz por cuanto a pesar de su naturaleza, los jueces de paz se encuentran sometidos al imperio de la Constitución y de la Ley, y por ende, de sus actuaciones erróneas pueden desprenderse daños antijurídicos que deban ser compensados a los afectados. En este orden de ideas, la Corte comienza a sujetar la autonomía de los jueces de paz y recalca su papel como autoridades judiciales.

De forma posterior la Corte conoce el caso de la sentencia C-103 de 2004 en el que se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 19 de la Ley 497 de 1999 en la que se consagra la imposibilidad de los jueces de paz de percibir algún tipo de remuneración por la realización de su actividad. El reproche de la demanda consistía en la violación del derecho a la igualdad y

al mínimo vital de los jueces de paz en relación con las restantes autoridades judiciales que si perciben una remuneración por su trabajo. En esta decisión la Corte pone especial énfasis de la naturaleza comunitaria de los jueces de paz para establecer que por esta razón no se violan los derechos acusados por el demandante. En relación con el mínimo vital de los jueces de paz la Corte establece que este derecho no se afecta pues la Ley 497 prevé que puedan ocupar otros empleos en el sector público o privado para obtener los recursos para su sustento. Adicionalmente, la Corte determina que el Legislador se encuentra habilitado por la Constitución para regular esta clase de aspectos en relación con la jurisdicción de paz. Pero sobre el tema de la autonomía de esta jurisdicción por su origen comunitario, la Corte avala la constitucionalidad de la norma demanda. Determina que no es incompatible la naturaleza de la función de los jueces de paz con la inexistencia de remuneración pues básicamente entiende que la postulación de las personas a estos cargos como una cuestión de honor por ser designados por la comunidad a la que representan.

Una última decisión de constitucionalidad en la que la Corte Constitucional trata cuestiones relacionadas con la autonomía de los jueces de paz como figuras de orden comunitario es la decisión C-059 de 2005. En esta sentencia la Corte se pronuncia en la demanda de inconstitucionalidad incoada contra algunas normas de la Ley 575 de 2000 y otras normas relacionadas con la violencia intrafamiliar. Los cargos respecto de estas normas se circunscribían a reprochar la decisión del legislador de otorgar a los jueces de paz competencia para atender asuntos relacionados con temáticas de violencia intrafamiliar. La demanda solicitaba retirar estas normas del ordenamiento jurídico por no considerar que esta clase de remisión a la jurisdicción especial de paz fuera lo suficientemente eficaz para la protección de los núcleos familiares afectados con esta clase de violencia. La Corte desestimó los cargos de la demanda señalando:

Cabe precisar, que la competencia asignada a los jueces de paz y conciliadores en equidad no hace referencia a aquellos asuntos que son de conocimiento de los jueces ordinarios y comisarios de familia, sino que su actuación se circunscribe a una labor de mediación para que cese la violencia, maltrato o agresión o la evite si fuere inminente, implementados sin perjuicio de la competencia que corresponde a los Jueces Penales, Civiles y Comisarios de familia. Así pues, contrariamente a lo que afirma el

actor, se cumple efectivamente con los mandatos de los artículos 42, 43 y 44 Superiores, que le imponen al Estado proteger la familia, a la mujer y a los menores de edad frente a los hechos de violencia. (...)

Tampoco asiste razón al actor cuando afirma que los jueces de paz y los conciliadores en equidad son incompetentes para conocer de la violencia intrafamiliar. En efecto, como se ha visto, se trata de un fenómeno complejo que exige ser abordado mediante diferentes estrategias como las preventivas o correctivas, las cuales justifican la intervención de terceros para lograr el cese inmediato de agresiones. Ahora bien, la intervención de dichos particulares, como mediadores para poner fin a una violencia, maltrato o agresión, o para evitarla si fuere inminente, no demanda necesariamente los conocimientos especializados de un abogado titulado, sino que tal gestión bien puede ser encomendada a ciudadanos reconocidos por la comunidad como personas idóneas y de connotadas calidades para el ejercicio del cargo, como lo deben ser los Jueces de Paz o los Conciliadores en Equidad, quienes además, por disposición de la ley, recibirán capacitación permanente, a través de los programas que organice el Consejo Superior de la Judicatura, con participación de los Ministerios del Interior y de Justicia, y de Educación, de las Universidades, de las organizaciones especializadas y de las comunidades en general, así como de la asistencia técnica y operativa que debe prestarles la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

En este orden de ideas la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha respaldado la autonomía de los jueces de paz como figuras de índole comunitario pero también ha señalado que esta autonomía debe sujetarse a las normas de la Constitución por la función que como autoridades encargadas de impartir justicia.

¿Pero qué normas constitucionales sujetan o atan la autonomía de los jueces de paz? La Corte ha tenido la oportunidad de profundizar en la respuesta a este interrogante mediante la solución de casos de tutela en los cuales se ha demandado la protección de la justicia constitucional por la violación de los jueces de paz de derechos fundamentales de los usuarios de esta justicia. En seguida se analizara con mayor profundidad como la Corte Constitucional a pesar de aceptar la informalidad procesal de esta jurisdicción se ha decidido por exigir a los jueces de paz el respeto por los derechos fundamentales, incluido el derecho al debido proceso constitucional.

### **3.2 Los derechos fundamentales como límite a la autonomía de los jueces de paz**

A pesar de que la jurisdicción de paz se creó en la Constitución de 1991 sólo entró en funcionamiento después de la expedición de la Ley 497 en el año de 1999. Se requirió entonces la realización de múltiples acciones para que finalmente las comunidades eligieran a las personas que iban a realizar funciones como jueces de paz y/o reconsideración<sup>103</sup>. Esto explica que sólo hasta hace 4 años la Corte Constitucional haya empezado a revisar las actuaciones de los jueces de paz mediante la selección de acciones de tutela en las que se acusaba a estas autoridades judiciales de afectar los derechos fundamentales de los usuarios de esta clase de jurisdicción, especialmente, el derecho al debido proceso constitucional.

Uno de los casos revisados lo conoció la Corte en la Sentencia T-796 de 2007. En este caso se acusa a un juez de paz de afectar el derecho al debido proceso por los siguientes hechos. La jurisdicción de paz conoció un conflicto originado en la firma de un contrato de arrendamiento por parte de una señora y un miembro de una junta de acción comunal. De forma posterior se le comunicó a la arrendataria que quien había suscrito el contrato no se encontraba autorizado para ceder el inmueble para arriendo. Este problema vecinal fue puesto en conocimiento del juez de paz que en sentencia en equidad ordenó la restitución del bien inmueble. El fallo en equidad fue confirmado por los jueces de reconsideración. La afectada interpuso acción de tutela considerando que le había sido vulnerado su derecho al debido proceso porque ella no había llegado a ninguna conciliación y además porque esta controversia había tenido que ser resuelta por un juez ordinario y con las normas del Código Civil por versar sobre un contrato de arrendamiento debidamente suscrito por las partes.

Para solucionar el caso la Corte Constitucional estableció diversas subreglas encaminadas a precisar la manera como debían armonizarse las decisiones de los jueces de paz con el derecho fundamental al debido proceso. Estas subreglas son : (i) el hecho de que los fallos de los jueces de paz se profieren en equidad no impide el que mediante esta clase de decisiones se afecten derechos fundamentales, (ii) cuando esto acontece es

<sup>103</sup> Ver art. 11 de la Ley 497 de 1999

posible recurrir a la jurisdicción constitucional para lograr la protección de los derechos fundamentales, (iii) pero el análisis de esta clase de casos no puede efectuarse con la misma exigencia que cuando se usa la tutela para atacar las actuaciones o decisiones de los jueces ordinarios por la diferencia en los parámetros usados por los jueces de paz para resolver los casos que son puestos a su conocimiento, (iv) la diferencia en el control que se realiza de los fallos de los jueces de paz no puede perder de vista que estas decisiones deben enmarcarse en los derechos fundamentales y también deben garantizar el debido proceso y (v) el debido proceso que deben cumplir los jueces de paz se haya incorporado en las normas de la Ley 497 de 1999 que determinaron los principios, etapas y la competencia con la que cuentan estos jueces para asumir el conocimiento de los casos.

Para solucionar el caso concreto la Corte Constitucional consideró que los jueces de paz demandados habían actuado conforme al procedimiento establecido en la Ley y que por ende no resultaba procedente atacar la decisión en equidad adoptada por los jueces de paz. Dijo el alto tribunal:

“Los jueces de paz decidieron el conflicto aplicando criterios de equidad soportados en prueba documental que le fue aportada por la partes, y en su percepción directa de los hechos obtenida mediante inspección judicial que practicó en el inmueble que originó la disputa. El consentimiento de la entonces arrendataria para someter su con conflicto a la justicia de paz aparece documentado sin que milde prueba que lo desvirtúe, y el procedimiento se ciñó a los causes previstos en la Ley 497 de 1999, por lo que no advierte la Sala vulneración alguna a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa que invoca la señora Deisy Serrano Tique en su demanda de tutela”.

La decisión de la Corte refleja una postura intermedia en la que se exige del juez constitucional que evalúe el contexto del caso concreto para evitar que la tutela se use como mecanismo para revocar las decisiones de los jueces de paz cuando los usuarios no se encuentren de acuerdo con la solución adoptada desde la jurisdicción de paz. Pero también le imprime el deber de vigilar que los mínimos ritos y exigencias contempladas los títulos VI y VII de Ley 497 de 1999 se cumplan, como una forma de garantizar la protección del derecho al debido proceso.

### 3.2.1 La sentencia T- 809 de 2008

En este caso se solicitó la intervención del juez constitucional por afectación del derecho al debido proceso por parte de un juez de paz que resolvió en equidad un caso y negó la posibilidad de que se tramitara el recurso de reconsideración. Esta negativa la fundamentó el juez de paz en consideraciones relacionadas con el vencimiento del plazo para interponer el recurso regulado por la Ley 497 de 1999<sup>104</sup>. El juez de paz adujo que le había comunicado el fallo al accionante de la tutela el día 26 de octubre de 2007 y el recurso de reconsideración se había presentado el día 6 de noviembre 2007. El juez había rechazado el recurso por extemporáneo, por cuanto la ley prevé un término de 5 días para la presentación de esta clase de recursos. Por su parte el actor de la tutela señaló que conoció el fallo el día 29 de octubre de ese año, y no el día 26 de octubre como lo manifestó el juez de paz. Argumentó que se había vulnerado su derecho al debido proceso por parte del juez de paz al no dar trámite a un recurso de reconsideración impetrado por para que los jueces de reconsideración revisaran la decisión en equidad.

Para solucionar este caso la Corte Constitucional concentró su argumentación en dos temas de gran importancia para delimitar el concepto de debido proceso en las actuaciones adelantadas por la jurisdicción especial de paz.

En primer término la Corte determinó que la Ley 497 de 1999 impone a los jueces de paz la obligación de comunicar el fallo en equidad a las partes, por el medio que se considere más idóneo para lograr este propósito<sup>105</sup>. Sobre este particular la Corte construyó la siguiente subregla constitucional:

<sup>104</sup> Este recurso se regula en el artículo 32 de la Ley 497 de 1999 que prescribe: "Artículo 32. Reconsideración de la decisión. Todas las controversias que finalicen mediante fallo en equidad proferido por el juez de paz, serán susceptibles de reconsideración, siempre y cuando la parte interesada así lo manifieste en forma oral o escrita al juez, dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del fallo. La decisión del juez de paz será estudiada y se resolverá en un término de diez (10) días por un cuerpo colegiado integrado por el juez de paz de conocimiento y por los jueces de paz de reconsideración de que tratan los incisos 4 y 5 del artículo 11 de la presente ley. Si no hubiere jueces de paz de reconsideración, ya sea por no haber cumplido con los requisitos previstos en la presente ley o por falta absoluta o temporal, el cuerpo colegiado estará conformado por el juez de paz de conocimiento y dos jueces de paz que de común acuerdo señalen las partes o en su defecto que pertenezcan a municipios o distritos circunvecinos o de la zona o sector más cercano que señale el juez de paz, quienes decidirán, motivando su decisión, con fundamento en la equidad, si confirman o revocan la decisión reconsiderada. Si de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, faltare alguno de aquéllos, la decisión será adoptada por los dos jueces restantes".

<sup>105</sup> Señala el artículo 29 de la Ley 497 de 1999: Artículo 29. "De la sentencia. En caso de fracasar la etapa conciliatoria, el juez de paz así lo declarará. Dentro del término de cinco (5) días

"Por lo tanto, cuando se toma la comunicación a que se refiere el artículo 29 de la Ley 497 de 1999, se advierte que para practicarla debidamente deben tenerse en cuenta cuatro condiciones. Primera, que las actuaciones de la jurisdicción de paz, por hacer parte de la administración de justicia, deben ser públicas (art. 228, C.P.). Segunda, que el medio de comunicación del fallo no puede ser cualquiera idóneo para llevar la información, sino el que se estime "*más adecuado*". Tercera, que las formalidades exigidas por la Ley ordenan entregar copia de la decisión a cada una de las partes (art. 29, Ley 497 de 1999). Cuarta, que la Ley 497 de 1999, ordena tomar el día de la comunicación, como referente cronológico para computar el término dentro del cual puede interponerse el recurso de reconsideración (art. 32). Con arreglo a esas normas, debe destacarse en primer lugar que la comunicación sólo puede entenderse surtida, una vez se entregue copia de la sentencia a la parte. El propósito de esa exigencia legal es garantizar que los días señalados por la Ley para interponer el recurso, puedan emplearse efectiva y principalmente en el diseño de un recurso de reconsideración. Lo que no podría alcanzarse si los cinco (5) días legales, se dispusieran para primero exigir copia de la sentencia, y segundo para defenderse de ella mediante el recurso. Esa es la única condición invariable que debe observarse. En cuanto a lo demás, el juez de paz tiene un margen de decisión amplio a la hora de elegir el medio de comunicación "*más adecuado*". En ese margen, el medio más idóneo para hacer la comunicación depende, esencialmente, de las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, por ejemplo, cuando el fallo se emite en presencia de las partes del conflicto, el medio más idóneo es posiblemente el oral, y la entrega de la copia puede hacerse sin intermediarios (art. 4, Ley 497 de 1999). Pero si una parte se muestra renuente a asistir a las actuaciones del juez de paz, sin que se encuentre probada su mala fe o su ánimo desleal, debe acudirse al medio de comunicación que a un mismo tiempo garantice el derecho a los términos legales para la interposición del recurso, y la publicidad de las actuaciones judiciales. Las condiciones exigidas confluyen, en muchos casos en la comunicación por correo postal. En primer término, porque así se logra entregar copia de la providencia a la(s) parte(s) ausente(s) (lo que no puede hacerse por medio de edictos o telegramas). En segundo lugar, porque esa vía permite dejar constancia de la actuación en el ex-

proferirá sentencia en equidad, de acuerdo con la evaluación de las pruebas allegadas, la decisión se comunicará a las partes por el medio que se estime más adecuado. La decisión deberá constar por escrito. De ésta se entregará una copia a cada una de las partes".

pediente, aportando así un referente de control en cabeza de las partes, y del juez a quien posteriormente se someta la controversia, cuando las partes estimen violados sus derechos fundamentales. En tercer lugar, porque el registro de envío por correo postal, tiene además el mérito de obtener el convencimiento del juez que controle las decisiones (art. 22, Decreto 2591 de 1991)”.

Para el caso concreto, la Corte establece que para tomar su decisión tendrá en cuenta como fecha de comunicación de la sentencia, la fecha de envío por correo postal de la decisión, que de acuerdo con el recibo no coincide ni con la fecha alegada en su defensa por el juez de paz, ni con la fecha señalada en la demanda por el accionante. De acuerdo con el mencionado recibo, la fecha de comunicación de la decisión fue el 31 de octubre de 2007.

Determinada esta fecha, la Corte decide conceder la tutela pues considera que cuando artículo 32 de la Ley 497 de 1999 hace referencia a un término de 5 días para interponer ante los jueces competentes la reconsideración del fallo en equidad, está haciendo referencia a días hábiles y no a días calendario. Para ese caso concreto, el cómputo de los 5 días vencía el día en el que el actor de la tutela había presentado el recurso, razón por la cual, la Corte Constitucional consideró procedente conceder la acción.

Ahora bien, debe entenderse que la Corte Constitucional a través de esta decisión, advierte la importancia de permitir a los usuarios de la jurisdicción de paz la interposición de recurso de reconsideración como medio de garantía del derecho de defensa de las partes y por ello establece una subregla para permitir a los usuarios de esta justicia contar con suficiente tiempo para elaborar y presentar el recurso de reconsideración, cuestión esta que integra el principio fundamental del debido proceso.

Las sentencias analizadas permiten realizar algunas consideraciones importantes en relación con los límites constitucionales a las actuaciones de los jueces de paz. Es necesario destacar que los reproches efectuados a los jueces de paz se relacionan con violaciones del “debido proceso”. Y en materia de jurisdicción especial de paz resulta complejo por las siguientes razones.

La Ley 497 de 1999 estableció un procedimiento de paz muy informal. Esta informalidad en el procedimiento se caracteriza por tener un

rango básico de indicaciones legislativas para orientar la manera como debe desarrollarse el proceso. Así le corresponde a los jueces de paz encuadrar sus decisiones dentro de unas mínimas formalidades incluidas por el Legislador para esta clase de procesos que básicamente se circunscriben a:

1. La exigencia de una solicitud de acuerdo común de las partes de acudir ante la jurisdicción de paz para solucionar su controversia. En su defecto, la ley establece la realización de un acta en las que se manifieste dicha voluntariedad, la cual deberá estar suscrita por los actores del proceso.
2. La existencia de un acta suscrita por las partes en las que se identifiquen las partes, su domicilio, descripción de los hechos que dieron origen a la controversia, y la identificación de la fecha, hora y lugar en la que se realizará la primera etapa del procedimiento: la etapa conciliatoria.
3. La citación a las partes a la o las audiencias de conciliación fijadas por el juez para superar la etapa conciliatoria
4. La realización de un acta de la audiencia de conciliación en la que se fije lo ocurrido en la mencionada actuación, acta que deberá estar suscrita por las partes y por el juez de paz.
5. La constancia escrita de la existencia de una sentencia o fallo en equidad cuando fue necesario acudir a esta etapa del proceso al haber fracasado la etapa conciliatoria.
6. La constancia de que este fallo se le comunicó a las partes, dándole copias por escrito a cada una de ellas
7. La posibilidad de recurrir el fallo ante los jueces de reconsideración<sup>106</sup>.

Ley 497 de 1999 privilegió de forma muy consciente una visión informalista del proceso que debe adelantarse por parte de los jueces de paz para proferir decisiones en equidad atendiendo la concepción de la función del juez de paz, que más que una figura entrenada en el conocimiento de las

<sup>106</sup> Cfr. artículos 22 a 33 de la Ley 497 de 1999

normas jurídicas, es una persona con capacidades para pacificar las controversias que se suscitan al interior de la comunidad de la que hace parte.

La Corte Constitucional a través de sus decisiones ha aceptado esta informalidad procesal como una arista de la autonomía de la jurisdicción especial de paz como justicia de origen comunitario. Pero esta aceptación no se constituye en una carta blanca para que a través de las decisiones en equidad se afecten o lesionen los derechos fundamentales. Por ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decidido proteger estos derechos cuando a causa de este informalismo procesal se lesionen las garantías constitucionales, incluida, el debido proceso.

# 4. CONCLUSIONES

A la jurisdicción de paz a pesar de sus especificidades le corresponde un deber de respeto de los consensos jurídicos-políticos mínimos que la Constitución y la sociedad han forjado bajo el nombre de "derecho fundamentales". Dentro del conjunto de derechos fundamentales que han de ser respetados por la justicia de paz, el principio del debido proceso se constituye en una garantía que debe ser tomada en consideración con agudeza. La existencia de tensiones entre la jurisdicción especial de paz y la jurisdicción constitucional, por afectaciones o vulneraciones a este principio orientador de la actuación de la administración de justicia es indicativa de esta necesidad. Es por ello que, a pesar de la informalidad en el funcionamiento de la jurisdicción de paz, es preciso que los jueces de paz realicen un esfuerzo para adecuar sus actuaciones a unos requisitos mínimos o esenciales de cumplimiento del debido proceso. Estos requisitos esenciales deben constituirse como un piso que garantice que, como mínimo, se cumplen ciertas funciones del debido proceso. Pero debe tomarse en cuenta que exigencias demasiado ritualistas y exhaustivas en el cumplimiento de este principio fundamental pueden conducir a una sobre-juridificación de la justicia de paz, desvirtuando al mismo tiempo la naturaleza comunitaria y consensuada de esta clase de justicia.

La determinación de estos requisitos esenciales requiere de la construcción de un "dialogo interjurisdiccional" que se base en la búsqueda de consensos entre la jurisdicción de paz y la jurisdicción constitucional. El propósito de este consenso es el de lograr una relación armónica entre la equidad comunitaria y el respeto al principio del debido proceso y a los demás derechos fundamentales de los usuarios de la justicia de paz y de los miembros de la sociedad en general.

Algunos aspectos establecidos por la Corte Constitucional para determinación del piso esencial que en materia de debido proceso debe ser de obligatorio cumplimiento para los jueces de paz son:

1. La comunicación a los usuarios de la existencia de un conflicto que ha sido puesto en conocimiento del juez de paz para que de acuerdo con su competencia, sea conocido por esta jurisdicción especial de paz.

2. El respeto por la voluntariedad de las partes en el acogimiento a la jurisdicción. Se puede señalar que el forzar el consentimiento de las partes para conocer determinado caso o la realización de acciones tendientes a capturar jurisdicción sin tomar en cuenta el acuerdo o consenso de los afectados para la solución del caso no resulta garantista de las funciones del debido proceso para esta jurisdicción.
3. La existencia de un mínimo racionalismo probatorio a partir del cual se dé espacio a la contradicción de las partes sobre sus intereses y puntos de vista, más que a las certezas basadas en intuiciones del juez de paz.
4. La existencia de fallos en equidad con una mínima justificación y que sean debidamente comunicados a las partes a fin de facilitarse la posibilidad de acudir a los jueces de reconsideración.
5. Este piso esencial parte de una premisa básica: resulta necesario darle una oportunidad a la informalidad procesal establecida en la Ley 497 de 1999, a través de interpretaciones funcionalistas y no formalistas del principio del debido proceso. A través de la determinación de estos "mínimos" resultará posible que se avance en la comprensión funcionalista y no formalista del debido proceso.

En otras palabras, más que exigencias hacia los jueces de paz para que estos sigan sagradamente los pasos o etapas procesales de la forma como se ha establecido en el texto de la ley, resulta necesario que se evalúe si la manera como se está adelantando el proceso permite por lo menos que se cumplan las funciones esenciales de este principio constitucional. Esta es la única forma de proteger la autonomía de esta jurisdicción que como se vio en este documento también ha sido protegida o aceptada por la Corte Constitucional a partir de su jurisprudencia de constitucionalidad.



# LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN SALUD: ANÁLISIS DE LA AMPLIACIÓN DEL POS POR VÍA JURISPRUDENCIAL

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación  
desarrollado por en el marco del "IV Curso de  
Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y  
Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

## 1. EL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA

Los sistemas de la salud se mueven en rangos muy amplios que van desde el monopolio total del Estado hasta sistemas de auto-suministro de salud completamente privados y optativos. El sistema de salud colombiano se mueve entre estos dos extremos y ha sido denominado como "pluralismo estructurado"<sup>107</sup>. La propuesta del "pluralismo estructurado" tiene como objetivo fundamental el alcance de la cobertura universal en salud. Para ello, es necesario articular de una manera más eficiente a los diferentes prestadores de salud mediante la unificación y articulación de las reglas que los diversos actores del sistema deben seguir dentro del circuito de financiación de los costos y prestación de los servicios.

Sin embargo, la cobertura universal no se puede lograr sin la contención de costos al interior del sistema. Un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de "todos para todos". Las demandas individuales y subjetivas de salud son particularmente intensas y posiblemente irracionales: frente a la enfermedad (y especialmente si es grave) todo el mundo quisiera que se agotaran todos los mecanismos de

<sup>107</sup> Sobre el particular ver: Londoño, Juan Luis y Frenk Julio. Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, documento de trabajo 253, 1987.

recuperación de la salud, incluyendo, por supuesto, los que son experimentales, hipotéticos y, además, sin que operen restricciones significativas de costos para el proceso de toma de decisiones.

El método central de contención de costos es la definición limitada del paquete de servicios que se ofrece a todos las personas vinculadas al sistema. De esta manera el paquete de servicios es finito, esto es, establecido en una lista bajo la técnica de *numerus clausus*. Con estos recursos, se les permite a las empresas promotoras de salud (EPS) funcionar como articuladoras entre la demanda y la oferta de servicios de salud. Por cada afiliado a las EPS, y de manera independiente al monto de los descuentos efectivos de nómina que se le hayan hecho a los afiliados, las EPS reclaman al articulador financiero del sistema un pago que se denomina “unidad de pago por capitación” (UPC) y con el cual se obligan a prestar, a ese afiliado, los servicios de salud contenidos en el POS.

Las EPS están obligadas, como prestadoras del servicio, a lograr una adecuada contención de los costos. De conformidad con la Ley 100 de 1993 a una EPS se le paga lo mismo por cada persona que atiende, independientemente del nivel de servicio que exija o demande su condición de salud. El pago que reciben las EPS está basado en estudios epidemiológicos que predicen los porcentajes de prevalencia de patologías dentro de una determinada población. Estas entidades, por tanto, tiene el deber de distribuir los recursos entre las diferentes necesidades de los individuos particulares, dando más recursos para las personas que así lo requieren. Para lograr esta distribución, el sistema incentiva a las EPS para que sean compradores cautos de servicios a nombre de los consumidores o, de otra manera, para que moderen la ansiedad individual de los pacientes de ser “sobre tratados” ante la presencia de la enfermedad.

Ahora bien: ¿Cuál debe ser el tamaño del paquete básico de servicios de salud que el sistema debe suministrar a todos sus vinculados? Esta es una pregunta técnica, si se quiere, pero el comienzo de su respuesta arranca con algunas consideraciones básicas de filosofía política y de teoría de la justicia que se debatieron explícitamente en el proceso de estructuración del sistema en el contexto colombiano. En primer lugar, está la cuestión de la equidad social: el sistema está dominado por una ideología altamente igualitarista que muestra, quizá sorprendentemente, una profunda socialización de la salud. En el opera el principio “lo mismo para todos”, según el cual la cobertura básica de salud

debe ser adecuada e idéntica para todos, con independencia de las fuentes de ingreso y de la capacidad individual de gasto de los individuos. En ese sentido, el “derecho a la salud” que el sistema distribuye debe ser idéntico para todos, ricos o pobres. Esta máxima igualitaria, sin embargo, podría ser entendida (como en efecto lo ha sido) como una estrategia de redistribución de la “miseria” por vía de un plan obligatorio de salud (POS) de muy bajos estándares.<sup>108</sup>

Ahora bien, “lo mismo para todos” debe tener, al mismo tiempo, un buen nivel técnico y profesional de cobertura de salud. Traducido a principios e ideas de justicia, el POS debe lograr “la formulación de un paquete de intervenciones esenciales como un instrumento de política central. La palabra “esenciales” es clave, y debe diferenciarse en forma tajante de los adjetivos “mínimas” o “básicas”. El paquete esencial no se basa en el principio de “lo indispensable para los pobres”, sino más bien en el de “lo mejor para todos”. De hecho, este paquete está integrado por aquellas intervenciones que los análisis de costo-efectividad han destacado como la mejor inversión para la salud. Por lo tanto, constituyen el núcleo de la universalidad, es decir, el conjunto de intervenciones a las que toda persona debe tener acceso, independientemente de su capacidad financiera o situación laboral.

Este nuevo tipo de universalidad propugnado por la Ley 100 de 1993 que reguló el sistema e implementó en el país el modelo de “pluralismo estructurado” está orientado por análisis explícitos de costo-efectividad y aceptabilidad social. Se caracteriza por evitar las trampas de la universalidad clásica, cuya promesa de “todo para todos” ha dado pruebas de ser insostenible incluso en los países más ricos. En este sentido, el análisis de costo-efectividad es mucho más que una herramienta tecnocrática, ya que representa un medio, científicamente fundamentado, éticamente sólido y socialmente aceptado, para lograr la asignación óptima de los recursos para la salud. Por lo tanto, un paquete esencial promueven la equidad tanto como la eficiencia de asignación de recursos<sup>109</sup>.

Pero la puesta en práctica de las premisas en las que se fundamenta el sistema produjo conflictos desde el momento de su implementación.

<sup>108</sup> Cfr. González, Adriana. La salud en Colombia, un derecho aparentemente fundamental. Memorando de derecho público. Universidad Libre de Pereira. 2005

<sup>109</sup> Sobre el particular ver: Londoño, Juan Luis y Frenk Julio. Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, documento de trabajo 253, 1987

Muchos de los conflictos originados tienen una estructura típicamente dual, donde un usuario se enfrenta a la EPS por discrepancias en la prestación del servicio, en su calidad, en su oportunidad, etc., etc. Esta estructura facilitó el que los conflictos fueran fácilmente judicializables y justiciables. En razón de ello, aunque los jueces no fueron explícitamente contemplados en la Ley 100 de 1993 como integrantes de la función de modulación del sistema, lo terminaron siendo. Los organismos explícitamente comisionados para la modulación de tales conflictos no mostraron la capacidad técnica y operativa para resolverlos. Por estas razones, los jueces pasaron a jugar el rol de modulación que la ley 100 concedía al Estado.

Las razones de este fenómeno son varias: en primer lugar, fue evidente que la superintendencia Nacional de Salud no contó con la capacidad técnica para cumplir como conciliador o adjudicador de las disputas al interior del sistema. Su preocupación fundamental se focalizó en cumplir con las funciones tradicionales de vigilancia y control en las entidades reguladas, pero nunca pudo asumir seriamente la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores. La dualidad de funciones y su completa inexperiencia institucional como adjudicador contaron, pues, como factores. Finalmente, la Supersalud también exhibió una baja capacidad de gestión local: el sistema salud ciertamente se piensa en Bogotá, pero la prestación de sus servicios es necesariamente local y descentralizada. El sistema es uno, pero el nivel de conflictos que genera es masivo y local. Por consiguiente, un organismo de supervisión como la superintendencia no estaba preparando para lidiar con este tipo de conflictos.

Por las características estructurales de los conflictos dentro del sistema de salud, era relativamente razonable que los jueces se convirtieran en árbitros de los estos. Este papel se empezó a desempeñar por los jueces constitucionales inclusive de forma anterior a la expedición de la Ley 100 y se volvió determinante para su implementación.

### **1.1 Análisis de la jurisprudencia constitucional en la arbitraje de los conflictos dentro del sistema de salud.**

El análisis del papel de la jurisprudencia constitucional en la intermediación de los conflictos presentados en el sistema de salud colombiano es una tarea compleja por una razón bien concreta: la cantidad de decisiones

judiciales sobre la materia. Ante este cargado universo de fallos judiciales es necesario usar dos estrategias metodológicas complementarias para describir las principales características de la intervención de la Corte Constitucional como arbitró de los inconvenientes y tensiones del sistema de salud.

Una primera estrategia consiste en la realización de una descripción de corte general en la que, a partir de la identificación de algunas de las decisiones más importantes de la Corte Constitucional sobre el tema se identifiquen las reacciones de los actores del sistema a la jurisprudencia producida desde el alto tribunal. Sin embargo, como el universo de decisiones judiciales en materia de salud es tan grande, la constatación de la aplicación de las reglas judiciales sobre el derecho a la salud creadas por la Corte para equilibrar las tensiones entre las estrategias de contención de costos del sistema versus la garantía del derecho a la salud de los usuarios requiere de la selección de un problema jurídico que permita verificar de manera más concreta el papel de la jurisprudencia constitucional.

#### 1.1.1 El momento de la “fundamentalización” de la salud

El papel de la Corte en esta labor de arbitraje se remonta a un primer momento, en los años 1992 y 1993, en donde desde antes de la expedición de la Ley 100 la Corte reconoce el derecho a la salud como un derecho fundamental. La precariedad y debilidad del sistema de salud existente en ese entonces le suministran suficientes casos para justificar esta intervención jurídica. Así, por ejemplo, en la sentencia T-406 de 1992 (M.P. Angarita) se insiste ahora en que los derechos al saneamiento público y a la salud pueden ser fundamentales por su conexidad con intereses como la vida, la integridad personal o la dignidad humana.

Abierta esta brecha, la corte inicia un proceso de “fundamentalización” de prestaciones más específicas de salud individual, en contraste con reclamos colectivos de saneamiento público. Así, por ejemplo, se obtiene el reconocimiento de fundamentalidad del derecho a la salud por su conexión con valores como la vida, la integridad personal y la dignidad humana en sentencias como la T-522 de 1992, la T-571 de 1992, la T-484 de 1992, la 499 de 1992, la T-505 de 1992 y la T-548 de 1992. En todas estas sentencias se observan, mediante procesos judiciales, algunos de los problemas fundamentales

del sistema de salud previo a la reforma de 1993. En estas sentencias, el condenado casi siempre es el Estado, bien sea el instituto de los Seguros Sociales o algunos de los fondos de previsión existentes por aquel entonces. Los problemas señalados en las sentencias son evidentes: en uno de ellos, por ejemplo, la corte condena al sistema por su incapacidad de ofrecer tratamiento a una persona enferma de sida, incapacidad además que, para la época, estaba fuertemente contaminada de incomprendión y de discriminación contra los pacientes. En otras sentencias, de otro lado, se denuncia la incapacidad de respuesta del sistema (excesiva mora en la programación de cirugías, por ejemplo) frente a enfermedades graves de personas que veían así afectada su calidad de vida y su capacidad de trabajo. Finalmente, en otras, la corte denuncia la desprotección en la que se encuentran grupos sociales específicos tales como niños y ancianos.

#### 1.1.2 Segundo momento: la jurisprudencia constitucional en la implementación de la Ley 100 de 1993

La ley 100, expedida el 23 de diciembre de 1993, contiene las características generales de contención de costo que se examinaron más arriba en este texto. Con la promulgación de esta ley, se establece el sistema general de seguridad social en salud (SGSSS). Este sistema recoge las líneas principales del “pluralismo estructurado” ya discutidas. Como pieza central de los incentivos de contención de costos, se establece el plan obligatorio de salud (POS) como paquete esencial de servicios de salud que se ofrece a todos los afiliados al sistema. La definición del POS se hizo en el Acuerdo 8 del 6 de julio de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), donde se afirmó, en su artículo 6, que se adoptaba “como principio guía de orientación del plan obligatorio de salud, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad, número de años perdidos por discapacidades o muerte temprana y costo-efectividad”. En su artículo 7, de igual forma, se autorizaba a “(a) probar las exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación (...”).

Estas normas buscaban volver realidad la necesidad de contener costos mediante la definición precisa de los tratamientos y medicamentos

que debían ser considerados esenciales<sup>110</sup>. Este listado fue consolidado de manera muy rígida mediante la Resolución 5261 de 1994, ya que en ella se afirmó en su artículo 13 que "(l) a receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, sin que por ningún motivo se admitan excepciones (...)" . De igual forma, en su artículo 49 se afirmó que "Los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica establecido por el plan obligatorio de salud".

Y aquí, en estas definiciones reglamentarias, es donde empiezan los choques entre el "sistema de salud" (como mecanismo de circulación de recursos de sus fuentes a los usuarios) y el "derecho a la salud" (como conjunto optimizante de prestaciones a las cuales los usuarios deben tener acceso inmediato). Los casos que llegaron a las Cortes empezaron a mostrar, sin embargo, una tendencia preocupante en la interpretación del POS; en primer lugar, empezaron a aparecer reclamos según los cuales la definición del POS implicaba renunciar a tratar los casos de enfermedades incurables porque, según se esgrimía, su tratamiento no era costo-eficiente y, por tanto, debía ser excluido del paquete general. De otro lado, la excesiva rigidez del POS empezó a chocar con la libertad profesional y científica de los médicos, quienes veían en el sistema un celo excesivo en homogenizar el tratamiento de enfermedades, según los protocolos de la medicina basada en la eficiencia. La definición del POS, pues, generó estos dos reparos serios que se empezaron a expresar en demandas de aumento de la calidad del paquete básico: en primer lugar, resultaba realmente preocupante que un sistema de salud abandonara a los más enfermos por argumentos de costo-eficiencia; y en segundo lugar, resultaba difícil lograr el apoyo de los médicos en la contención de costos cuando esta era interpretada como una planilla demasiado rígida de conductas profesionales a adoptar. La jurisprudencia estaba respondiendo así a una discusión muy amplia sobre quiénes son los médicos y como practican la medicina.

El POS era la pieza esencial de la estrategia de contención de costos, pero empezó a chocar contra la percepción, desde el punto de vista

<sup>110</sup> El principio de "lo mejor para todos" al que se refería Juan Luis Londoño en el documento "Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, documento de trabajo 253, 1987.

de la demanda, según la cual algunas de estas exclusiones no eran aceptables dentro de un sistema bien concebido. Un sistema que excluyera estas formas de enfermedad parecía insensible, defectuoso y, por tanto, violatorio del “derecho a la salud”. Las primeras sentencias de este periodo muestran esta tendencia decisional hasta culminar finalmente en la SU-43 de 1995, cuando la corte hace la siguiente afirmación:

“Las entidades”, públicas o privadas, en cargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del plan obligatorio de salud no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente. Subsiste en favor de aquellos (niños beneficiarios) el derecho constitucional fundamental a recibir atención acorde con la enfermedad en hospitales locales, regionales, universitarios, puestos y centros de salud y a cargo del Estado”.

De manera implícita, pues, la Corte ha aceptado que el sistema depende de su capacidad de contener costos; pero, de igual manera, ha buscado ponerle límites a las estrategias de contención de costos. El punto de conflicto que requiere arbitraje vinculante radica en el nivel óptimo de contención de costos que no implique una rebaja del paquete esencial de derechos que reciben los vinculados al sistema. Este equilibrio entre costos y servicios no es estático, sino dinámico: corresponde a una discusión social extendida en el tiempo y, en ese sentido, los jueces han ofrecido un foro esencial de discusión y legitimación del sistema que no se hubiera dado al interior de las otras ramas del poder público.

El equilibrio entre estas dos estrategias fue cambiando y por tratarse de una discusión sobre un derecho económico, social y cultural fue adquiriendo una dimensión progresiva. Esta dimensión implicó especializadas discusiones por parte de los jueces constitucionales sobre qué tan amplia era la autonomía de los médicos para recetar tratamientos más allá de los criterios formulados en del POS en su objetivo de contener los costos de sistema.

### 1.1.3 La presión del “sistema” sobre la jurisprudencia

Para los años de 1997 a 2000 la jurisprudencia Constitucional se vio fuertemente presionada por lo que se consideró en su momento como la

excesiva y anti-económica extensión del “derecho”. A raíz de Estas críticas y para evitar que lo ganado por la vía jurisprudencial se perdiera mediante otra clase de medidas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de salud se transforma hacia un proceso de moderación y racionalización. Así, con la Sentencia SU-111 de 1997 (M.P. Cifuentes), la Corte en pleno parece abandonar lo que ahora considera la indisciplina e impredecible jurisprudencia de equidad que había promulgado hasta ese entonces y opta ahora por tecnificar la línea jurisprudencial, ocasionando así una sustancial restricción a la interferencia que el “derecho a la salud” puede ocasionar en el “sistema”. La jurisprudencia de la equidad se había basado en una lectura amplia da la conexidad de la salud con la vida, la integridad personal y la vida humana. Bajo esta lectura, el criterio de conexidad ofrecía un amplio (y potencialmente indiscriminado) puente para la fundamentalización de reclamos de salud. En la SU-111, este criterio de conexidad es visto como demasiado amplio y, además, anti-técnico. Las premisas de la nueva posición jurisprudencial son claras: la salud es ciertamente un derecho fundamental por conexidad, pero no con las nociones abiertas e imprecisas de vida, integridad personal o dignidad humana, sino con el criterio, más exigente, de “mínimo vital”. El nuevo criterio es una forma de cerrar la fundamentalización indiscriminada de costosos reclamos de salud y reducirlas a casos donde la prestación es absolutamente imprescindible para la conservación de la vida. Pero eso no es todo. Adicionalmente, la Corte anuncia que la concesión del derecho a la salud no puede hacerse por fuera de los marcos legales y contractuales establecidos para las EPS. Por ello, entonces, las pretensiones de salud deben ser estudiadas con referencia a las normas sub-constitucionales que regulan la materia..

Ahora bien, ¿Por qué mantiene la Corte su polémica doctrina del POS jurisprudencial cuando la misma era ya objeto de oposición muy intensa al interior del sistema? Un breve análisis politológico podría ayudar a entender este punto, en apariencia paradójico. Es claro que a la altura de 1997 la corte ya ha tomado atenta nota del equilibrio financiero que el sistema debe guardar. En la sentencia SU-111 de 1997, de hecho, parece abandonar su extensión jurisprudencial del POS a favor de una visión más estricta de sus contenidos. Sin embargo, la doctrina del POS jurisprudencial extendido terminó siendo defendida por un grupo cada vez mayor y heterogéneo de intereses: pacientes y médicos, como es evidente, formaban el núcleo de esta defensa; pero más allá, resulta interesante ver como las autoridades moduladoras

del sistema y, en particular, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud empezaron a tener una concepción más abierta del POS hasta el punto de adoptar el Acuerdo 83 de 1997, en el que se recogía la noción jurisprudencial de POS abierto. Así, en su artículo 8 se reconoció expresamente que para "garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo". Para conservar el equilibrio del sistema, además, se adoptó en el reglamento la provisión jurisprudencial de financiación permitiendo el recobro el fosyga o a los reaseguros en caso de enfermedades de alto costo. Estas decisiones administrativas al interior del sistema, en algún sentido, recogieron la jurisprudencia constitucional.

#### 1.1.4 Un cuarto momento: la explosión del litigio en la Salud

A partir de 1999 se da "un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999, de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país, el 24,6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000, el número de tutelas aumento a 131.765 y el 18,9% (24.913) fueron de salud. En el año 2001, el número de tutelas aumento muy poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud si aumento, pues paso a ser el 25,6% (34.226). En el año 2002, la tendencia continuó incrementando levemente. Para el 1 de diciembre de 2002 se habían presentado 140.095 tutelas de las cuales tan solo el 25,03% (35.072) eran de salud". Datos más recientes de la Defensoría del Pueblo muestran que esta tendencia al aumento se ha mantenido para el periodo 2003-2006 hasta el punto en que las tutelas en salud llegaron a ser, para el último año del periodo, superiores a 75.000.

El impacto de estos datos muestra una nueva situación, que podría describirse de la siguiente manera: finalizada, de alguna manera, la "guerra ideológica" entorno a la jurisprudencia POS que se libró entre los años de 1997 a 2000, la interpretación jurisprudencial terminó por estabilizarse, operacionalizarse y, finalmente, masificarse. Según Arrieta, "(s)alvo que se trate de un caso con aspectos novedosos, tan solo se requiere aplicar la regla, reiterarla"<sup>111</sup>. La mayor parte de los fallos de tutela en salud son "sentencia de reiteración" en la que de manera muy breve la Corte reitera las condiciones en

<sup>111</sup> Arrieta, Aquiles. Comentarios a la creación de jurisprudencia constitucional: el caso de servicio público de salud. Revista tutela No 45, 2003

las que el POS se flexibiliza para proteger el derecho a la salud. En una ratio decidendi que ha llegado a ser canónica, la Corte afirma que las prestaciones del POS del régimen contributivo, por ejemplo, actualmente pueden ser extendidas en los siguientes tipos de casos:

"La jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que las entidades promotoras de salud (EPS) tiene la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS) cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otros de los contemplados en el plan obligatorio de salud, o que, pudendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no puede sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizada para cobrar y no puede acceder a el por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a al EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio"<sup>112</sup>.

La explosión del litigio en materia de salud continua presentando una dimensión tan colosal que no resulta difícil seleccionar un ejemplo -de los muchos que hay- para constatar la aplicación de estas subreglas en materia de salud. Aplicación reiterada de forma masiva y cuya variación se hace notoria sólo en relación con el tipo de tratamiento excluido o no contemplado en el POS que por vía de tutela se pretende reclamar como fórmula para solicitar la protección del derecho a la salud de los pacientes frente a las estrategias de contención de costos del sistema. Así, es posible seleccionar líneas jurisprudenciales para tratamiento de enfermedades de alto costo, para enfermedades huérfanas, para tratamientos de fertilidad, para realización de cirugías no incluidas en el POS etc.

Dentro de este universo de masiva reiteración de la ampliación del POS por vía de jurisprudencia un ejemplo relevante es el de la cirugía de bypass gástrico para el tratamiento de obesidad mórbida en sus grados III o IV. El siguiente gráfico de línea jurisprudencial muestra en concreto la manera como el alto tribunal le ha dado solución a esta tensión entre contención de costos del sistema y derecho a la salud.

<sup>112</sup> Ibid.

## 2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Las órdenes impartidas por vía de tutela para efectuar la cirugía de bypass gástrico se fundamentan: en la ampliación jurisprudencial del POS para la protección del derecho a la salud o en prescripciones legales por estar incluida en el POS?

### TESIS A

La cirugía está excluida del POS pero por su necesidad para el tratamiento de los pacientes puede ordenarse por vía de tutela siempre y cuando se sigan las reglas creadas por la jurisprudencia.

T 264/2003	Green	Grey	Yellow
T 828/2005			
T 1229/2005			
T 027/2006			
T 867/2006			
T 447/2007			
T 639/2007			
T 112/2008			
			T 414/2008
			T 586/2008
			T 1180/2008
			T 049/2009

### TESIS B

La cirugía está incluida en el POS y por su necesidad para el tratamiento de los pacientes puede ordenarse por vía de tutela.

# 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Antes de realizar el análisis del gráfico es necesaria la incorporación de unas reflexiones previas. En primer lugar está línea inicia de forma tardía pues su sentencia fundadora se remonta al año 2003, 10 años después de la implementación de la Ley 100. Sin embargo, este “comienzo tardío” no puede llamar a equívocos, pues las decisiones incorporadas en el gráfico parten de los momentos descritos anteriormente acerca de la intervención de la jurisdicción constitucional sobre la protección del derecho a la salud.

Como se ha visto, detrás de estas decisiones vienen 12 años de producción judicial en la que básicamente (i) se logra defender la protección constitucional del derecho a la salud a través de la acción de tutela con su caracterización como derecho fundamental por conexidad; (ii) la Corte asume un papel protagónico como intermediador de las reclamaciones de salud para la maximización y cualificación de los servicios prestados en el POS; (iii) la Corte racionaliza la intervención constitucional mediante la tecnificación de las exigencias para equilibrar las reclamaciones de salud con los postulados de funcionamiento del sistema; (iv) a pesar de esta tecnificación se da una explosión del litigio en materia de salud que obliga a la Corte a crear unas reglas para la aplicación reiterada y “mecánica” de su doctrina de POS jurisprudencial.

En segundo lugar se debe destacar que el patrón fáctico de estas decisiones es muy similar y se resume de la forma que se describe a continuación. Se trata de casos en los que se solicita la protección del derecho a la salud por parte de pacientes de distintas E.P.S. en las que los médicos tratantes han diagnosticado obesidad mórbida en grado III y IV y otra serie de trastornos de la salud derivados de la obesidad<sup>113</sup>. Se interpone por parte de estos pacientes acción de tutela para que mediante la intervención de la jurisdicción constitucional se autorice la realización de la cirugía bypass gástrico cuya finalidad es reducir el tamaño del estómago y, por esta vía, disminuir a la ingesta de alimentos. Las E.P.S demandadas se oponen a la pretensión alegando básicamente (i) que la mencionada cirugía no se encuentra contemplada en el POS y

<sup>113</sup> De conformidad con los casos de esta línea jurisprudencial la obesidad mórbida es un padecimiento por el cual más del 40% del índice de masa corporal corresponde a grasa.

(ii) que esta cirugía no puede considerarse como un tratamiento “esencial” en tanto que existen otras alternativas para tratar la obesidad<sup>114</sup>. Para solucionar estos casos, la Corte confronta la situación concreta de los demandantes con las cuatro reglas jurisprudenciales en materia de salud. De la adecuación del caso al cumplimiento de cada una de estas reglas depende que acceda o no a ordenar la autorización de la cirugía.

Por último, se debe mencionar que la elección de este ejemplo concreto en materia de derecho a la salud tiene una connotación especial en tanto que, el trato dado por la Corte Constitucional al tema tuvo una variación importante, tal y como lo demuestra el gráfico. Así, durante el periodo de inicio de la línea jurisprudencial, en el año 2003 hasta el año 2007, la Corte consideró que este tipo de tratamientos estaba excluido del POS legal. Por ende, era necesaria su intervención para ordenar la autorización de la cirugía de bypass gástrico por mandato jurisprudencial. Sin embargo, a partir de 2008, la Corte cambió esta postura y acogió una nueva tesis. Desde esta fecha ordena esta clase de autorizaciones al considerar que esta cirugía si está incluida en el POS y, que por ende, las entidades promotoras de salud no pueden abstenerse del deber contractual de practicarlas. La trascendencia de esta variación es interesante ya que la respuesta al interrogante planteado está estrechamente ligada a la determinación del actor del sistema al que le corresponde asumir los costos de la cirugía.

### **3.1 La autorización de la cirugía bypass gástrico a través de la ampliación jurisprudencial del POS.**

Una vez la Corte comienza a conocer casos en los que se solicita la autorización de la cirugía de bypass gástrico debe confrontar las reglas para el reconocimiento de tratamientos no incluidos en el POS con las circunstancias del actor de tutela. Recuérdese que estas reglas son: (i) que la falta del medicamento afecte el derecho a la vida de las personas o su existencia en condiciones de dignidad, (ii) que el tratamiento formulado y excluido del POS no pueda ser remplazado por otro tipo de medidas que si estén incluidas dentro del plan, (iii) que el médico que formule el tratamiento no incluido se

<sup>114</sup> En múltiples sentencias la respuesta de las entidades prestadoras de salud enlistan los otros tratamientos que pueden formularse para reducir la obesidad: “ejercicios, dietas y soporte familiar y sicológico, así como medicamentos que reduzcan el apetito, todo bajo la supervisión de un médico”.

encuentre adscrito a la E.P.S. sobre la que se demanda la autorización y (iv) que se trate de una reclamación sobre mínimo vital por la imposibilidad del paciente de sufragar los costos del tratamiento.

Para la solución de los casos puestos en su conocimiento la Corte utiliza un “formato” o estructura de decisión prácticamente idéntica que se divide en varios apartes. Un primer aparte en el que se realizan consideraciones generales en relación con la determinación del derecho a la salud como derecho fundamental. Un segundo aparte en el que se realiza una exposición de las reglas o requisitos establecidos para la autorización de procedimientos no incluidos en el POS; y una tercera parte, en la que se cotejan estos requisitos con las pruebas obrantes dentro del proceso. Este ejercicio de subsunción presenta las siguientes características: (i) es secuencial pues la Corte agota en idéntico orden el examen de cada una de las reglas en relación con el caso<sup>115</sup>, (ii) es excluyente, lo que significa que en caso de que se incumpla aunque sea una de las condiciones no se autoriza el tratamiento<sup>116</sup>, y (iii) la pertenencia del paciente al régimen contributivo o subsidiado<sup>117</sup> es indiferente para la realización del juicio de subsunción en relación con las reglas definidas.

Ahora bien, a la aplicación de las cuatro reglas de las que podrían calificarse como “generales” para el reconocimiento de tratamientos no incluidos en el POS, la Corte fue incorporando otras consideraciones especiales para esta específica línea jurisprudencial. Estas consideraciones son: (i) la autorización de la cirugía se condiciona a la realización de una valoración médica por un grupo de médicos interdisciplinarios que concluyan que la cirugía es la única alternativa médica para tratar la enfermedad denominada “obesidad mórbida”<sup>118</sup>. Y (ii) la cirugía como tratamiento médico incluye una obligación para los médicos de informar a los pacientes sobre los riesgos de la intervención para que estos puedan tomar su decisión con conocimiento<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Ejemplo de lo anterior es el de la sentencia 867 de 2006 en la que a pesar de que no se logró demostrar el cumplimiento de la primera regla a causa de que la paciente no había iniciado ningún tratamiento para la reducción de peso y que por ende no era “candidata” para la realización de la cirugía, continuó con el examen de las tres reglas restantes.

<sup>116</sup> En el gráfico puede ubicarse la Sentencia T-027 de 2006 en la que no se concede la autorización por cuanto el caso concreto no cumple con la tercera de las reglas, es decir, no fue prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. demandada.

<sup>117</sup> Sobre el particular ver la decisión T-1229 de 2005.

<sup>118</sup> Esta subregla busca evitar que se utilice la cirugía con fines estéticos.

<sup>119</sup> En la sentencia T-447 de 2007 se exponen los riesgos que se pueden presentar con la realización de esta clase de cirugía: “sangrado, infección de heridas o interna tipo peritonitis,

En las decisiones tempranas de la línea como la sentencia T-264 de 2003, T- 828 de 2005, T-1229 de 2005, la Corte se preocupa por justificar la necesidad de tratar la obesidad mórbida mediante el tratamiento de bypass gástrico y los nexos existentes entre este padecimiento con la calidad y expectativa de vida de quienes tienen esta clase de afecciones. Igualmente, incorpora reflexiones sobre la dificultad de tratar esta enfermedad mediante otra clase de medidas como dietas y ejercicios por no resultar adecuados sino complementarios para la reducción de los riesgos de este padecimiento.

Durante este periodo la estrategia de defensa de las E.P.S consistía en advertir los riesgos para el equilibrio del sistema de la autorización por vía de tutela de tratamientos no incluidos en el POS. Por este motivo, las contestaciones de demanda de tutela elaboradas por estos actores del sistema solicitaban a la Corte Constitucional que sí ordenaba la cirugía considerara la posibilidad de su recobro ante el FOSYGA. La preocupación de la Corte por esta situación condujo cambios en estos fallos en los que a la autorización de la cirugía se adicionaba la orden de recobro.

### **3.2 La cirugía de bypass gástrico ¿contemplada en el POS?**

La inclusión de órdenes en las que además de la cirugía se facultaba a las E.P.S a realizar el recobro de esta clase de intervenciones presentó una incidencia importante. A partir de estas órdenes, los costos de la cirugía podían ser recuperados por los particulares prestadores de los servicios médicos de salud. Con esta fórmula parecía encontrarse un equilibrio entre los intereses de los pacientes con obesidad mórbida y el incremento de los costos de las entidades prestadoras de salud. Este equilibrio agenciado por la Corte daba vía libre para la realización de la cirugía de bypass gástrico siempre y cuando se cumpliera por parte de los pacientes las reglas establecidas la autorización de este tratamiento excluido del POS y las reglas específicas en materia de bypass gástrico.

Empero, en sentencia T-414 de 2008 esta línea jurisprudencia presenta una variación importante. El patrón fáctico de esta decisión es similar al

falla en las suturas, filtración de líquido intestinal, fistulas, peritonitis, falla respiratoria o de otros órganos, estrecheces de las uniones intestinales, obstrucción intestinal, vomito ocasional o persistente, hernias internas, deshidratación, desequilibrio hidroelectrolítico, desnutrición, y otras incluso la muerte". Igualmente en la sentencia T. las E.P.S. destacan los riesgos de esta cirugía señalando que el riego de muerte después de los treinta primeros días de haber sido practicada la cirugía es de uno de cada 50 pacientes.

de las restantes sentencias de la línea. Sin embargo, una intervención de la Superintendencia de Salud en la tutela obliga a la Corte Constitucional a replantear su jurisprudencia acerca de la cirugía de bypass gástrico. En esta intervención, el organismo autorizado por la Ley 100 de 1993 para modular los conflictos al interior del sistema señala que esta cirugía si se encuentra incluida en el POS:

"Ahora bien, la Resolución 5261 de 1994, que establece las actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, no expresa taxativamente el procedimiento utilizando la expresión inglesa de Bypass gástrico pero sí estableció en su ARTICULO 62 las intervenciones quirúrgicas abdominales que como técnicas quirúrgicas se utilizan para realizar la derivación de estómago, como son:

"Anastomosis del estómago; incluye gatroduodenostomía con el código 07630. Anastomosis del estómago en Y d Roux Código 07631. Procedimiento que, como ya se mencionó anteriormente, son los que se utilizan en el By Pass gástrico".

Ante esta intervención de la Superintendencia, la Corte Constitucional solicita conceptos al Ministerio de Protección Social y al Instituto de Medicina Legal para indagar si en efecto esta cirugía se encontraba incluida en el POS. Ambas entidades coincidieron en señalar que los tratamientos establecidos en el Artículo 62 de la Resolución 5261 de 1994 podían asimilarse al bypass gástrico por ser procedimientos que se utilizan en esta clase de cirugías.

En virtud de estos conceptos, la Corte concluyó que no existían razones legales para que las E.P.S se negaran a practicar esta clase de procedimientos cuando el usuario por su condición los requiriera para tratar la enfermedad de obesidad mórbida. Para la solución del caso concreto la Corte no acudió -como lo venía haciendo- a la subsunción de las reglas generales para la ampliación del POS por vía jurisprudencial, sino que determinó que "[e]n casos en los que se niegan prestaciones incluidas en el POS, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que se vulnera el derecho fundamental a la salud y por tanto las personas tienen subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en el Plan Obligatorio de Salud, advirtiendo que tiene como consecuencia las sanciones pertinentes por parte del organismo competente y a que no se pueda efectuar el recobro ante el Fosyga".

Pero el cambio de precedente para la solución del caso no incluyó la inaplicación de las subreglas específicas que se habían construido para el tratamiento de la obesidad mórbida. Por ello el alto tribunal señaló:

"Por tal motivo esta sala ordenará, conforme se ha dispuesto en los casos reseñados en la línea jurisprudencial desarrollada en esta providencia, que la EPS accionada previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita a la accionante, la someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministren la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante. Ahora bien, teniendo en cuenta el diagnóstico de obesidad severa de la accionante y las inherentes complicaciones que se derivan de su enfermedad, conforme a lo solicitado por la actora, se hace necesario que se le garantice una atención integral en salud (entiéndase: consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de Bypass Gástrico), lo cual le brindará una adecuada recuperación, conforme a las prescripciones que los médicos adscritos a la entidad accionada efectúen para tal fin".

La variación de la línea jurisprudencial expuesta influyó en la creación de un nuevo "formato" para la solución de los casos de autorización de cirugía de bypass gástrico. Este nuevo modelo reiterado en sentencias como la T-586 de 2008, T-1180 de 2008, T-049 de 2009 incluía las consideraciones sobre la fundamentabilidad del derecho a la salud y la aplicación del desconocimiento de este derecho cuando las entidades prestadoras de estos servicios se niegan a la realización de tratamientos incluidos en las normas que contienen el paquete básico de servicios cubierto por el sistema.

# 4. CONCLUSIONES

Esta línea jurisprudencia ha permitido describir la manera como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mediado para equilibrar las tensiones existentes entre las estrategias de contención de costos diseñadas por el sistema y defendidas a ultranza por las entidades promotoras de salud versus la garantía del derecho a la salud de los usuarios de estos servicios. Para observar estas tensiones de forma más específica el análisis se sirvió del problema jurídico relacionado con la autorización de cirugías de bypass gástrico como tratamiento idóneo para la obesidad mórbida. Este caso concreto mostró como la discusión no sólo hace referencia al coste de esta clase de tratamientos, sino que también pone de presente, la autonomía de los médicos para formular procedimientos verdaderamente capaces de contrarrestar los efectos adversos de la enfermedad sobre los pacientes.

La jurisprudencia de la Corte a pesar de la variación de sus posturas en el caso concreto siempre estuvo del lado de lograr el equilibrio de los intereses en juego a través de una sólida defensa de la protección del derecho a la salud, incluso si esta protección iba más allá de las cláusulas contempladas en el paquete básico de servicios. Pero también, vigilando que esta clase de tratamientos se autorizaran en aquellos casos en los que claramente se podía verificar la conexidad de la salud con la vida y la dignidad de los pacientes afectados con esta clase de obesidad. Para armonizar los intereses en conflicto, la Corte utilizó las reglas para generales en materia de derecho a la salud y también creó subreglas específicas para este tipo de tratamiento.

Sin embargo esta intervención del tribunal constitucional perdió su protagonismo en el momento en el que el órgano encargado de modular las diferencias entre los actores del sistema, es decir, la Superintendencia de Salud, se empodera y llama al orden a las E.P.S para que no continúen negando esta cirugía que bajo otra denominación se encontraba en las regulaciones contentivas del paquete básico de servicios definido por el sistema.

Pero lo que no alcanza a reflejar esta línea jurisprudencia es que la creciente demanda de justicia en materia de salud ha generado recientes

reformas legislativas que merecen ser destacadas. Se podría hablar, incluso, de un nuevo periodo en el desarrollo jurídico del sistema de salud. El sentido general de las preocupaciones de este nuevo periodo es el siguiente: en primer lugar, hay una enorme preocupación, como se ha visto, con el aumento desmesurado de la utilización de la tutela para resolver reclamos de salud. Aunque la percepción de la Corte es que estas demandas son legítimas y deben ser adecuadamente atendidas, es imposible negar el enorme impacto que han tenido sobre la congestión judicial. ¿Cómo lograr entonces que las EPS concedan el POS jurisprudencial sin necesidad de acudir ante los jueces o ante la acción de tutela? La solución ahora, tanto del legislador como de la Corte, ha sido la de buscar la desjudicialización de la salud sin que ello implique, de ninguna manera, un abandono de las actuales reglas del POS jurisprudencial.

Para ello se ha acudido al órgano legislativo que expidió la Ley 1122 de 2007. En esta norma, el legislador decidió, quizás por primera vez, cooperar con la Corte Constitucional en vez de impedir su intervención en temas de salud. En esta ley, por tanto, no hay ningún esfuerzo por reducir o eliminar el POS jurisprudencial. Más bien, su propósito de focaliza en desjudicializar la salud siempre y cuando se mantengan los actuales niveles de protección de los ciudadanos colombianos. Para ello se buscó fortalecer la capacidad de la Superintendencia de Salud para que interviniese, como conciliador o como juez, en las relaciones entre consumidores y prestadores del servicio. De igual forma se intentó dar mayores competencias a los Comités Técnico Científicos<sup>120</sup> para que ellos arbitraran las diferencias entre los médicos tratantes y el POS, permitiendo así un recobro más expedito al Fosyga.

La Ley 1122 de 2007 fue declarada exequible y constitucionalmente respaldada por la Corte en las Sentencia C-117 y C-316, ambas del año 2008. El ámbito de aplicación de la ley fue incluso expandido por la Corte en un aspecto crucial en la Sentencia C-463 de 2008. Finalmente, la Corte expidió la Sentencia T-760 de 2008 en la que se pretendió hacer una compilación de toda la problemática actual de la salud en Colombia. En más de 400 páginas la Corte busca hacer un mapeo general de los actuales problemas del sistema de salud que, en cierto sentido, podría decirse, está en un momento inestable y de crisis. En la sentencia, la Corte sigue apostándole a la desjudicialización,

<sup>120</sup> Estos comités, en términos generales, tienen la obligación de revisar los casos presentados por el paciente y por el médico tratante.

pero trata de anclar el respeto hacia su jurisprudencia por parte de los actores del sistema, sin que sea estrictamente necesaria la participación de los jueces mediante acciones de tutela. La sentencia, en ese sentido, ha sido bien recibida por parte de estos actores: en ella hay una marcada sensibilidad a los reclamos y argumentos de todos los que ven, así sea parcialmente, sus posiciones y quejas vindicadas. La Corte, pues, dibuja un diseño de cumplimiento total de obligaciones dentro del sistema que podría mejorar significativamente el estado actual de cosas. Todo ello lo hace sin abandonar el POS jurisprudencial, que ha defendido durante tanto tiempo y que ha sido, en cierta medida, la piedra de toque de su intervención en la salud. Intervención desestabilizadora y perturbadora, desde el punto de vista de algunos; necesaria y progresista, desde el de otros. Con la Sentencia T-760 de 2008 la Corte ha entrado en las grandes sentencias de panorámica, donde busca agregar información sobre el impacto de su jurisprudencia sobre su subsector social o económico. Estas sentencias, como ha ocurrido con el tema del desplazamiento, aumentan la participación de la Corte en las políticas públicas del sector. Su participación como regulador del sistema de salud crece, a la par que busca hacer más consciente en su análisis la relación entre sistema y derecho<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Como reacción a estas decisiones judiciales se expidió la Ley 1438 de 2011.





