



ECONOMÍA Y POLÍTICA

ANÁLISIS DE LA COYUNTURA LEGISLATIVA



No. 28 - Abril 2007 • Comentarios a: molivera@fedesarrollo.org

Director: Mauricio Cárdenas S.

Editores: Mauricio Olivera G. - Natalia Millán U. - Sandra Rozo V.

EXTENSIÓN DE AFILIACIÓN DE PAREJAS DEL MISMO SEXO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: UN PASO LACIA LA EQUIDAD

En la actualidad Colombia se une al debate mundial sobre reconocimientos legales a parejas del mismo sexo. Este reconocimiento ha recorrido un largo camino. En Estados Unidos, el debate ha sido candente, y en algunos estados ya se han reconocido estos derechos. En América Latina este reconocimiento también está en expansión. Por ejemplo, a partir de enero del presente año la unión de parejas homosexuales tiene reconocimiento legal en México, mientras que en Costa Rica y Argentina se está estudiando. En Chile y Perú las comunidades homosexuales están ejerciendo el lobby y la presión necesarios para lograr estos objetivos. Y en Colombia se encuentra en trámite un proyecto de ley que busca conceder derechos patrimoniales y de acceso a la seguridad social a parejas de un mismo sexo. El proyecto ya surtió los primeros debates, fue aprobado por el Senado de la República y en este momento se encuentra a la espera de la aprobación en la Cámara de Representantes y la sanción presidencial.

La presente edición de ECONOMÍA Y POLÍTICA estudia el trámite de este proyecto en el Congreso y analiza, bajo el lente de la economía, los pros y contras de la aprobación de esta ley. FEDESARROLLO considera que el debate sobre los costos fiscales que pueden generar esta ley es necesario. Sin embargo, a lo largo de este análisis FEDESARROLLO argumenta que en este caso los principios constitucionales de universalidad y equidad son más importantes que la restricción de costos.

1. Cronología del proyecto

Durante la presente década se han presentado en Colombia varios proyectos de ley que han propendido por el reconocimiento de los derechos de parejas conformadas por individuos del mismo sexo. Hasta hoy se han presentado cuatro proyectos de ley: 85 de 2001, 43 de 2002, 113 de 2004 y 130 de 2005. Los tres primeros han sido archivados y el último se encuentra en trámite actualmente.

Los proyectos de Ley 85 de 2001 y 43 de 2002 buscaban el reconocimiento de las uniones entre parejas homosexuales (incluido el derecho a conformación y registro), y asimismo propendían por el reconocimiento de los efectos de las uniones registradas o de duración mayor a un año. Dentro de estos efectos se incluía la integración al régimen de seguridad social, el recogimiento de estas uniones como sociedades patrimoniales y la obtención de la nacionalidad para compañeros(a), entre otros. Adicionalmente estas leyes buscaba otorgar garantías de no-discriminación en razón de identidad u orientación sexual. El proyecto 113 de 2004 mantiene las propuestas de conformación, registro e integración al sistema de solidaridad para parejas del mismo sexo, deja a un lado los principios de no-discriminación y agrega prohibiciones para poder constituir parejas del mismo sexo. Dentro de estas prohibiciones se incluye la minoría de edad y otras restricciones para parientes de hasta de cuarto grado de

consanguinidad, y para personas que se encuentran sujetas a cualquier otra unión conyugal. Estos tres proyectos de ley fueron archivados por falta de trámite.

Un nuevo intento se hizo con la radicación del proyecto de la ley No. 130 de 2005, cuyo trámite en el Congreso se inició en agosto del mismo año. Este proyecto busca el reconocimiento de los derechos del Régimen de Seguridad Social (RSS) y patrimoniales a parejas del mismo sexo con los mismos requisitos y condiciones previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes. El proyecto se basa en el principio de universalidad, al cual se hace referencia en el artículo 13 de la Constitución Nacional, y en el derecho de libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16). La exposición de motivos de la ley aclara que la iniciativa no se encuentra atada al concepto de familia ya que la protección social se confiere en primera instancia al individuo y, además, es una responsabilidad del estado social de derecho.

El 6 de junio de 2006 la comisión séptima del Senado aprobó en primer debate el proyecto de ley con 11 votos a favor y 2 en contra. La propuesta fue aprobada a pesar de la conmoción de varios congresistas con respecto a las repercusiones que dicha aprobación podría tener sobre nuevos proyectos de ley para permitir la conformación de matrimonios o la adopción de niños, para parejas del mismo sexo. No obstante, los alcances del proyecto se limitan claramente a la adquisición de los derechos de salud, pensión y patrimonio, sin ninguna implicación con respecto a otros temas. El miércoles 7 de septiembre se inició la plenaria del senado que se prolongó con cuatro debates adicionales. Finalmente, el 11 de octubre de 2006 se realizó la votación del proyecto de ley en la cual se obtuvieron 49 votos a favor y 40 en contra. El proyecto de ley fue aprobado en el Senado de la República.

Con respecto al trámite en la Cámara de Representantes, el 5 de diciembre de 2006 se realizó una audiencia pública sobre el proyecto en la cual los argumentos a favor incluyeron los derechos relacionados con la no-discriminación e igualdad (equidad), mientras que los argumentos en contra se basan en el costo que dicha medida puede traer sobre el sistema de seguridad social. En este debate se

aclaró que de aprobarse la ley las parejas de homosexuales deben quedar sujetas a las mismas incompatibilidades e inhabilidades que rigen a las parejas de heterosexuales debido a que la propuesta no debe favorecer minorías.

Actualmente, la ley se encuentra en la espera de la aprobación de la Cámara de Representantes y la sanción Presidencial. El debate en la Comisión Séptima de la Cámara está previsto para la semana entre el 16 y el 20 de abril.

2. Posiciones del debate

a. Equidad

La equidad fue el argumento más fuerte en defensa del proyecto. De acuerdo al artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, la igualdad es un derecho fundamental de todos los colombianos. Según el principio de igualdad es un deber constitucional promover las condiciones para que la igualdad sea real para grupos marginados o discriminados. De esta forma, los defensores del proyecto argumentan que las parejas del mismo sexo deberían tener acceso a Seguridad Social y a derechos Patrimoniales bajo las mismas condiciones y restricciones que enfrentan las parejas heterosexuales.

El argumento de equidad implica por un lado que las parejas de homosexuales deben tener acceso a las mismas condiciones que la ley 54 de 1990 otorgó a las uniones maritales¹. Por otro lado, dado que el Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (entendiendo por universalidad, de acuerdo con la ley 100 de 1993, la garantía de la protección para todas las personas sin ningún tipo de discriminación en todo momento), entonces las parejas de homosexuales deberían tener acceso a seguridad social en los mismos términos que cualquier otro tipo de parejas.

b. El concepto de familia

Otro de los argumentos que se han suscitado en el debate sugiere que el proyecto de ley es inconstitucional debido a que atenta contra el concepto de familia que se consagra en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia. No obstante, de acuerdo con la exposición de motivos,

¹ La ley reconoce las uniones maritales como uniones patrimoniales.

el proyecto de ley busca extender a las parejas del mismo sexo el régimen de seguridad social y, bajo ninguna circunstancia, modificar el concepto de familia. La Corte Constitucional ha destacado que la relación que existe actualmente entre Seguridad Social y grupo familiar tiene origen legal y no constitucional y por lo tanto el legislador tiene las facultades para modificarla². De hecho, los cambios que se han realizado a la pensión de sobrevivientes, por los cuales hoy se permite que se comparta esta pensión entre diversos compañeros que hayan tenido convivencia simultánea³, son una muestra de transformaciones hechas por el legislador en esta materia.

c. Costos

En el momento, el tema de los costos financieros que puede generar el Proyecto es uno de los principales temas de debate para el proyecto de ley, especialmente en términos del efecto que podría tener sobre la sostenibilidad financiera del régimen contributivo en salud, dado el aumento en el número de beneficiarios por cotizante. Por su parte, es necesario tener en cuenta también los costos para el caso de pensiones, aunque es de suponerse que no son de alta magnitud, debido a que en el caso de pensiones de sobrevivencia, se modificaría únicamente el orden de beneficiarios con el fin de que el compañero del mismo sexo reciba la pensión de sobrevivencia en lugar de otros familiares.

Es importante que se realicen esfuerzos para estimar el costo financiero de extender la afiliación de parejas del mismo sexo al Sistema de Seguridad Social. Si este costo excede aquel que puede ser cubierto en su totalidad por el mismo sistema, se puede generar una situación en que el Estado tenga la obligación de aportar los recursos faltantes. Así mismo, si los beneficiarios utilizan esta medida para evadir pagos al régimen contributivo, se pueden presentar sobrecargas en el régimen contributivo y disminuciones en el monto correspondiente al pago de solidaridad al régimen subsidiado. Para tal efecto, es necesaria información técnica sobre el costo proyectado de la medida propuesta, como también sobre el estado financiero actual del Sistema.

Adicionalmente, el ejercicio actuarial no debería calcular el costo de extender la seguridad social a las parejas del mismo sexo. Estos costos deberían contrastarse contra un escenario contrafactual, es decir, el escenario financiero que se presentaría si el proyecto de ley no es aprobado, pero teniendo en cuenta que el Gobierno tiene previsto cobertura universal en seguridad social en salud para el año 2010. En otras palabras, en el año 2010 las personas homosexuales que hoy en día no están cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud -sgsss- y que pasarían a ser beneficiarias bajo el régimen contributivo debido a la medida propuesta, igual tendrían que pertenecer al sgsss, como cotizantes del régimen contributivo, o como beneficiarios de subsidios parciales o de subsidios tales bajo el régimen subsidiado.

A la fecha no existe una estimación exacta sobre el costo potencial de extender la seguridad social a parejas del mismo sexo. Ante la ausencia de una estimación actual del número de parejas convivientes del mismo sexo con base en el Censo 2005, como también ante la incertidumbre del número de parejas del mismo sexo que estarían dispuestas a hacer pública su relación ante la ley, las estimaciones existentes están basadas en varios supuestos. La organización sin ánimo de lucro Colombia Diversa, bajo diversos supuestos, realizó unas estimaciones para el costo del proyecto de ley para el Sistema General de Seguridad Social en Salud -sgsss. Este asciende a 0,14% de los costos totales del sistema en el quinto año (2010)⁴. Este cálculo está basado en el hecho que, según el Censo 2005, alrededor del 30% de la población colombiana entre 20 y 60 años de edad no se encuentra en una unión heterosexual -equivalente a 6.9 millones de personas, y de estos, se estima que el 10% y el 5% de los hombres y las mujeres son homosexuales, respectivamente, o, equivalentemente, aproximadamente el 7,5%⁵ de esta población, es decir alrededor 510.600 personas. De este total de personas homosexuales, se estima un máximo del

² Sentencia T-349 de 2006.

³ Artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

⁴ Ver Colombia Diversa, "Análisis de los costos potenciales de la extensión de la afiliación de parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social", Bogotá, D.C., Agosto de 2006.

⁵ Esta estimación es basada en el Informe Kinsey de 1948, el cual se ha utilizado en diversas ocasiones como un estándar internacional para la población homosexual, debido a que hasta el momento no se ha realizado un cálculo semejante para Colombia. El Ministerio de Protección Social, con base en este mismo estudio, estima esta población en un 5%.

30% viviría en pareja y estaría dispuesta a reconocerlo ante el Sistema de Seguridad Social⁶.

Los supuestos con base en los cuales Colombia Diversa ha estimado los costos de la medida pueden ser debatibles, debido al hecho que no se sabe con certeza que porcentaje de personas homosexuales en Colombia se registrarían como convivientes ante la ley. No obstante, que los supuestos anteriormente mencionados sean debatibles no implica la imposibilidad de estimar un rango de costos, con base en supuestos razonables. Por ejemplo, se podría estimar un techo para el porcentaje de homosexuales convivientes en pareja, utilizando la proporción de heterosexuales convivientes en pareja entre 20 y 60 años de edad, la cual se estima entre un 65 y 70%. Es de esperar que dicho techo sería inclusive una sobreestimación, debido a que las parejas homosexuales no tienen los mismos incentivos que las parejas heterosexuales para formar uniones, por cuestiones sociales, culturales, y también por el bajo nivel de tolerancia de la sociedad hacia dicho tipo de uniones.

En respuesta a estas estimaciones, el Ministerio de Hacienda afirma que los cálculos de Colombia Diversa están subestimados. Por un lado, el ministerio afirma que los costos de esta reforma tienen un efecto permanente sobre el sistema, y no sólo de cinco años. En segundo lugar, respecto a las pensiones sustitutas, el efecto sería mayor porque no se harían hacia hijos o padres, sino hacia parejas de la misma edad. En la medida en que la pensión sustituta para hijos sólo los cubre hasta los 18 años de edad, y los padres tienen una esperanza de vida menor, los costos serían relativamente mayores. Por eso es conveniente no extender entre los beneficiarios a los hijos de las parejas homosexuales, y a asegurar que los mecanismos de control para evitar el fraude estén incluidos en la ley.

d. Fraude

Conectado con el tema de costos, otro de los argumentos esgrimidos durante los debates al proyecto se refiere a la

posibilidad de fraude que se pueda presentar. Sin embargo, no existe razón alguna por la cual se deba suponer que la población homosexual es más propensa al fraude que la heterosexual. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el Gobierno se ha propuesto fortalecer sus sistemas de inspección, vigilancia y control, con el propósito de reducir substancialmente la evasión y elusión, en camino hacia la cobertura universal en el año 2010⁷. El Gobierno ya ha tomado medidas importantes al respecto, como la Planilla Integrada de Aportes, la cual obliga al cotizante a aportar a pensiones y a salud sobre la misma base de cotización, eliminando también la posibilidad de aportar exclusivamente a salud o a pensiones.

De acuerdo con el Ministerio de la Protección Social, los mecanismos de control para mitigar la posibilidad de fraude serían los mismos que se ejercen para las “parejas heterosexuales cuando se constituyen sociedades patrimoniales de mutuo acuerdo: i) por mutuo consentimiento y por escritura pública ante notario, o ii) por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido, de acuerdo con los requisitos previstos en la ley (Ley 54 de 1990)”⁸.

e. Salud pública

Por último, otro tema relacionado que ha surgido en el debate se refiere a la política de salud pública, especialmente relacionado con los factores de riesgo del VIH. La respuesta del Ministerio de Protección Social a este punto afirma que “desde la perspectiva de salud pública, el no reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales en las mismas condiciones de sus pares heterosexuales tiene un impacto negativo sobre la epidemia de SIDA en la medida en que obliga al confinamiento, la clandestinidad y propicia, de alguna manera, la inestabilidad de las parejas. La condena social se traduce en aumento de casos de infección y no lo contrario, como erróneamente se argumenta cuando se discuten estos casos”. Esto sugiere que bajo la luz de la salud pública, la cobertura de la seguridad social a los grupos homosexuales es importante.

⁶ Específicamente, el cálculo asume para el primer año asume que el primer año de vigencia de la medida, el 10% de las parejas harían pública su relación, incrementando progresivamente en un 25% anual hasta alcanzar el 30% en el quinto año, porcentaje basado en la proporción de convivencia entre homosexuales estimado en Estados Unidos.

⁷ Documento *Visión Colombia II Centenario: 2019*.

⁸ Ver carta del Ministerio de Protección Social, Dirección General de Salud Pública, enviada a la Comisión VII de la Cámara de Representantes.

3. Posición de la Corte Constitucional

La posición de la Corte ha prohibido en todo momento el trato desigual de parte de las autoridades fundamentado en las preferencias sexuales. En cinco sentencias se ha pronunciado contra la discriminación hacia estos grupos. En las sentencias T-539 de 1994, C-098 de 1996 y T-101 de 1998, la Corte resaltó que los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales y que bajo ninguna circunstancia debe violarse el principio de igualdad y subyugarse a esta población. Asimismo, la Corte ha establecido que la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de la sexualidad que debe ser respetada y protegida como cualquier otra con base en el derecho del libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia)⁹.

Adicionalmente, la Corte se ha pronunciado en tres sentencias con respecto a temas relacionados con la ampliación del Sistema de Seguridad Social y de Pensiones a parejas de homosexuales: en la sentencia C-098, la SU-623 de 2001 y la sentencia T-349 de 2006. No obstante en ninguna de estas ocasiones la corte ha concedido derechos a parejas del mismo sexo ya que no corresponde al juez institucional hacerlo, sino al Congreso que regula estas materias.

En la sentencia C-098 de 1996 la ley estudio la demanda contra la ley 554 de 1990, que regula los efectos de la unión marital de hecho. Dicha demanda solicitaba la ampliación de la ley a parejas de individuos del mismo sexo. Al respecto la Corte Constitucional se pronunció argumentando que no correspondía a esta ley resolver los problemas de otros grupos no cobijados.

De forma semejante, en la sentencia SU-623 de 2001 la Corte Constitucional concluyó que la negación de una EPS a afiliarse como beneficiario a la pareja del homosexual no era discriminatoria por cuanto la ley sólo lo exige para heterosexuales. La Corte fue enfática en resaltar que aún existen muchos individuos sin seguridad social por lo cual el Estado debía crear medidas progresivas que solucio-

naran el problema sin que esto implicara privilegiar a la pareja homosexual. Más aun, la corte estableció que: “la ampliación de este mecanismo de afiliación a otros grupos sociales es una tarea que obviamente le corresponde al legislador y no al juez constitucional”.

Por último, la sentencia T-349 de 2006 estableció que no era discriminatorio negar la pensión de sobreviviente a la pareja homosexual ya que esta era una prestación dirigida a la familia. Sin embargo, la Corte aclaró que esto no implicaba que el legislador no pudiera, en desarrollo de su mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas para que las parejas de homosexuales accedan a este derecho.

De tal forma, aunque la Corte Constitucional no ha concedido ninguna clase de derechos a los grupos homosexuales, siempre ha sido clara en que no lo ha hecho porque no es su competencia. Más específicamente ha dejado las puertas abiertas para que el legislador lo regule.

3. Conclusiones

La presente edición de ECONOMÍA Y POLÍTICA ha mostrado que el objetivo de este proyecto de ley es la adquisición de derechos por parte de parejas del mismo sexo en relación a tres temas: salud, pensión y patrimonio. Con respecto a los derechos en salud y pensión, se ha evidenciado que la extensión de afiliación de parejas del mismo sexo como beneficiarios al sistema de Seguridad Social, implicaría nuevos costos para el Estado y aunque se estima que no serían excesivos, cubrirlos podría implicar una reducción en los recursos disponibles para otras políticas.

Por otro lado, se ha mostrado que los argumentos a favor del proyecto acuden a los fines y principios fundamentales de la constitución colombiana. Uno de los fines de la constitución es asegurar a los integrantes de la Nación la igualdad y uno de los principios fundamentales es la igualdad de derechos. Con base en esto, es un mandato constitucional para el Estado adoptar medidas que garanticen la igualdad real a grupos discriminados. Adicionalmente, la constitución obliga al Estado a garantizar a todos los habitantes el derecho a la salud y a la seguridad Social y prestar este servicio público con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por su parte, la Corte Constitucional no ha manifestado que garantizar

⁹ Al respecto, la Corte se pronuncia también en las sentencias Sentencia T-268 de 2000, y Sentencia C-481 de 1998.

estos derechos a las parejas homosexuales esté en contradicción con derechos fundamentales de otros grupos.

Basado en este análisis, FEDESARROLLO considera que las parejas del mismo sexo deberían tener acceso a la segu-

ridad social y a derechos patrimoniales bajo las mismas condiciones y restricciones que enfrentan las parejas heterosexuales, y, por lo tanto, recomienda que este Proyecto de ley sea aprobado.