

Sentencia C-120/13

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA Y SUS EFECTOS CIVILES-Exequibilidad condicionada de la expresión “de la familia y de los hijos menores”, contenida en el literal d) del artículo 7° de la ley 1531 de 2012

La expresión “de la familia y de los hijos menores” contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, es declarada exequible, bajo el entendido de que dicho literal incluye también a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad, al igual que ocurre con quienes dependen económicamente del desaparecido por razón de sus estudios, máximo hasta los 25 años de edad (artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993), y a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido.

LEY QUE CREA ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICIÓN FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA Y SUS EFECTOS CIVILES-Inexequibilidad de la expresión “cuando se trate de un servidor público”, contenida en el literal d) del artículo 7° de la ley 1531 de 2012

Acerca del tratamiento diferente que, en materia de pago de salarios da el precitado literal d) a los allegados de los trabajadores particulares que han sido desaparecidos forzosamente o de otra manera involuntaria, en relación con el dado a los servidores públicos que se encuentran en las mismas condiciones, se declarará inexequible la expresión “, cuando se trate de un servidor público” , contenida en dicho literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, por ser contraria al derecho constitucional a la igualdad (art. 13 Const.).

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA-Jurisprudencia constitucional/**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Concepto/**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Competencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA Y RELATIVA-Distinción

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Alcance

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Elementos que la configuran/**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA**-Condiciones

En sus decisiones sobre posibles omisiones legislativas relativas, la Corte se ha referido a las circunstancias que deben concurrir para que esta situación pueda tenerse por acreditada, planteando la necesidad de verificar la presencia de cinco elementos esenciales: Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador. La doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Titularidad

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Requisitos

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Juez competente

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Trámite

ACCION DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Derechos y efectos

ESPECIAL PROTECCION DE POBLACION DISCAPACITADA NO ADMITE RESTRICCIONES A SUS DERECHOS BASADAS EN LA EDAD-Jurisprudencia constitucional

PROTECCION ESPECIAL A PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-Jurisprudencia constitucional

DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Protección frente a las víctimas/DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA Y OTRAS FORMAS DE DESAPARICION INVOLUNTARIA-Inclusión de protección a hijos en situación de discapacidad y a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido

DECLARACION DE AUSENCIA-Tratamiento diferente respecto a pago de salarios u honorarios correspondientes a los trabajadores particulares desaparecidos vulnera derecho a la igualdad

Referencia: expediente D-9235

Demanda de inconstitucionalidad contra expresiones del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012 (*“Por medio de la cual se crea la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles”*).

Demandante: Cristian Hernán Gómez Navarro

Magistrado ponente:
NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., marzo trece (13) de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución, el ciudadano Cristian Hernán Gómez Navarro demandó algunos segmentos del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012 (*“Por medio de la cual se crea la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles”*).

Mediante auto de agosto 21 de 2012, el Magistrado sustanciador admitió la demanda y dispuso que se fijara en lista el presente proceso, dando traslado al Procurador General de la Nación para que rindiese su concepto. También ordenó comunicar la iniciación del asunto a los señores Presidentes de la República y del Congreso, y a los Ministros del Interior, de Justicia y del Derecho, de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo.

Igualmente invitó al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a los Directores del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, de la Agencia Nacional de Inteligencia y del

Área de Justicia del Observatorio Internacional sobre el Proceso de Desmovilización y Reintegración y la Aplicación de la Ley de Justicia y Paz, así como a las facultades de derecho en Bogotá de las Universidades Nacional de Colombia, Santo Tomás, Javeriana, Externado de Colombia, del Rosario y de los Andes, al igual que a las de Antioquia, del Norte e Industrial de Santander, por intermedio de sus Decanos, de la misma manera que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia; al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia); a la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad de la Organización de los Estados Americanos (OEA); a la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas; a la Asociación de Familiares de Detenidos – Desaparecidos (ASFADDES); a la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; a la Corporación Jurídica Libertad; y a la Fundación País Libre, con el objeto de que, si lo estimaban pertinente, opinaran sobre la exequibilidad de lo demandado.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, resaltando las expresiones demandadas.

“LEY 1531 de 2012

(mayo 23)

Diario Oficial No 48.840 de 24 de mayo 2012

Por medio de la cual se crea la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles

*EL CONGRESO DE COLOMBIA,
DECRETA:*

... ..

Artículo 7°. Efectos. La Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria tendrá los siguientes efectos:

... ..

*d) Garantizar la protección de los derechos **de la familia y de los hijos menores** a percibir los salarios, **cuando se trate de un servidor público;***

... ..”

III. LA DEMANDA.

3.1. El actor afirmó que con las expresiones *“familia”* e *“hijos menores”* impugnadas se desconocen los artículos 1°, 13 y 95.2 de la Constitución, al incurrirse en una omisión legislativa relativa, por no incluir un grupo de personas que, en su sentir, también tienen derecho a percibir el beneficio económico que consagra el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012.

Explicó que se cumplen los presupuestos para la configuración de la omisión legislativa relativa, habida cuenta que se verifica: (i) la existencia de la norma sobre la cual se predica tal omisión; (ii) ésta excluye de sus efectos a la pareja homosexual del desaparecido y a los hijos mayores que se encuentren en situación de discapacidad y que dependan económicamente de él; (iii) el trato diferenciado no obedece a una razón objetiva ni suficiente; (iii) además, al carecer de tal justificación, se produce una desigualdad frente a los sujetos que sí son beneficiados con lo previsto en la norma; (iv) tal omisión implica el incumplimiento de un deber constitucional del legislador, pues no garantiza que el derecho a la igualdad sea real y efectivo para la pareja del mismo sexo cuando sea el caso, ni para los hijos que se encuentren en la situación referida.

3.2. Señaló que el término familia expresado en la norma no incluye a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues la interpretación textual del artículo 42 superior implica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, en tanto que la familia natural se constituye por la voluntad responsable de conformarla, llegando a la conclusión que la familia que el constituyente protege es la monógama y heterosexual, por lo cual la pareja homosexual quedaría desprotegida en el evento de que uno de

sus integrantes fuese víctima de desaparición forzada, no pudiendo el compañero o compañera percibir el salario que venía devengando.

3.3. Afirmó que lo mismo sucede con el término *hijos menores*, como quiera que tal expresión no permitiría que los hijos mayores que tengan una discapacidad y dependan económicamente del desaparecido puedan reclamar los salarios de su padre o madre, según el caso.

3.4. Manifestó además que la expresión “, *cuando se trate de un servidor público*”, que también acusa, conlleva que la declaración de ausencia únicamente permite a la familia y a los hijos menores percibir dichos salarios, cuando el desaparecido sea “*servidor público*”, quedando excluidas aquellas personas cuyo familiar desaparecido sea un trabajador particular, lo cual estima que contraría el derecho a la igualdad fijado en el artículo 13 superior.

Explicó que en el fallo C-400 de 2003, en un caso similar donde se establecía un trato diferenciado para las víctimas del delito de secuestro a percibir los salarios, cuando el secuestrado era un servidor público, la Corte concluyó que la norma acusada era inconstitucional, pues generaba un trato desigual entre los familiares del servidor público y los de trabajadores particulares, desconociendo el deber de solidaridad de los empleadores privados con los familiares de la persona privada de su libertad.

Planteó entonces que “*la norma tal como está contribuye en la situación de vulnerabilidad de los familiares y desconoce el deber de solidaridad que tienen los particulares frente a las situaciones de debilidad manifiesta de los familiares del desaparecido, quienes pueden ver afectada su salud y su estabilidad económica al no contar con los recursos para llevar una vida acorde con las necesidades que surgen*”¹.

Conforme con lo anterior, solicitó dictar una “*sentencia integradora*”, en el sentido de que los términos “*familia*” e “*hijos menores*” del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, sean interpretados incluyendo a la pareja del mismo sexo del desaparecido y a los hijos mayores discapacitados que dependan económicamente de él. También pidió declarar inexecutable la expresión “*servidor público*”, al estimar que conculca el artículo 13 superior.

IV. INTERVENCIONES.

4.1. Ministerio de Justicia y del Derecho.

En septiembre 13 de 2012², la apoderada del Ministerio solicitó declarar executable el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, en el entendido de que el beneficio económico sí cubre a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido, y a los hijos mayores en situación de discapacidad³.

Tratándose de la presunta omisión legislativa, al no incluirse a la pareja homosexual del trabajador desaparecido, expresó que podría aplicarse lo consignado en el fallo C-029 de 2009, en cuanto del literal impugnado “*se desprende que los llamados a percibir el beneficio allí consagrado son aquellos con quienes el trabajador desaparecido tiene una relación de afecto, solidaridad y respeto, dentro de los cuales se incluye a los compañeros o compañeras permanentes y que la situación de éstos es asimilable a quienes con vocación de permanencia integran una pareja homosexual, resultaría pertinente una sentencia de executibilidad condicionada..., en el entendido de que dicho literal no excluye a las parejas del mismo sexo...*”⁴.

Con relación a la omisión legislativa relacionada con la no inclusión de los hijos mayores en situación de discapacidad dentro de los llamados a percibir el salario del trabajador desaparecido, indicó que estos se encuentran en una situación asimilable a la de los menores y, así, no resulta justificado distinguir entre unos y otros, por lo que podría condicionarse la executibilidad.

Finalmente, solicitó declarar inexecutable la expresión “*cuando se trate de un servidor público*”, pues el beneficio económico no sería extensible a los allegados del trabajador particular, desconociendo el derecho a la igualdad, acorde a lo que se determinó en el fallo C-400 de 2003, donde se analizaron las expresiones “*si este fuera un servidor público*” y “*servidor público*”, contenidas en el párrafo 1° del artículo 10° de la Ley 589 de 2000, retiradas del ordenamiento al no existir razón suficiente que justifique no proteger a la familia de un trabajador particular secuestrado, y sí a la de quien se desenvuelve como servidor público.

¹ F. 7 cd. inicial.

² Fs. 47 a 61 ib..

³ F. 54 ib..

⁴ Íd..

4.2. Departamento para la Prosperidad Social.

En septiembre 13 de 2012⁵, la jefe de la oficina asesora jurídica de dicho Departamento solicitó declarar la exequibilidad condicionada del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, en el entendido de que también los compañeros del mismo sexo y los hijos mayores en situación de discapacidad tienen derecho a percibir los salarios, cuando se trate de un trabajador particular, según las circunstancias previstas en la ley.

Consideró que el trato a las parejas del mismo sexo y a los hijos en situación de discapacidad no puede ser diferente al señalado para la familia y para los hijos menores. En el primer escenario, en su sentir, las parejas del mismo sexo son partícipes del concepto de familia. En el segundo, no debe desconocerse que los hijos mayores con alguna discapacidad dependen totalmente de acompañamiento parental, para el caso si el victimizado es servidor público (al cual contrae su intervención), y de los ingresos por él percibidos, por lo que a la luz de lo establecido en la norma demandada, se estaría incurriendo en una omisión en el reconocimiento de sus derechos, sin justificación alguna para realizar ese tratamiento discriminatorio.

4.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En septiembre 13 de 2012⁶, el delegado del Ministro solicitó declarar exequibles las expresiones demandadas, al estimarlas manifestación de la amplia facultad configurativa del Congreso frente a los efectos civiles de la desaparición forzada, que le brinda cierto margen de acción en el desarrollo de las normas constitucionales y en el cumplimiento de los fines del Estado.

4.4. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá.

En escrito de septiembre 17 de 2012⁷, un docente de dicha facultad solicitó declarar exequibles las expresiones demandadas, pero en su sentir la Corte Constitucional debe aclarar que también cobija a los familiares que dependen económicamente del trabajador particular, para evitar un trato inequitativo.

Explicó que hasta hace poco en el ordenamiento jurídico, *“la familia estaba restringida a esa que expresamente consagraba el artículo 44 de la Constitución Política conformada por un hombre y una mujer”*⁸. No obstante, dice que la doctrina cambió a partir de la sentencia C-577 de 2011 cuando, según asevera, la Corte aclaró su posición, afirmando que las parejas homosexuales también se incluyen dentro del concepto de familia. Por lo tanto, en su sentir, la acusación del demandante es *“improcedente”*⁹.

Frente al segundo cargo, señaló que se presenta una discriminación ostensible e injustificada, porque de acuerdo con el derecho de familia no son solo los hijos menores de edad los que dependen de sus progenitores, sino también aquellos mayores que *“siguen siendo hijos de familia es decir, las personas con discapacidad mental interdictas con patria potestad prorrogada”*¹⁰.

Así, anotó que la ley también omitió incluir a los hijos mayores que por incapacidades físicas no puedan defenderse por sí mismos, a las personas que padecen discapacidad mental, y a los ancianos y *“desvalidos”* que dependan del desaparecido. Agregó *“que no existe una razón que valide dicha exclusión y más bien parece ser una omisión del legislador (una falla más que anotarle a la ley), por lo que estimamos que en este aspecto tendría que hacerse la respectiva aclaración por parte de la Corte Constitucional”*.

En un enfoque más bien reglamentario, opinó que también se presenta una omisión legislativa frente a *“la forma como deben ser entregados los recursos a los beneficiarios y el modo como ellos deben servirse de esos recursos”*, columbrando la dificultad que el aplicador de esta preceptiva al no saber si el valor se distribuye *“entre los familiares de la misma manera como el seguro por muerte o la sustitución de la mesada pensional (por mitades entre los cónyuges o compañero permanente y los hijos y cuando se trate de otros sujetos por cabezas), o si tendrá que hacer la entrega al administrador de los bienes del ausente y hasta allí llega la responsabilidad de la administración”*.

⁵ Fs. 47 a 61 ib..

⁶ Fs. 71 y 72 ib..

⁷ Fs. 76 a 82 ib..

⁸ F. 77 ib..

⁹ Íd..

¹⁰ F. 79 ib..

Por otro lado, señaló que la extensión del gravamen a los particulares, como pretende el demandante, si bien haría la ley más equitativa, es *“necesario hacer notar la dificultad económica que puede generar para un empleador una obligación de esta naturaleza”*.

4.5. Defensoría del Pueblo.

En escrito de septiembre 20 de 2012¹¹, el defensor delegado para asuntos constitucionales y legales solicitó declarar la exequibilidad condicionada del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, siempre que se entienda que sus previsiones se aplican tanto a las parejas del mismo sexo, como a los hijos mayores en situación de discapacidad o que están estudiando y dependen económicamente del desaparecido. Pidió además declarar inexecutable la expresión *cuando se trate de un servidor público*, por vulnerar el artículo 13 superior, que consagra el derecho a la igualdad.

Señaló que la situación en la que podría encontrarse el homosexual respecto de la afectación del mínimo vital, en razón a la desaparición del compañero que le sustentaba económicamente, es asimilable a la que padece la pareja heterosexual, razón por la cual, en virtud del artículo 13 de la Constitución, debe recibir igual tratamiento legal, sin que pueda haber consideración diferente respecto a las medidas que contribuyan a paliar esta calamidad, como lo sería el derecho a percibir los salarios correspondientes.

Agregó que *“una interpretación sistemática de la Ley 1531 de 2012 podría dar a entender que el derecho a percibir los salarios que corresponderían a la persona desaparecida también cubre a las parejas homosexuales, en la medida en que el artículo 3° define como titulares de la acción de Declaración de Ausencia por Desaparición al ‘cónyuge, compañero o compañera permanente o pareja del mismo sexo...’ No obstante, para evitar interpretaciones restrictivas del derecho que la norma establece, esta entidad estima necesario que la disposición demandada lo consagre expresamente”*.

Por otro lado, frente a la expresión *“hijos menores”*, le encuentra razón al demandante, pues no solo posibilita la exclusión de protección a los hijos mayores en situación de discapacidad, sino a otros mayores que dependen económicamente de la víctima, por ejemplo por encontrarse estudiando. Así, la persona beneficiaria del salario lo es no solamente por su relación filial con el ausente, sino porque dependía económicamente de él.

Con respecto a la expresión *“servidor público”*, estimó que no existe fundamento constitucional que justifique el tratamiento diferente que, en materia de pago de salarios, dispensa el precepto demandado a los familiares de servidores públicos desaparecidos, frente a los de trabajadores particulares que se encuentren en el mismo supuesto consagrado en el artículo 7° *ibídem*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

En concepto 5455 de octubre 10 de 2012¹², el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar executable *“la expresión ‘de los hijos menores’, contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, bajo el entendido de que, además de los derechos de la familia y de los hijos menores a percibir los salarios de la persona desaparecida, se debe garantizar los derechos de las personas que dependen económicamente de la persona desaparecida y que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, que comprometa su subsistencia”*. Pidió además que se declare executable la expresión *“cuando se trate de un servidor público”*¹³.

Explicó que la expresión *“hijos menores”* no es *per se* contraria a la Constitución, pues se trata de individuos en situación de debilidad manifiesta, pero *“no se puede pasar por alto que otras personas que dependen económicamente de la persona desaparecida, también pueden encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los hijos mayores de edad en situación de discapacidad, o que por razón de sus estudios, hasta los 25 años como límite máximo, sigan dependiendo de la persona desaparecida. O como también es el caso de los padres ancianos o discapacitados de la persona desaparecida, o de sus hermanos, entre otros”*¹⁴.

También indicó que no es posible en términos constitucionales equiparar a los servidores públicos y a los empleados particulares, como quiera que *“pretender que los particulares deban seguir pagando el salario de sus trabajadores particulares desaparecidos a las personas que dependen económicamente de ellos, desborda el alcance y el sentido del principio de solidaridad... este tratamiento especial, o distinto del que se da a los empleados particulares, se basa en que unos y*

¹¹ Fs. 83 a 92 *ib.*.

¹² Fs. 100 a 107 *ib.*.

¹³ Fs. 106 y 107 *ib.*.

¹⁴ F. 104 *ib.*.

otros tienen una relación laboral contractual con un sujeto de derecho diferente, con un régimen de responsabilidad diverso y con una fuente de recursos diferente”¹⁵.

Por lo tanto, refirió que imponerle al empleador una obligación igual a la del Estado generaría un desequilibrio de las cargas, pues como es lógico, el pago del salario por parte de los empleadores particulares a sus trabajadores no es una acción humanitaria, sino una contraprestación que, en justicia, corresponde a la labor desempeñada por éstos.

Sin hacer referencia al enfoque del demandante sobre la exclusión de la pareja homosexual, agregó que *“la desaparición no es un asunto que tenga conexidad con el trabajo particular, o un riesgo de la actividad propia de este trabajo. Dado que el trabajo debe tener un objeto lícito, no se vislumbra la razón por la cual un trabajador particular puede ser víctima de desaparición forzada por el hecho mismo de su trabajo”*¹⁶.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 241 superior, la Corte es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por vicios de contenido material o de fondo, como por aquellos de carácter formal o procedimental suscitados en su formación, siendo la presente acción fruto de reproches de fondo contra algunas expresiones contenidas en el literal d) del artículo 7º de la Ley 1531 de 2012.

2. Lo que se debate.

Según el actor y algunos intervinientes, debe declararse la exequibilidad condicionada de la expresión *“de la familia y de los hijos menores”* del referido literal d), porque se incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir también a la pareja del mismo sexo y a los hijos mayores en situación de discapacidad y que dependan económicamente del desaparecido, con lo cual se ignora el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior, que así mismo se contraría con el segmento normativo *“, cuando se trate de un servidor público”*, que excluye a aquéllos cuyo familiar desaparecido sea un trabajador particular, frente a lo cual el Ministerio de Justicia y del Derecho consideró procedente pronunciarse en igual sentido al expresado en la sentencia C-400 de mayo 20 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, pues no hay razón que justifique dejar por fuera de auxilio a la familia de un trabajador particular desaparecido.

Con todo, el Procurador solicitó declarar exequible esta última expresión, indicando que imponerle al empleador particular una obligación igual a la del Estado, generaría un desequilibrio contra quien no está en el deber de asumir acciones humanitarias.

Corresponde entonces a esta corporación determinar si las censuras invocadas en la demanda contra la previsión *“de la familia y de los hijos menores”*, cumplen los presupuestos propios de los cargos por omisión legislativa y, de constatarse su cumplimiento, proceder al respectivo análisis de fondo, junto con la connotación *“, cuando se trate de un servidor público”*, todo del literal d) del artículo 7º de la Ley 1531 de 2012, particularmente acerca de si se está quebrantando el derecho a la igualdad de grupos humanos que merecen un trato equiparable.

3. La jurisprudencia constitucional acerca de las omisiones legislativas.

3.1. Desde sus inicios, la jurisprudencia de esta corporación ha previsto que una norma legal puede resultar violatoria de la Constitución, no solo por la oposición que frente a ella pueda derivarse de su contenido material, sino por la ausencia de desarrollos legales indispensables para realizar la preceptiva constitucional en un tema específico.

En cuanto a la posible inconstitucionalidad por la omisión en que pudiere incurrir el legislador¹⁷, cabe recordar la diferencia existente entre la denominada *omisión absoluta*, si no ha producido

¹⁵ F. 106 ib..

¹⁶ Íd..

¹⁷ Cfr., entre otros, en fallos de 2004, C-562 (junio 1º, M. P. Jaime Araújo Rentería) y C-865 (septiembre 7, M. P. Rodrigo Escobar Gil); de 2005, C-800 (agosto 2, M. P. Alfredo Beltrán Sierra), C-823 (agosto 10, M. P. Álvaro Tafur Galvis) y C-1154 (noviembre 15, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); de 2006, C-891A (noviembre 1º, M. P. Rodrigo Escobar Gil); de 2007, C-208 (marzo 21, M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-394 (mayo 23, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-831 (octubre 10, M. P. Jaime Córdoba Triviño) y C-1004 (noviembre 22, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto); de 2008, C-463 (mayo 14, M. P. Jaime Araújo Rentería), C-540 (mayo 28, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-542 (mayo 28 de 2008, M. P. Jaime

norma alguna en relación con la materia de que se trate, y la *omisión relativa*, donde sí existe legislación vigente, pero imperfecta, por ausencia de un enfoque concreto sobre algún aspecto o aspectos específicos, no obstante el deber constitucional de procurar su apropiado desarrollo legal.

Respecto de la enunciada distinción, la Corte ha señalado que carece de competencia para pronunciarse en el caso de *omisión absoluta*¹⁸, dado que es de la esencia del juicio de constitucionalidad la existencia de una norma legal específica, como referente sobre la cual debe recaer el análisis. *Contrario sensu*, resulta procedente ocuparse de las eventuales *omisiones relativas*¹⁹, habida cuenta que en ese evento sí existe un precepto legal a cotejar y es factible obtener así una conclusión de exequibilidad, a partir de la confrontación con textos superiores, de los que emane el deber constitucional incumplido por el legislador.

Esta corporación ha resaltado la importancia del control sobre las omisiones legislativas relativas, para asegurar la efectividad de la encomendada guarda de la integridad de la Constitución (art. 241 Const.), pues de esta forma, sin afectar la autonomía del órgano legislativo que ya ha decidido ocuparse de una determinada materia, dentro de su facultad de configuración, se garantiza que las normas así emanadas del representante de la voluntad general no ignoren los criterios y deberes mínimos, que por decisión del constituyente deben atenderse en relación con el tema respectivo.

3.2. Ahora bien, pese a que lo más frecuente es que las omisiones legislativas relativas acarreen discriminaciones, con la consecuencial vulneración del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha aclarado que este no es el único escenario en el que aquéllas pueden plantearse, siendo posible observar situaciones en las que el precepto ignora algún tipo de elemento normativo, que conforme al texto superior es imperativo regular.

Dentro de esas exigencias constitucionales puede mencionarse la de incorporar determinados objetivos al momento de regular una materia, incluir ciertas etapas esenciales en la regulación de un procedimiento, brindar oportunidades de participación a algunos grupos humanos previamente a la decisión sobre temas que puedan afectarlos, y otras semejantes.

En sus decisiones sobre posibles omisiones legislativas relativas, la Corte se ha referido a las circunstancias que deben concurrir para que esta situación pueda tenerse por acreditada, planteando la necesidad de verificar la presencia de cinco elementos esenciales²⁰:

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

En esa sentencia C-185 de 2002 agregó la Corte que la *“doctrina de esta corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso”*.

Por otra parte, siempre que concurren los presupuestos referidos, esta corporación ha admitido el planteamiento de eventuales omisiones legislativas relativas, incluso respecto de normas legales

Córdoba Triviño); de 2009, C-314 y C-522 (mayo 5 y agosto 4, respectivamente, en ambas M. P. Nilson Pinilla Pinilla); de 2010, C-942 (noviembre 24, M. P. Juan Carlos Henao Pérez) y C-373 (mayo 12, M. P. Nilson Pinilla Pinilla); de 2011, C-881 (noviembre 23, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁸ Tratándose de la omisión legislativa absoluta, ver entre otros, los fallos C-543 de octubre 16 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-780 de septiembre 10 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1154 de noviembre 15 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-192 de marzo 15 de 2006 y C-542 de mayo 28 de 2008, ambas con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

¹⁹ Con relación a la omisión legislativa relativa se pueden consultar, entre otros, los fallos C-185 de marzo 13 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-823 de 2005; C-891A de 2006; C-208 y C-394 de de 2007 y C-463 de 2008, todos ya referidos.

²⁰ C-185 de 2002, reiterada en C-942 de 2010, ambas precitadas.

expedidas con anterioridad a los preceptos superiores frente a los cuales se predicaría la omisión, casos en los que tendría el carácter de sobreviniente²¹.

3.3. La Corte ha indicado que en caso de acreditarse la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, la restauración de la integridad de la Constitución depende de las particularidades del error encontrado y del contenido específico de la norma de la cual se predica. En algunos casos, la solución consiste en la remoción, previa declaratoria de inexecutable, del ingrediente normativo específico que puede considerarse causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, excluyendo circunstancias que debieron quedar cobijadas.

En otros, la Corte Constitucional dicta una sentencia integradora o aditiva, en la que declara que la disposición demandada es executable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas y adicionales a las que la norma expresamente contempló, precisamente aquellas sobre las cuales se encuentre probada la alegada omisión legislativa²².

4. Análisis del primer cargo: ¿el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, al no incluir a la pareja del mismo sexo?

4.1. La demanda invoca una omisión legislativa relativa, que consiste en que al incluir el término *familia* en el ámbito de protección de la declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, el legislador excluyó a la pareja del mismo sexo, a la cual también debería estar dirigida tal garantía y, por ende, tendría derecho a percibir el beneficio económico consagrado en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012.

Así el demandante, y con él algunos intervinientes, consideran contrario a la Constitución que, según la asunción textual del artículo 42 superior, la pareja homosexual quede desprotegida en el evento de que el compañero (a) sea víctima de desaparición forzada o involuntaria y no pueda acceder al salario que venía devengando, en cuanto la noción de familia sustentada en vínculos jurídicos se funda en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o en la voluntad responsable de conformarla, protegiéndose únicamente a la familia monógama y heterosexual.

4.2. En el fallo C-811 de octubre 3 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra²³, esta corporación analizó una demanda que planteaba una omisión legislativa relativa proveniente directamente del término *familiar*, contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993²⁴, sobre quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, sin incluir a quienes están fuera del concepto, como las parejas o grupos de personas del mismo sexo.

En esa ocasión, la Corte consideró que debía condicionarse la executable de dicha norma, en el entendido de que la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud del régimen contributivo también se aplica a las parejas del mismo sexo, pues impedir la vinculación de un individuo homosexual como beneficiario de su compañero o compañera al sistema, configura un déficit de protección y una forma de discriminación que afecta sus derechos fundamentales, por la condición sexual de quien exterioriza su voluntad de formar una pareja.

4.3. Ahora bien, para realizar el estudio de constitucionalidad del vocablo *familia*, objeto del presente análisis, podría realizarse una interpretación sistemática de la Ley 1531 de 2012, para determinar si en realidad el Congreso omitió incluir a la pareja del mismo sexo como titular del derecho a percibir los salarios del desaparecido, desconociendo con ello la igualdad.

²¹ Situación similar se analizó desde la sentencia C-1549 de noviembre 21 de 2000, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez, al igual que en C-562 y C-865 de 2004; C-891A de 2006; C-831 de 2007; C-540 y C-542 de 2008 y C-522 de 2009, ya reseñadas.

²² Cfr. C-1230 de noviembre 29 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-038 de febrero 1 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ Con salvamento de voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla y aclaración de voto de la Magistrada Catalina Botero Marino.

²⁴ “*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.*”

4.4. El motivo que llevó a consagrar la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, está en el ánimo de *“instituir una herramienta legal que proteja el derecho a la personalidad jurídica, al estado civil y la integridad mental de las víctimas de desaparición forzada y reforzar la normatividad existente para que las distintas autoridades competentes, las víctimas, sus familiares y la sociedad colombiana cuenten con un instrumento idóneo que proteja y reconozca esos derechos”*, dispuesto de tal forma que la declaración *“pueda ser solicitada por el cónyuge, compañero o compañera permanente o **pareja del mismo sexo, cuando es del caso**, y los parientes dentro del tercer (3) grado de consanguinidad, segundo (2) de afinidad o primero civil o por el Ministerio Público”*²⁵ (no está en negrilla en el texto original).

El procedimiento, que debe ser gratuito, contempla términos reducidos para la publicación de los edictos y del fallo respectivo, siendo posible sustituir la sentencia de muerte presunta por desaparecimiento por la declaratoria de ausencia por desaparición forzada, garantizándose que no se producen efectos de prescripción penal, ni se impide que el Estado continúe investigando hasta cuando aparezca la persona o sus restos mortales sean identificados. Además, se prohíbe a la autoridad encargada de la asistencia humanitaria, exigir a las familias de las víctimas requisitos, como la declaración de muerte presunta o la presentación de un certificado de defunción²⁶.

4.5. Así la Ley 1531 de 2012, en el primero de sus diez artículos, hace referencia a su objeto, que consiste en crear la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, y sus efectos civiles, señalando que su difusión y pedagogía estará a cargo del Gobierno Nacional, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas y las entidades territoriales.

El artículo 2° se refiere a la situación jurídica de quienes no se tenga noticia de su paradero y no hubieren sido hallados vivos ni muertos, sin que en ningún caso pueda exigirse que transcurra un determinado lapso desde que se tuvo la última noticia del desaparecido y la presentación de la solicitud de la declaración.

Por su parte, el artículo 3° preceptúa (no está en negrilla en el texto original):

*“Artículo 3°. Titulares. Podrán ejercer la acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria, el cónyuge, compañero o compañera permanente o **pareja del mismo sexo**, y los parientes dentro del tercer (3) grado de consanguinidad, segundo (2) de afinidad o primero civil, o el Ministerio Público.”*

También señala los requisitos que la demanda deberá contener, a saber, la designación del juez a quien se dirija; el nombre, edad y domicilio del demandante y parentesco con el desaparecido; y los hechos que sirvan de base a la pretensión, debidamente determinados, clasificados y numerados, tales como estado civil del desaparecido, relación de sus bienes, nombre y edad de sus hijos, nombre de su cónyuge, compañera o compañero permanente, o pareja del mismo sexo y la actividad que desempeñaba quien desapareció.

El artículo 4° plantea que será competente para conocer de la acción *“el juez civil del último domicilio del desaparecido o del domicilio de la víctima a elección de esta”*.

El artículo 5° dispone, en cuanto al trámite, que recibida la solicitud para la declaración, el juez requerirá a la Fiscalía General de la Nación o al Ministerio Público que conociere de la denuncia o queja, para que verifique la presentación de la misma y ordene su inscripción en el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC) y la publicación en un diario de amplia circulación nacional. Se agrega que el trámite se orientará por los principios de inmediatez, celeridad y derecho a la verdad.

Acerca de la sentencia, el artículo 6° indica que transcurridos dos meses desde la publicación de la denuncia, el juez procederá a dictarla en un plazo no mayor de quince días, declarando los derechos y efectos consagrados en el artículo 7° , entre los cuales se encuentra:

- a) Garantizar y asegurar la continuidad de la personalidad jurídica del desaparecido.
- b) Garantizar la conservación de la patria potestad del desaparecido, en relación con sus hijos menores de edad.

²⁵ Gaceta del Congreso N° 452 de julio 23 de 2010, pág. 9.

²⁶ *Ibidem*.

c) Garantizar la protección del patrimonio de la persona desaparecida, incluyendo los bienes adquiridos a crédito cuyos plazos de amortización se encuentren vigentes.

d) Garantizar la protección de los derechos de la familia y de los hijos menores de edad a percibir los salarios, tratándose de un servidor público.

Dicho artículo también refiere que el juez fijará como fecha de la ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, el día del hecho consignado en la denuncia o queja. Agrega que en caso de aparecer vivo el declarado ausente por desaparición forzada, habrá lugar a la rescisión de la sentencia.

4.6. En ese orden de ideas, cabe destacar que aun cuando el referido artículo 3° legitima a la pareja del mismo sexo para ejercer la acción por desaparición, en el artículo 7° se omitió expresarla entre los beneficiarios de ese derecho, lo que al sentir de la mayoría de los integrantes de la Corte Constitucional configura inexecutable por omisión legislativa relativa, al contrariar la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13 superior, por la condición sexual de quien exterioriza su voluntad de formar una pareja, que afecta sus derechos fundamentales y constituye déficit de protección, para contrarrestar el cual se imponía la inclusión expresa.

En esa noción mayoritaria, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de posibilidad real de que un(a) homosexual perciba los salarios de su pareja, cumpliendo las condiciones previstas en la ley para tal reconocimiento, configura un déficit de protección del régimen patrimonial que afecta 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.

Por tal razón, la no inclusión expresa de la pareja homosexual como beneficiaria de los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, porque no ofrece una respuesta adecuada ante situaciones tan apremiantes, como la que busca proteger la Ley 1531 de 2012, argumentos suficientes para concluir que la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa debe ser reparada mediante un condicionamiento que permita entender que la expresión “*de la familia*”, comprende a la pareja del mismo sexo.

5. Análisis del segundo cargo: ¿El legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al expresar únicamente “*hijos menores*” y, eventualmente, excluir a los hijos mayores de edad que se encuentren en situación de discapacidad y a los que dependan económicamente de la persona desaparecida, para acceder a su salario?

5.1. Al encontrar acreditada la presencia de los dos primeros elementos reseñados acerca de las omisiones legislativas, a saber, la exclusión en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, de los hijos mayores que se encuentren en situación de discapacidad y de aquellos que dependan económicamente del desaparecido, se colige, atendiendo al principio de razón suficiente y de justificación sobre tal exclusión, que incluir en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, como receptores de los salarios del desaparecido, a sus hijos menores de edad, configura un trato discriminatorio frente los hijos mayores que se encuentren en situación de discapacidad y que dependan económicamente del desaparecido.

Ciertamente no se percibe justificación válida desde la perspectiva constitucional, ni consta en los antecedentes legislativos²⁷, por qué se niega a esos otros hijos el acceso al beneficio económico consagrado en dicho literal.

5.2. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la especial protección a la población discapacitada no admite restricciones a partir de la edad, dadas sus específicas circunstancias y la especial protección consagrada en su favor en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos²⁸.

La carta política colombiana (artículos 13 y 47) impone el deber de adoptar medidas de discriminación positiva a favor de personas en situación de discapacidad, para que puedan disfrutar, en condición nivelada hasta donde sea posible, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social, como manifestación de igualdad real y efectiva.

²⁷ No hay constancia de cuidadosos debates a que se hubiere sometido la expedición de la Ley 1531 de 2012.

²⁸ Cfr. T-487 de junio 25 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En tal sentido, esta Corte ha señalado que la omisión del trato especial a dicha población puede constituir una medida discriminatoria, *“por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones”*²⁹.

5.3. En cuanto a los hijos que siendo mayores dependan económicamente de su padre o madre, se ha reconocido, para determinar a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio de la Ley 100 de 1993, *“...los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez”*.

En ese orden, para el presente asunto resulta relevante recordar lo resuelto en la sentencia C-451 de mayo 3 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, donde esta corporación declaró la exequibilidad de la expresión *“y hasta los 25 años”*, del literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, considerando:

“... la condición de hijo dependiente por razón de sus estudios no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo como lo pretende el demandante, pues de ser así la consecuencia sería entronizar en la norma un tratamiento que no tomara en consideración otras circunstancias externas, y ni siquiera las condiciones disímiles entre los hijos..., el límite de 25 años de edad para acceder a la pensión de sobrevivientes en el caso de los hijos sin invalidez no puede ser interpretado entonces como un acto de discriminación entre los hijos, o con motivo de la edad, sino como una medida de diferenciación fundada en el hecho objetivo de haber llegado a una etapa de la vida en la cual es sensato suponer que la persona ha adquirido un nivel de capacitación suficiente para trabajar y procurarse su propio sustento.

En efecto, la experiencia indica que la adquisición de la autonomía en las personas tiene un referente cronológico que se ha identificado en los comienzos de la edad adulta, época en la cual se espera que la persona haya culminado sus estudios, incluso los de nivel superior, que la habilitan para enfrentar su destino en forma independiente³⁰. En este sentido la edad de 25 años viene a ser un criterio razonable ya que para ese momento los hijos dependientes de sus padres cuentan, por lo general, con una profesión u oficio que les permite lograr su independencia económica y proveerse su propio sustento, motivo por el cual se encuentra justificada su exclusión como beneficiarios de la sustitución pensional, pues ya no se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad que por lo tanto necesite medidas de protección especial.

Así las cosas, el hecho de que el hijo mayor de 25 años no pueda seguir siendo beneficiario de la pensión de sobrevivientes no quiere significar que quede desamparado sin seguridad social, pues habiendo adquirido a esa edad un grado de formación intelectual debe estar en capacidad de incorporarse a la vía laboral y contribuir al sistema de seguridad social como trabajador dependiente o independiente, con el fin de obtener una pensión de vejez bien sea en el régimen contributivo o incluso en el subsidiado si llegare a carecer de solvencia económica.”

²⁹ C-401 de mayo 20 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ *“Según estudios especializados, la adultez joven o juventud comienza a los 20 años de edad y va hasta los 40 o 45 años, y es un período del desarrollo de la persona donde lo ideal es elegir una pareja, establecer una relación, plantearse la paternidad, lograr amistades duraderas y obtener un trabajo estable. Información tomada del documento ‘El adulto joven’, preparado en el Seminario realizado por Elena Lara M., Cecilia Martínez F., Ma. Paola Pandolfi P., Karin Penroz C., Romina Perfetti M. y Gabriela Pino H., estudiantes de Psicología de la Universidad de Concepción (Chile). En <http://www.apsique.com/tiki-index.php?page=DesaJoven#concep>.”*

5.4. Con todo, existe para el legislador una obligación específica de protección a favor de los desaparecidos y de sus familiares, victimizados a raíz de tal crimen, deber que emana de lo previsto en los artículos 1°, 2°, 5°, 12, 42 y 95 de la Constitución, de los cuales se desprende un compromiso para crear garantías de protección para los allegados contra quienes repercute la afectación moral y material de la desaparición.

5.5. En consecuencia, el legislador incurrió en una inconstitucionalidad por omisión relativa al excluir del efecto jurídico de la protección, emanada del derecho a continuar percibiendo salario, a los hijos que se encuentran en situación de discapacidad y los que siendo mayores máximo hasta los 25 años de edad seguían dependiendo económicamente por razón de sus estudios de quien fue desaparecido, lo cual redundaba en una discriminación, pues los hijos menores de edad no fueron excluidos del régimen de protección que consagra el cuestionado literal d). Se configura entonces una violación al artículo 13 superior, que establece la cláusula general de igualdad, a la vez que se evidencia un desconocimiento de mandatos constitucionales que imponen el deber específico de protección frente a las víctimas del delito de desaparición.

Sobre este particular puede rescatarse del concepto del Procurador General de la Nación, que la expresión *hijos menores* (de edad) no es *per se* contraria a la Constitución, pues se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, pero *“no se puede pasar por alto”* que otros que dependen económicamente del desaparecido, *“también pueden encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, como es el caso de los hijos mayores de edad en situación de discapacidad, o que por razón de sus estudios, hasta los 25 años como límite máximo, sigan dependiendo de la persona desaparecida”*.

6. Por todo lo anterior, se declarará exequible la expresión **“de la familia y de los hijos menores”**, contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, **bajo el entendido de que en dicho literal se incluye también a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad**, al igual que, por la extensión contenida en lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, *“los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes”*, y **a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido**.

7. Análisis del tercer cargo: inexecutable de la expresión “, cuando se trate de un servidor público”, contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, por la posible vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Reiteración del precedente consolidado en la sentencia C-400 de mayo 20 de 2003.

7.1. Según el demandante, esa expresión *“, cuando se trate de un servidor público”* conlleva que la declaración de ausencia permita garantizar la protección de los derechos de la familia y de los hijos en el entendido antes descrito, en cuanto sigan percibiendo retribución laboral, pero sólo cuando el desaparecido tuviere tal calidad, por lo cual estarían excluidas personas cuyo allegado desaparecido fuere un trabajador particular, lo cual contraría el ya referido derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior.

7.2. Para resolver tal cuestión, es necesario retomar el precedente consolidado en la sentencia C-400 de mayo 20 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, mediante la cual fue declarado inexecutable el término *“servidor público”* contenido en los parágrafos 1° y 2° del artículo 10° de la Ley 589 de 2000³¹, que injustificadamente consagraban un tratamiento diferenciado para que se continuara el pago de salarios u honorarios correspondientes a los servidores públicos desaparecidos o secuestrados, mas no ante los trabajadores particulares que padecieren igual acaecer, lo que así mismo constituía una vulneración del artículo 13 constitucional.

A efectos de verificar que esa inconstitucionalidad se presentara, la Corte cuestionó si era admisible frente a la carta política el tratamiento diferente a los trabajadores particulares desaparecidos forzosamente o secuestrados, frente a los servidores públicos que se encontraran en las mismas condiciones, victimización que conllevaba mantener el pago de salarios u honorarios únicamente sobre éstos.

Esta corporación comenzó su análisis de entonces determinando si el distinto tratamiento legal obedecía a un fin aceptable constitucionalmente y si ese fin se podía lograr mediante tal tratamiento diferente, existiendo proporcionalidad entre tal fin y el medio seleccionado.

³¹ *“Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.”*

En ese sentido, señaló que hubiese sido posible inferir que los servidores públicos “se encuentran vinculados a la prestación de servicios estatales y que como en tales actividades se halla involucrado el interés general, de ello se seguiría un tratamiento preferente. No obstante, tal argumentación es equivocada, pues los derechos que reconoce la ley se basan en la calidad de secuestrado o de desaparecido del trabajador y en la determinación de tal calidad no tiene ninguna incidencia la diferencia existente entre la calidad de servidor público o de trabajador particular”.

Se sostuvo de tal manera en el comentado fallo C-400 de 2003 que ni el delito de secuestro ni el de desaparición forzada precisan la condición de servidor público como sujeto pasivo calificado, pues son conductas punibles en las que la posibilidad de agresión del bien jurídico no está supeditada a la concurrencia de una especial cualificación en la víctima.

Desde luego, la calidad de servidor público de la víctima de un delito de secuestro o de desaparición forzada puede tener incidencia en la configuración de circunstancias de agravación punitiva, pero no en la subsunción básica de la conducta en la previsión típica.

Otra eventual justificación del tratamiento diferente que entonces analizó esta corporación, se relacionó con el titular de la obligación de continuar con el pago de salarios u honorarios, ya que mientras el servidor público deriva ese derecho del Estado, el trabajador particular lo hace de su empleador no oficial; con todo, explicó la Corte que dicha razón también se tornaba insuficiente, pues en uno y otro caso existe una relación de trabajo, con igual presencia vinculante del principio de solidaridad, que fundamenta el deber de seguir aportando la retribución. Así, en esa sentencia C-400 de 2003 se concluyó:

“... la Corte no observa ninguna razón que justifique suministrar una protección disminuida a la familia de un secuestrado o desaparecido que sea trabajador particular respecto de la familia de un secuestrado o desaparecido que se desenvuelva como servidor público pues tanto en este caso como en aquél el contenido de injusticia de los delitos es el mismo y también es equivalente la demanda de protección de las familias de las víctimas. Por lo tanto, el legislador no puede establecer un tratamiento diferente entre servidores públicos y trabajadores particulares pues, con miras a la delineación de tal institución, el elemento fundamental no es el estatus ni la clase de vínculo laboral sino la condición de privado injustamente de la libertad.

Privilegiar a los servidores públicos secuestrados o desaparecidos forzosamente sobre los trabajadores particulares víctimas de los mismos delitos plantea una concepción ya superada del acceso a la función pública, concepción según la cual no se accede a ella para servir sino para ser servido, no para comprometerse de forma activa con la realización de los fines estatales sino para adquirir unos privilegios que no están al alcance de aquellos que no pueden vincularse a la administración.”

Agregó que es cierto que existen diferencias entre los servidores públicos y los trabajadores particulares, “pero que en el evento de haber sido secuestrados o desaparecidos forzosamente, el hecho que éstos no guarden un vínculo con el Estado no tiene por qué generar una protección disminuida en materia de derecho a la continuidad en el pago del salario u honorarios. Al hacerlo se consagra un tratamiento discriminatorio que no guarda correspondencia con el marco de protección planteado por la institución pues ya no solo protege la seguridad social y el mínimo vital de las familias de tales trabajadores afectados por tales delitos sino que se brinda una protección especial derivada de la sola condición de servidor público”. Por tanto, declaró la inexecutable de la expresión “servidor público” en ambos párrafos.

7.3. Las semejanzas entre lo contemplado en la preceptiva actualmente bajo observación y el precedente que acaba de ser referido, facilita concluir que el tratamiento diferente que en materia de pago de salarios da el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012 a los allegados de los trabajadores particulares que han sido desaparecidos forzosamente o de otra manera involuntaria, en relación con el dado a los servidores públicos que se encuentran en las mismas condiciones, es contrario a la Carta, al vulnerar el mandato superior de igualdad (art. 13 Const.).

Cabe también recordar, para mayor ilustración, que la expedición de la Ley 1531 de 2012 tuvo como finalidad “instituir una herramienta legal que proteja el derecho a la personalidad jurídica, al estado civil y la integridad mental de las víctimas de desaparición forzada y reforzar la normatividad existente para que las distintas autoridades competentes, las víctimas, sus familiares y la sociedad

*colombiana cuenten con un instrumento idóneo que proteja y reconozca esos derechos*³², sin incluir el beneficio con relación exclusiva a que **“se trate de un servidor público”**, cuya subsiguiente inclusión en el literal d) del artículo 7° evidencia la desigualdad que se ha demandado.

Con todo, el derecho a la continuidad en el pago de salario u honorarios se da hasta tanto se compruebe la muerte, se la declare por presunción o concurra otra circunstancia que ponga fin a ese derecho y a la obligación correlativa del empleador, en cuanto lo mínimo es que el derecho se reconozca mientras se mantenga la situación de incertidumbre generada por el delito.

No es razonable que, sin saberse la suerte final, se ponga fin al reconocimiento del derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios y que esa determinación se ampare en la imposibilidad de que el Estado, la sociedad y, para el caso, el empleador asuman indefinidamente la subyacente exigencia de solidaridad, fundamental principio y deber (arts. 1° y 95-2 Const.), que corresponde admitir mientras la familia sobrelleva la pesada carga impuesta por la desaparición del ser querido.

VII. CONCLUSIÓN

8.1. En síntesis, la expresión *“de la familia y de los hijos menores”* contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, será declarada exequible, bajo el entendido de que dicho literal **incluye también a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad**, al igual que ocurre con quienes dependan económicamente del desaparecido por razón de sus estudios, máximo hasta los 25 años de edad (artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatoria del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993), **y a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido**.

8.2. Acerca del tratamiento diferente que, en materia de pago de salarios da el precitado literal d) a los allegados de los trabajadores particulares que han sido desaparecidos forzosamente o de otra manera involuntaria, en relación con el dado a los servidores públicos que se encuentran en las mismas condiciones, se declarará inexecutable la expresión *“, cuando se trate de un servidor público”*, contenida en dicho literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, por ser contraria al derecho constitucional a la igualdad (art. 13 Const.).

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *“de la familia y de los hijos menores”*, contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, bajo el entendido de que incluye también a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad y a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido.

Segundo.- Declarar **INEXECUIBLE** la expresión *“, cuando se trate de un servidor público”*, contenida en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Presidente

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Magistrado

Ausente con excusa

Con salvamento parcial de voto

³² Gaceta del Congreso N° 452 de julio 23 de 2010, pág. 9.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado Magistrado
Ausente con excusa

NILSON PINILLA PINILLA JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado Magistrado
Con salvamento parcial de voto

ALEXEI JULIO ESTRADA LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Magistrado
Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA C-120/13**

Referencia: Expediente D - 9235.

Demanda de inconstitucionalidad: contra el artículo 7º de la Ley 1531 de 2012.

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Salvo parcialmente mi voto frente a la sentencia C- 120 de 2013, aprobada en la sesión de Sala Plena, del trece (13) de marzo de dos mil trece (2013), por los siguientes motivos:

Comparto la decisión adoptada en forma mayoritaria por la Sala, al declarar la exequibilidad de la expresión “*de la familia y de los hijos menores*” contenida en el literal d) del artículo 7º de la ley 1531 de 2012, bajo el entendido de incluir entre quienes pueden percibir los salarios de la persona desaparecida de manera forzada o involuntaria, a los hijos mayores que se encuentren en situación de discapacidad, al considerar que el legislador había incurrido en una omisión legislativa en contravía de los artículos 13 y 47 de la Carta Política y del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, me aparto de la decisión que declaró la inexecutable de la expresión “*cuando se trate de servidor público*” contenida en el literal d) del artículo 7º de la Ley 1531 de 2012, tras considerar que el legislador no puede dar un trato distinto a las familias e hijos de las personas desaparecidas, tomando en consideración su carácter de servidor público, pues tanto en el caso del servidor público, como en el del trabajador particular desaparecido de manera forzada existe la relación de trabajo, con igual presencia vinculante del principio de solidaridad, que fundamenta la obligación de seguir aportando la retribución de la cual depende su familia.

Considero que resulta desproporcionada la creación a través de la jurisprudencia, de obligaciones en cabeza de los particulares, que el legislador no quiso establecer, imponiendo una carga que resulta extremadamente gravosa para los empleadores, como la prevista en la disposición acusada.

A mi juicio es al Estado al que le corresponde la protección de las personas desaparecidas, aunque no haya sido el agente de su desaparición, motivo por el cual la carga de la atención de los salarios del desaparecido debe ser asumida por éste, con fundamento en el principio de solidaridad que incluye a todos y que puede ser asumida por un Fondo destinado para tal fin. Además, considero que esta posición no implica una variación del precedente contenido en la sentencia C- 400 de 2003, sino una precisión de quien debe asumir dicha obligación.

De esta manera, me aparto de la decisión adoptada por la Sala haciendo las claridades antes expuestas.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
ALEXEI JULIO ESTRADA
A LA SENTENCIA C-120/13**

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA RESPECTO DE EFECTOS DE DECLARACION DE AUSENCIA POR DESAPARICION FORZADA-Argumentos de procedencia debieron hacerse extensivos a familias constituidas por personas del mismo sexo (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-9235

Demanda de inconstitucionalidad contra expresiones del literal d) del artículo 7º de la Ley 1531 de 2012, *“por medio de la cual se la Acción de Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles”*.

Magistrado Ponente:
NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado aclara su voto en la sentencia de la referencia, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la expresión *“de la familia y de los hijos menores”*, contenida en el literal d) del artículo 7º de la Ley 1531 de 2012, bajo el entendido de que incluye también a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad y a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido.

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala Plena, considero que en este caso de debieron reiterar los argumentos expuestos en la sentencia C-577 de 2012, en el sentido que las parejas del mismo sexo constituyen familia, y en esa medida la decisión debió ser la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión *familia* en el entendido que comprendía también la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido.

Fecha ut supra.

ALEXEI JULIO ESTRADA

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
A LA SENTENCIA C-120/13**

Referencia: expediente D-9235.

Demanda de inconstitucionalidad contra expresiones del literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012 *-por medio de la cual se crea la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles-*.

Demandante: Cristian Hernán Gómez Navarro.

Magistrado Ponente:
NILSON PINILLA PINILLA.

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, se presenta aclaración de voto a la decisión adoptada por la Sala Plena dentro del proceso de la referencia, según las razones que se exponen a continuación.

La sentencia C-120 de 2013 resolvió una acción pública de inconstitucionalidad instaurada contra las expresiones *“de la familia”, “de los hijos menores” y “cuando se trate de un servidor público”*, contenidas en el literal d) del artículo 7° de la Ley 1531 de 2012, cuyo texto es el siguiente:

“Efectos. La Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada y otras formas de desaparición involuntaria tendrá los siguientes efectos: (...) d) Garantizar la protección de los derechos de la familia y de los hijos menores a percibir los salarios, cuando se trate de un servidor público; (...).” (En subraya las expresiones demandadas)

En la demanda se señaló que con las expresiones *“familia”* e *“hijos menores”* se incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que no fueron incluidos otros grupos que también tendrían derecho a percibir el salario del desaparecido, como lo son las parejas del mismo sexo y los hijos mayores en situación de discapacidad. También se señaló que la expresión *“cuando se trate de un servidor público”* excluye los casos en los que la desaparición ocurra respecto de trabajadores particulares.

Por su parte la sentencia C-120 de 2013 reconoció la referida omisión legislativa y declaró exequible la norma, bajo el entendido de que incluye también a las parejas del mismo sexo del trabajador desaparecido y a sus hijos mayores en situación de discapacidad. En cuanto al tratamiento diferenciado de los trabajadores particulares, procedió a declarar la inexecutable de la expresión *“cuando se trate de un servidor público”*.

Si bien se comparte la decisión adoptada en la sentencia, es necesario hacer una aclaración acerca de las razones por las cuales se considera deben incluirse las parejas del mismo sexo dentro de *“la protección de los derechos de la familia”* del literal d) del artículo 7°, como se pasa a explicar.

Siguiendo en buena medida la posición jurisprudencial adoptada por la Corte, la sentencia C-120 de 2013 partió de la tesis del *“déficit de protección patrimonial”* para colegir que las parejas del mismo sexo carecen de ciertos beneficios económicos a los que sí tienen derecho las conformadas por hombre y mujer. A partir de ello, consideró que esa diferenciación puede derivar en una afectación de sus derechos fundamentales y generar una discriminación en su contra. Concretamente señaló:

“En esa noción mayoritaria, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de posibilidad real de que un(a) homosexual perciba los salarios de su pareja, cumpliendo las condiciones previstas en la ley para tal reconocimiento, configura un déficit de protección del régimen patrimonial que afecta 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.

Por tal razón, la no inclusión expresa de la pareja homosexual como beneficiaria de los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, porque no ofrece una respuesta

adecuada ante situaciones tan apremiantes, como la que busca proteger la Ley 1531 de 2012, argumentos suficientes para concluir que la inconstitucionalidad de la omisión legislativa relativa debe ser reparada **mediante un condicionamiento que permita entender que la expresión “de la familia”, comprende a la pareja del mismo sexo.**” (Negrilla fuera de texto)

Esta teoría del “déficit de protección patrimonial” ha venido siendo adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en varios pronunciamientos y ha servido para equiparar las prestaciones económicas de las parejas del mismo sexo respecto de las heterosexuales. Entre estos se encuentran las sentencias C-075 de 2007³³, C-811 de 2007³⁴, C-336 de 2008³⁵ y C-029 de 2009³⁶. No obstante, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte dio un importante avance y puso de presente que la protección hasta ese momento había tenido un marcado contenido patrimonial. Puntualmente dijo:

*“Del repaso jurisprudencial que se acaba de efectuar cabe extraer varias conclusiones. En primer lugar, se nota que **la protección a las parejas del mismo sexo principalmente se brinda a partir de beneficios específicos previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales** vinculadas en razón de la denominada unión marital de hecho y que esta tendencia general se mantiene cuando los titulares originales del beneficio o prestación son los cónyuges, pues inicialmente se extiende el ámbito de los favorecidos para incluir a la pareja que conforma la unión de hecho y, sobre esa base, **se produce una extensión posterior que cobija a las parejas homosexuales, por hallarse en situación que la Corte juzga asimilable.**”* (Negrilla fuera de texto)

Así, teniendo en cuenta que en esa oportunidad la Corte debía definir si las parejas del mismo sexo podían constituir familia y matrimonio, lo cual excedía el debate netamente económico, concluyó que resultaba vano acudir a la jurisprudencia proferida hasta el momento³⁷. De esta

³³ En esa oportunidad se dijo: *“Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales **existe un déficit de protección** a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, **resulta discriminatorio**. Así, **no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja**, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan **requerimientos análogos de protección** y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.”* (Negrilla fuera de texto)

³⁴ Dice la sentencia: *“(…) desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo **configura un déficit de protección** del sistema de salud **que afecta sus derechos fundamentales** por razón de la **discriminación** que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja”.* (negrilla fuera de texto).

³⁵ Dice la sentencia: *“En conclusión, como lo ha considerado esta corporación³⁵, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, **configura un déficit de protección** del sistema de seguridad social en pensiones **que afecta sus derechos fundamentales** por razón de la **discriminación** que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja. // En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, **por ahora, y en este caso**, la Corte deriva de tal condición **solo la consecuencia jurídica** del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.”* (negrilla fuera de texto).

³⁶ Dice la sentencia: *“Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, y que, en ese contexto, la diferencia de trato para parejas que se encuentren en **situaciones asimilables** puede plantear **problemas de igualdad** y que, del mismo modo, **la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección** contrario a la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un **mínimo de protección** para ciertos sujetos, **mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad.**”* (Negrilla fuera de texto)

³⁷ Dice la sentencia C-577 de 2011: *“En el contexto hasta aquí trazado, **vano resulta entonces buscar una definición explícita e indubitable de la relación entre la pareja homosexual y la familia**, distinta de la que comporta el reconocimiento de la familia heterosexual y monogámica como única expresión de la institución familiar, pues el lugar y la oportunidad apropiados para desarrollar la cuestión estaba constituido,*

manera, variando la posición sostenida en las providencias anteriores, reconoció que en las relaciones homosexuales confluyen todos los elementos propios de la figura familiar y procedió a reconocer de manera general y abstracta que la familia constitucionalmente protegida incluye también a las conformadas por personas del mismo sexo. Al respecto dijo:

*“La convivencia sustentada en la **afectividad** y en **vínculos emocionales** conjuntos genera una **comunidad de vida** que suele manifestarse en la **búsqueda común de los medios de subsistencia**, en la **compañía mutua** o en el **apoyo moral**, así como en la realización de un **proyecto compartido** que redunde en el **bienestar de cada uno** de los integrantes de la **familia** y en el logro de su **felicidad, todo lo cual es experimentado por los miembros de una unión homosexual** y por todo aquel que forme parte de una familia, cualquiera sea su conformación.*

*La presencia en las uniones homosexuales estables del **elemento que le confiere identidad a la familia** más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, **las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte**, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado **ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales**, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la ‘voluntad responsable de conformarla’ también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales”.*

En cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio, la Corte concluyó que si bien las parejas del mismo sexo eran familia, era el Congreso de la República quien debía adoptar las medidas necesarias para superar el déficit de protección existente en materia de un vínculo jurídico formal a través del cual pudieran solemnizar la unión. Concretamente señaló:

*“En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional **está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo**, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, **así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar**, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.”*

Si bien en la presente aclaración de voto no se discute la necesidad de incluir a las parejas del mismo sexo dentro de los beneficiarios de la acción de persona desaparecida, se considera que el sustento de la protección debe partir de argumentos de igualdad sustancial y no de aspectos predominantemente económicos.

En otros términos, para concluir que las parejas del mismo sexo también son beneficiarias de la acción, es necesario recoger el aporte realizado por la sentencia C-577 de 2011 para desarraigar la tesis del “*déficit de protección patrimonial*” en el concepto de la familia y sobre esa base plantear una argumentación que se funde en criterios sustanciales de igualdad que provienen de la aplicación directa de la Constitución. Estos son que: i) Colombia es un Estado **pluralista** fundado en el respeto de la **dignidad humana** (art. 1°); ii) entre los fines esenciales del Estado está proteger los **derechos y libertades** de todas las personas (art. 2); iii) “*el Estado reconoce, **sin discriminación alguna**, la primacía de los **derechos inalienables** de la persona y **ampara a la familia** como institución básica de la sociedad*” (art. 5); iv) “*todas las personas nacen libres e **iguales** ante la ley, recibirán la **misma protección** y **trato** de las autoridades y gozarán de los **misimos derechos, libertades** y **oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo**” (art. 13); y v) *todas las personas tienen derecho al **libre desarrollo de su personalidad** sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*” (art. 16).*

*precisamente, por las sentencias en las cuales se abordó **el déficit de protección** al que, en variados aspectos, están sometidas las parejas del mismo sexo y, sin embargo, la Corporación **no encontró necesario tratar el asunto o no lo hizo objeto principal de su análisis**, de donde resulta que tampoco es apropiado indagar en decisiones anteriores o coetáneas dedicadas a otras materias y en las que, por lo tanto, no era imperioso **establecer la relación entre las parejas del mismo sexo y el concepto de familia** constitucionalmente protegida, **asunto que, en consecuencia, debe ser examinado en esta oportunidad.**” (Negrilla fuera de texto)*

Este ajuste en la argumentación no resulta fortuito y tiene consecuencias trascendentales. Aplicado al asunto analizado en la sentencia C-120 de 2013, si se parte de que las parejas del mismo sexo deben ser beneficiarias de la declaratoria de persona desaparecida porque existe un “*déficit de protección patrimonial*”, el debate se restringirá netamente a un perjuicio económico y su solución consistirá simplemente en otorgar el mismo beneficio. Por el contrario, si se sostiene que deben ser incluidas porque son instituciones igualmente dignas, en las que confluyen todos los elementos esenciales de una relación familiar y porque Colombia es un Estado pluralista, inclusivo, respetuoso de las libertades y de los derechos, y en donde se prohíbe cualquier forma de discriminación, el argumento ya no estaría dado en un ámbito económico, sino que tendría un contenido sustancial que reconoce la igualdad real y efectiva entre ambos tipos de pareja y que, por tanto, es respetuoso de la Constitución.

Esta concepción de que los aspectos patrimoniales no son el sustento para la protección, ya había sido puesta de presente en la aclaración de voto presentada junto otros tres magistrados a la citada sentencia C-577 de 2011. En esa oportunidad se dijo:

“Las relaciones de pareja tienen un importante contenido económico, como lo tiene la subsistencia en general de cualquier persona o núcleo familiar. Pero éste no es ni su sustento, ni su fundamento, ni su razón de ser.”

2.11.1. Las relaciones de pareja se fundan en **relaciones de vida**; en el amor, en la **solidaridad**, el **afecto**, el **cariño** o la **complicidad de querer hacer una vida juntos**. Las cuestiones patrimoniales son una dimensión de lo humano que está presente en las relaciones de pareja, **pero no son el cemento, el pegante fundamental y básico de las relaciones de pareja**. Incluso en aquellas parejas en que el éxito económico es un asunto vital, la relación de pareja suele tener múltiples aristas que **superan el ámbito de las meras relaciones de negocios, de trabajo o empresariales**. Los **sentimientos**, las **emociones** y los **afectos** suelen tener un lugar privilegiado en el nacimiento, la construcción y la permanencia de las relaciones de parejas. **Estas afirmaciones son ciertas para todas las parejas, con independencia de cuál sea el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la raza, la religión o el origen familiar o nacional de las personas que las conformen. Compartimos por tanto, las afirmaciones que la sentencia hace, en el sentido de entender que las familias de parejas de personas del mismo sexo han sido protegidas constitucionalmente, con un marcado sesgo patrimonial, pero que éste no es su elemento característico.**” (Negrilla y subraya fuera de texto)

En virtud de lo anterior, si bien se comparte la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-120 de 2013, es necesario aclarar el voto en el sentido de considerar que la inclusión de las parejas del mismo sexo dentro del concepto de familia no debe partir de una simple prohibición de discriminación económica. Por el contrario, debe ser el resultado de una igualdad sustancial que les permitan exigir los mismos derechos y condiciones de trato en todos los ámbitos de la vida familiar, desterrando así cualquier forma de discriminación por razones de orientación sexual.

Partiendo de lo expuesto, es necesario hacer una aclaración final acerca de la necesidad de condicionar la exequibilidad de las normas que hablen de familia, al entendido de que también se incluyen las parejas del mismo sexo.

Si se tiene en cuenta que desde la sentencia C-577 de 2011 la Corte ya determinó que “*lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo*”, no debería ser necesario que ni la ley ni la jurisprudencia tuvieran que seguir haciendo la aclaración o el condicionamiento de que el término “*familia*” también incluye a esas parejas. Al ya existir cosa juzgada constitucional en la materia, cualquier ejecutor de la norma debe dar por sentada la inclusión, al punto de que su desconocimiento es violatorio de la Constitución y debe acarrear las sanciones que sean del caso.

Ahora bien, debe reconocerse que en ciertos casos pueden ser necesario “visibilizar” comunidades que históricamente han sido desconocidas y discriminadas por el ordenamiento y ello podría implicar la conveniencia de incluir las diferentes posibilidades cuando se regulen materias relacionadas con parejas, familias, uniones de hecho, matrimonios, etc. Sin embargo, en un Estado humanista las instituciones jurídicas deben ser dinámicas y responder a las necesidades reglamentarias que la sociedad con su evolución demande. Debe comprenderse que la manera en la cual los seres humanos se interrelacionan cambia y con ello también deben hacerlo los principios, valores y normas que rigen su comportamiento. Así, juicios que en una época pudieron hacerse respecto de ciertos hechos, deben ajustarse a los cambios económicos, sociales, políticos, ideológicos y culturales propios de la naturaleza plural y cambiante de las personas. Solo por citar algunos ejemplos, hace doscientos años la esclavitud era legítima; hace menos de cien la mujer no era considerada ciudadana y solo hasta la década de los cincuenta del siglo XX pudo ejercer su derecho al voto; y hace menos de tres décadas las comunidades indígenas no tenían el derecho a

tener una jurisdicción autónoma e independiente regida bajo su propia cosmovisión. Ahora todos son derechos fundamentales.

Es necesario comprender que la garantía del respeto de los derechos humanos, especialmente de los sectores históricamente discriminados, depende del reconocimiento, aceptación y protección de la diversidad y el pluralismo.

Por las razones expuestas, se presenta aclaración de voto a la decisión tomada en la sentencia C-120 de 2013.

Fecha como arriba.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado