COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/349/06

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/349/06
Expediente	—
Fecha	1998-04-17
Sala	Sala Cuarta
Magistrado ponente	Jaime Córdoba Triviño
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Pension De Sobrevivientes
- Regimen Legal En Pension De Sobrevivientes

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Legal de la pensión de sobrevivientes, en un primer orden de prelación se encuentran los hijos, y el cónyuge o el compañero o compañera permanente del pensionado o afiliado que fallezca. Dentro de su amplio margen de configuración

Texto completo

T-349-06 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-349/06 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Objeto PENSION DE SOBREVIVIENTES- Surgimiento/ PENSION DE SOBREVIVIENTES- Alcance PENSION DE SOBREVIVIENTES- Régimen legal/ PENSION DE SOBREVIVIENTES- Orden de prelación En el régimen legal de la pensión de sobrevivientes, en un primer orden de prelación se encuentran los hijos, y el cónyuge o el compañero o compañera permanente del pensionado o afiliado que fallezca. Dentro de su amplio margen de configuración en materia de seguridad social, el legislador ha previsto que, en ciertos supuestos, y en ausencia de los beneficiarios del primer orden, la protección se extienda a los padres y a los hermanos del pensionado o afiliado que fallezca. Así, en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 se dispone que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y si también faltan los padres con derecho el beneficio se extenderá a los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

REGIMEN LEGAL EN PENSION DE SOBREVIVIENTES- No puede extenderse automáticamente a situaciones no contempladas por el legislador que no correspondan al concepto de familia/ REGIMEN LEGAL EN PENSION DE SOBREVIVIENTES -No están incluídas las parejas homosexuales Las pretensiones de derecho fundamental se desenvuelven en el ámbito de definición legal del derecho. En ese contexto cabe afirmar que, en tanto existan alternativas de acceso a la seguridad social en pensiones al alcance de todas las personas, no puede oponerse una pretensión iusfundamental a una generalizada extensión de la pensión de sobrevivientes a situaciones no contempladas por el legislador y que no correspondan al concepto de familia que fue el empleado para el diseño de la prestación. Para la configuración actual de la prestación, el legislador tomó como base el concepto de familia, de la manera como está incorporado en la Constitución, y, como tal, no puede considerarse como una categoría sospechosa de distinción. En ese

régimen no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Razones por las cuales no se vulnera la igualdad al no incluir a parejas homosexuales dentro del sistema de seguridad social Podría argumentarse que, no obstante que el sistema de seguridad social haya previsto una especial protección a la familia, se produce una lesión del principio de igualdad porque dicha protección ampara al cónyuge o compañero o compañera permanente en la pareja heterosexual, independientemente de la existencia de hijos, pero se niega a las parejas homosexuales. Sin embargo, tal argumentación no es de recibo, por varias razones: En primer lugar, porque existen diferencias objetivas entre los sujetos: la unión heterosexual tiene un plus en la conformación de la familia como núcleo esencial de la sociedad y objeto de especial protección constitucional. En el contexto de la protección constitucional de la familia, la presencia de los hijos es circunstancial y no se ha previsto como factor condicionante de dicha protección. Además de la obvia diferencia de su composición, existen algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales y que son suficientes para tenerlas como supuestos distintos. Señaló la Corporación que “[l]as uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales.” En segundo lugar existen también diferencias en las circunstancia temporales y los elementos fácticos que dieron lugar a la pensión de sobrevivientes. La pareja heterosexual y la familia que se origina en la misma son una realidad cuya presencia es muy anterior al diseño de los actuales sistemas de seguridad social. Si bien el régimen legal de la pensión de sobrevivientes se adecuó para asimilar el cambio de la circunstancias, no perdió su basamento como factor de protección a la familia. Las parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto y en el que no aparecen razones objetivas que justifiquen, per se, hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Solicitud reconocimiento de pensión de sobrevivientes a compañero permanente de homosexual fallecido DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Integrantes de unión homosexual no están desprotegidos del sistema Por otra parte, que los integrantes de una unión homosexual no puedan acceder a la seguridad social en pensiones a través del sistema especial que para el efecto se ha previsto en beneficio de la familia, no quiere decir que se encuentren desamparados en la materia. Por el contrario, se encuentran incluidos en el sistema, puesto que, en igualdad de condiciones con todas las personas, en desarrollo de los principios de subsidiariedad y de solidaridad deben procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales, y cuando no estén en capacidad de hacerlo, pueden acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y en pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual. Los integrantes de una unión homosexual no se encuentran desprotegidos en materia de pensiones, y pueden, dentro del régimen general, acceder a las pensiones de invalidez y de vejez, en los términos de la ley.

Referencia: expediente T-942082 Acción de tutela interpuesta contra el ISS Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de

1991, profiere la siguiente SENTENCIA dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-942082 iniciado contra el Instituto de Seguros Sociales.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, mediante Auto de julio 26 de 2004 de la Sala de Selección Número Siete y repartido al Magistrado Jaime Córdoba Triviño. Como quiera que la ponencia presentada por el Magistrado Córdoba Triviño no fue acogida en Sala de Revisión de 5 de mayo de 2006, la sustanciación de la decisión de la Sala correspondió al Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Asunto preliminar. Protección del derecho a la intimidad del afectado. Por solicitud expresa del demandante en el escrito de tutela presentado mediante apoderado, y, en aras de salvaguardar su derecho a la intimidad y confidencialidad, en el ejemplar de esta sentencia destinado al conocimiento general se omitirá mencionar la identidad del accionante y la de las personas con él relacionadas.

En este sentido la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la información acerca de hechos pertenecientes a la esfera privada de los accionantes requiere protección especial y, por ello, no pueden constituirse en datos del dominio público.

[1] I. ANTECEDENTES 1. La solicitud Actuando a través de apoderado, una persona homosexual que sufre del síndrome del VIH-Sida (aquí será el accionante) interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que la entidad violó sus derechos fundamentales a la igualdad (C.P., Art. 13) y a la dignidad humana (C.P., Art.

1), y desconoció los Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 100/51 de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T., tratados que, arguye el accionante, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y constituyen fuente de interpretación para los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En ese contexto, el accionante señala que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso Young Vs. Australia, encontró que como el Estado parte no había ofrecido argumentos acerca de que la distinción entre los beneficiarios de una pensión, según se trate de parejas homosexuales o heterosexuales, fuera razonable y objetiva, su negativa a reconocer una pensión dentro de la ley especial de veteranos a una pareja del mismo sexo del causante violaba el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Los hechos 2.1. Expresa el accionante que convivió con XXXXX de forma estable como pareja homosexual desde el primero de mayo de 1992 hasta el nueve de junio de 2000, fecha en la que falleció este último, como consecuencia del virus de inmunodeficiencia adquirida VIH-Sida, virus que también le ha sido diagnosticado al accionante.

2.2. El accionante trabajó hasta el quince de agosto de 2002, fecha en que, por decisión del empleador, se dio por terminado su contrato y, acto seguido, fue desafiliado del régimen obligatorio en salud. Al perder la cobertura en salud, el accionante dejó de recibir los medicamentos retrovirales que se le suministraban a causa de la enfermedad.

4. Señala la demanda que el accionante presentó solicitud de sustitución pensional de sobreviviente ante el I.S.S. – Pensiones, el (doce) 12 de julio de 2000. En la solicitud manifestó estar sin trabajo por dedicarse al cuidado de su compañero hasta que murió y alegó la protección constitucional de la orientación sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la sustitución pensional en las parejas de hecho o compañeros permanentes [2] , la primacía de la Constitución sobre la ley; y, la prohibición de discriminación a las personas por su condición de homosexualidad. Por último, el petente solicitó la inaplicación del Decreto 1889 de 1994.

Dentro de los documentos allegados a la demanda se encuentran la fotocopia de la cédula de ciudadanía tanto del accionante como de su compañero fallecido, registros civiles de nacimiento y documentos relacionados con su compañero como certificado de defunción, fotocopia de la Resolución 014561 de 1998 por medio de la cual se le reconoció la pensión de invalidez y, desprendibles de pago de los dos últimas mesadas recibidas por este concepto. De igual forma se anexó la copia autenticada de la declaración extra juicio rendida por el accionante ante la Notaría 53 del Círculo de Bogotá, así como copia autenticada del poder otorgado por el fallecido al accionante.

5. La entidad no contestó dicha solicitud y el accionante interpuso acción de tutela para solicitar la protección de su derecho de petición, el 12 de septiembre de 2001. El 25 de septiembre de 2001, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá D.C., concedió la tutela ordenando al I.S.S., responder la solicitud de la pensión de sobrevivientes.

6. El 8 de octubre de 2001, mediante resolución 023804, el I.S.S. negó la solicitud de sustitución pensional. Esta resolución fue objeto de los recursos de ley, reposición y subsidiario de apelación, presentados el 24 de octubre de 2001, dentro del término legal.

7. El I.S.S. no contestó oportunamente los recursos interpuestos, razón por la cual el accionante presentó nueva acción de tutela solicitando la protección de su derecho fundamental de petición.

8. El 2 de mayo de 2002, el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá D.C., ordenó al I.S.S. resolver el recurso de reposición. 9. El día 29 de mayo de 2002, el I.S.S. (Resolución 12122), decidió no reponer la resolución 023804 del 8 de octubre de 2001 y en consecuencia negó la solicitud de la pensión de sobreviviente al demandante por considerar que “(...) no reúne la calidad de beneficiario por el fallecimiento del afiliado teniendo como base el Artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.” Esa Resolución fue apelada por el accionante y no fue oportunamente respondida por el I.S.S., razón por la cual el accionante se vió abocado a presentar una nueva acción de tutela ante el Juez Catorce Civil del Circuito. El juez en mención tuteló el derecho de petición del accionante mediante sentencia del 11 de abril de 2003 y ordenó al I.S.S. responder el recurso de apelación en un plazo no superior a 48 horas.

Plazo que fue incumplido por el ente demandado. 10. El 16 de julio de 2003, después de haber sido necesario iniciar un incidente por desacato contra el superior del I.S.S. (Ministro de Protección Social) y el I.S.S; finalmente el I.S.S.

resolvió el recurso de apelación (resolución 000277) negando la pensión de sobrevivientes del accionante bajo los siguientes argumentos: “Que con el ánimo de decidir el recurso de apelación se realizó un minucioso estudio del acervo probatorio obrante dentro del expediente encontrando:

“Que dentro del expediente obra declaración extraprocesal del accionante donde manifiesta que convivió con el asegurado fallecido. “Que no existe pronunciamiento judicial que nos ordene conceder la pensión solicitada.

“Que según lo preceptuado en el Artículo 46 y siguiente de la ley 100 de 1993 y el Artículo 10 del decreto reglamentario 1889 de 1994, en el que establece que “para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona del sexo diferente al del causante , que haya hecho vida marital con el, (sic) durante el lapso no inferior a dos (2) años.

“Que por lo anterior no es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes solicitada ya que el citado decreto se encuentra vigente a la fecha de fallecimiento del asegurado y no hay pronunciamiento judicial que impida dicha aplicación.

“En consecuencia. RESUELVE “ARTÍCULO ÚNICO: NO REPONER la resolución 023804 de 2001 por la cual se le negó la sustitución pensional al señor xxxxxxxxxx en calidad de compañero permanente del asegurado por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

“Contra la presente resolución no procede recurso alguno, queda agotada la vía gubernativa. 11. Inconforme con lo anterior, el accionante interpuso la acción de tutela de la referencia, para solicitar la protección de sus derechos fundamentales mediante una orden conforme a la cual el I.S.S. le reconociera la pensión de sobreviviente y el pago de las mesadas atrasadas desde el día en que falleció su compañero.

Alegó en la acción de tutela la primacía de los Tratados Internacionales en el orden interno y la interpretación de los derechos y deberes constitucionales a la luz de los Tratados ratificados por Colombia; la violación del derecho de igualdad, pues consideró que la respuesta negativa del I.S.S. se basó en su condición de homosexual, criterio sospechoso cuya utilización está prohibida según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-623-01) y la Constitución Política.

Recoge en la acción de tutela diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre homosexualidad y libre desarrollo de la personalidad, el fallo del Comité de Derechos Humanos Young vs. Australia y citó el concepto de la Organización Mundial de la Salud sobre la homosexualidad, en el sentido de reconocer que no constituye enfermedad ni anormalidad.

Afirma en la tutela, que por su enfermedad requiere atención integral, permanente y de por vida, así como un ingreso para vivir, y que por encontrarse desafiliado y no reconocerle la pensión, debió afiliarse al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud haciendo grandes esfuerzos económicos que no tendría que padecer si estuviera pensionado.

Se allegaron al proceso copia de la solicitud de pensión del fallecido y copia de resolución 00027 del 16 de julio de 2003 emitida por el Seguro Social.

A pesar de que la entidad accionada fue notificada de la demanda, no intervino en el presente proceso. II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN 1. Mediante Sentencia del 10 de mayo de 2004, el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., denegó la acción de tutela interpuesta. A juicio del fallador, el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, a saber, las acciones judiciales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de una actuación de la administración, aun cuando ésta se tache de sospechosa y discriminatoria en la interpretación de la ley.

Considera el juez de primera instancia que la tutela no es la vía para discutir la interpretación errónea de la ley y que no puede emplearse como un recurso procesal anexo para resolver de fondo el objeto del litigio, lo que ocasionaría un desplazamiento del juez competente por el juez de tutela.

No encuentra el juez de instancia la configuración de vía de hecho por parte de la entidad accionada de forma que rechaza el amparo del debido proceso por una eventual conducta arbitraria, abusiva o caprichosa del funcionario.

El fallo niega el amparo transitorio en tanto el accionante no invocó esta protección, ni se encuentra probado en el expediente la existencia de un perjuicio grave, inminente e irremediable. Sostiene que, salvo la mención de la enfermedad que padece no hay prueba en el expediente de dicho perjuicio, máxime teniendo en cuenta que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, como él mismo afirmó.

2. El accionante impugnó el fallo del a-quo, argumentando que en la legislación ordinaria colombiana no existe una previsión aplicable al caso en estudio, que los Tratados Internacionales prevalecen en el orden interno y que “ lo s ordenamientos legales que tratan sobre el referido caso son violatorios de los derechos humanos”.

Alega que el perjuicio irremediable es claro pues el I.S.S. violó y continúa violando el derecho a la igualdad al no reconocerle la pensión de sobreviviente. Que en virtud de ello, debió afiliarse al sistema de Seguridad Social en Salud por sus propios medios, pero que ello no elimina la violación del derecho a la igualdad.

3. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de Sentencia del 17 de junio de 2004, confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideró el ad-quem que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial y que la tutela debió presentarse como mecanismo transitorio y no en forma definitiva como se impetró. No advierte la irremediabilidad del perjuicio que justifique el amparo transitorio mientras la jurisdicción contencioso administrativa define el litigio. En concepto del Tribunal, no hay una violación del derecho a la igualdad y al respecto indicó:

"… para que pueda considerarse vulnerado o amenazado es indispensable que la autoridad, efectúe un juicio de valor en el que unos mismos hechos de tratamiento diferente a unas personas respecto a lo discernido respecto de otras, en el que se eche mano de una condición o situación especial para darle un tratamiento diferente a una personas ... (sic) " "(...) En efecto, en el sub-lite no se puede realizar un juicio al no acreditar que a otras personas en iguales circunstancias del hoy accionante, se les haya reconocido la pensión, que nos devele una violación al derecho a la igualdad, al dárseles un tratamiento diferente, siendo acertada la decisión del a-quo ." Finalmente, considera el ad-quem, que la resolución del I.S.S. se hizo con apego a la normatividad vigente, constituyendo una conducta legal de la entidad.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico Corresponde a la Corte determinar si el régimen legal y reglamentario de la pensión de sobrevivientes y la negativa que, de conformidad con el mismo, manifestó el ISS a la solicitud de reconocimiento de la pensión presentada por el accionante alegando su condición de compañero permanente en el marco de una relación homosexual estable, resultan violatorios del derecho de acceso a la seguridad social en condiciones de igualdad y constituyen una forma de discriminación en razón de la orientación sexual.

3. La seguridad social en pensiones De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Nuestro ordenamiento superior ha previsto la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas (C.P. art 48) y de manera particular ha establecido, por un lado, el deber del Estado, la sociedad y la familia de concurrir para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, a quienes se les garantizan los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (C.P. art. 46) y, por otro, que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (C.P. art 47).

De este modo, la seguridad social se desenvuelve en un marco en el cual, como ha señalado la Corte, "los derechos humanos incorporan la noción de que es deber de las autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas, idea de la cual surgen los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales." [3] En el origen de esta concepción, en las ideas contractualistas, toda persona, como presupuesto de su vida en sociedad, tiene derecho a una vida en condiciones dignas, lo que implica la garantía de condiciones de realización personal y una responsabilidad subsidiaria del Estado en la satisfacción de necesidades mínimas, a través de medidas tales como seguro de desempleo, subsidios y apoyo de diversas clases. Ese postulado inicial, sin embargo, solo tuvo parcial desarrollo a través de las previsiones, a menudo de poca eficacia práctica, sobre asistencia pública.

Después de la etapa liberal, en la cual se limitó al mínimo la intervención del Estado y la atención de las necesidades sociales se consideraba responsabilidad exclusiva de los individuos, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, surgieron en el mundo los primeros modelos de seguridad social.

No obstante el papel determinante que el Estado está llamado a cumplir en el nuevo esquema, los sistemas de seguridad social tienen en su base la consideración del individuo como ser autónomo y capaz de autoproveer sus necesidades, razón por la cual los mismos se edifican sobre el trabajo, el cual está concebido en nuestra Constitución como un derecho y como una obligación social. Esta última acepción comporta, por una parte, la necesidad de que cada individuo que cuente con la capacidad para hacerlo trabaje para la atención de sus necesidades vitales y las de su familia, y, por otra, que es responsabilidad del Estado y de la sociedad la garantía de las oportunidades de empleo. La primera acepción del trabajo como obligación tiene una expresión negativa que se traduce en que nadie puede albergar una pretensión de que la sociedad o el Estado se hagan cargo de sus necesidades vitales si tiene la capacidad y la posibilidad efectiva de trabajar. Esto es, en principio, su pretensión debe orientarse a demandar trabajo, demanda frente a la cual, precisamente, se plantea la segunda acepción del trabajo como obligación social, puesto que corresponde a la sociedad y al Estado garantizar las oportunidades de empleo para todos los habitantes que lo requieran.

En ese contexto es posible identificar tres imperativos constitucionales a cargo del Estado: (1) la promoción del empleo, como condición de dignidad de la persona y presupuesto para su realización vital; (2) el establecimiento de mecanismos de protección contra el desempleo, tales como subsidios y seguros, y (3) el diseño de sistemas de previsión social para quienes no están en condiciones de trabajar o no les resulte exigible la autoprovisión de los recursos para la atención de sus necesidades vitales.

Esta última dimensión de la responsabilidad del Estado se desenvuelve hoy a través de los sistemas de seguridad social. En Colombia, la ley desarrolló el sistema de seguridad social en tres dimensiones primordiales: i. El sistema general de pensiones, ii. El sistema general de salud; y iii. El sistema general de riesgos profesionales.

En la medida en que, como se ha señalado, el sistema tiene su base en el trabajo y en la contribución de todas las personas, particularmente en materia de pensiones, el mismo tiene un carácter subsidiario, lo cual quiere decir que es la persona, en primer lugar, la llamada a hacerse cargo de la atención de sus necesidades vitales y solamente cuando esa persona no puede responder por sí misma, opera alguno de los mecanismos propios de la seguridad social. En la base de esta concepción está el respeto por la autonomía de la persona, lo cual implica que, en principio, cada individuo es responsable de su propio destino, y que, en materia de derechos de prestación, sólo de manera subsidiaria resultan obligados la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado extensamente del tema y, de manera general, ha señalado que el objeto del sistema integral de seguridad social es alcanzar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, cubriendo las de carácter económico y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios. Se ha puesto de presente que se trata de un servicio público que se presta con sujeción a los principios fundamentales determinados en Constitución [4] , pero para cuya configuración el legislador está ampliamente habilitado.

En relación específicamente con el sistema general de pensiones, la Corte ha dicho que el mismo tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley que las regula [5] , así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

Ha destacado la Corporación que el sistema general de pensiones tiene entre sus características centrales la obligatoriedad de la afiliación y de efectuar los aportes correspondientes, a través de uno de dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para asegurar el principio de universalidad, que por mandato constitucional impera en la seguridad social y que se orienta a obtener una cobertura general de los riesgos en favor de toda la población, el sistema diseñado por la ley dispuso la obligatoriedad de afiliación al régimen para todos los trabajadores dependientes e independientes y la creación del Fondo de Solidaridad Pensional y del Fondo de Garantía de Pensión Mínima con miras a asegurar a los afiliados una pensión mínima y ampliar progresivamente la cobertura a grupos poblacionales que por sus características socio económicas carecen de capacidad contributiva. Así, a través del Fondo de Solidaridad Pensional se busca ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados.

[6] Con el mismo propósito se creó una subcuenta de subsistencia del citado fondo, destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo monto, origen y regulación se establece en la ley. El Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por su parte, pertenece al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad y es un patrimonio autónomo con cargo al cual se completan los recursos que hacen falta para reconocer la pensión mínima a aquellos afiliados que al llegar a la edad de jubilación no han alcanzado a generarla.

A su vez, ha dicho la Corte que, para dar desarrollo al principio de solidaridad que igualmente rige el derecho a la seguridad social, y que implica que todos los partícipes del sistema contribuyan a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, sus miembros deben en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto [7] .

De este modo se busca que para la financiación del sistema los sujetos económicamente activos contribuyan para beneficio de todos los integrantes de la sociedad de tal manera que se produzca un equitativo reparto de cargas y beneficios.

En relación con la operatividad del principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en pensiones la Corte ha señalado: El legislador se ha ocupado de desarrollar los mecanismos legales a través de los cuales opera el principio de solidaridad específicamente en materia de seguridad social en pensiones, y de manera particular en cada uno de los subsistemas diseñados por él, bien el régimen de prima media con prestación definida que administra el ISS, o el de ahorro individual con solidaridad que administran los fondos privados de pensiones [8] . A este respecto la ley establece que, en aplicación del principio de universalidad, la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones hoy en día es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes [9] . Tal afiliación, en los dos subsistemas, impone la obligación de hacer los aportes que en la misma ley se establecen, destinados al financiamiento de las pensiones y prestaciones futuras, de manera que el reconocimiento de tales pensiones y prestaciones se logra previo el cumplimiento de la referida obligación de cotizar durante el tiempo y en las condiciones fijadas por el legislador.

En relación con los trabajadores dependientes e independientes, la ley dispone que durante toda la vigencia de la relación laboral o del contrato de prestación de servicios deberán efectuarse cotizaciones con base en el salario o ingresos que devenguen.

[10] De conformidad con lo prescrito por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que modifica el 20 de la Ley 100 de 1993, los empleadores cubren el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante. La tasa de cotización en ambos subsistemas es del 13.5% del ingreso base de cotización. (No obstante, a partir del 1° de enero del año 2004 la cotización, por previsión contenida en la Ley 797 de 2003, se incrementó en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización y, adicionalmente, a partir del 1º de enero del año 2005 se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. Además, a partir del 1º de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementarla en un (1%) punto adicional por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto

sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.) 4.2.2. De manera especifica, el principio de solidaridad en materia pensional se concreta así: en el régimen de prima media con prestación definida, el 10.5% del ingreso base de cotización se destina a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destina a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes. En el régimen de ahorro individual con solidaridad, el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destina al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y el 3% restante se dirige a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

[11] La Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, prevé la existencia del Fondo de Solidaridad Pensional y del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. El primero "está destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados." [12] Dentro de él existe la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinada "a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico", cuyo origen, monto y regulación se establecen en la misma Ley.

Para alimentar el Fondo de Solidaridad Pensional, en la Ley 797 de 2003 se prevé que los afiliados que tengan un ingreso mensual igual o superior a cuatro 4 SLMM, tendrán a su cargo un aporte adicional de un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización, y los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, tendrán un aporte adicional sobre su ingreso base de cotización, así: de 16 a 17 SLMM, de un 0.2%; de 17 a 18 SLMM, de un 0.4%; de 18 a 19 SLMM,, de un 0.6%, de 19 a 20 SLMM, de un 0.8% y superiores a 20 SLMM, de 1%; aportes adicionales destinados exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del mencionado Fondo de Solidaridad Pensional.

[13] También para dotar de recursos al Fondo de Solidaridad, los pensionados que devenguen una mesada superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta veinte (20) contribuyen para la subcuenta de subsistencia en un 1%, y los que devenguen más de veinte (20) salarios mínimos en un 2%.

Con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, la Ley 797 de 2003 contempla también el subsidio a los aportes para aquellas personas que, siendo mayores de 55 años, si se trata de afiliados al ISS, o de 58, si son vinculados a los fondos privados de pensiones, carecen de capital suficiente para financiar una pensión mínima [14] .

4.2.3. El Fondo de Garantía de Pensión Mínima [15] pertenece al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad y es un patrimonio autónomo con cargo al cual se completan los recursos que hacen falta para reconocer la pensión mínima que a aquellos afiliados que al llegar a la edad de jubilación no han alcanzado a generarla.

[16] Como se dijo, este Fondo se alimenta con los recursos provenientes de los aportes de los afiliados que en un 0.5% del ingreso base de cotizaciones dedican a este propósito." [17] De este modo el sistema de seguridad social en pensiones se construye sobre la base de los aportes individuales y en ese sentido, "[l]a pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un 'salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo'. Por lo tanto, 'el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador'. Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador." [18] Adicionalmente, tal como se ha destacado por la Corte, como expresión del principio de solidaridad que rige el sistema, la ley ha previsto mecanismos que permiten la socialización de los riesgos

de invalidez, vejez o muerte de las personas menos favorecidas, de manera que, por ejemplo, las pensiones futuras de quienes hoy en día cotizan con base en el salario mínimo en su momento se verán subsidiadas en un porcentaje importante, o cuando se dispone que con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, se podrá ampliar la cobertura del sistema mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tendrían acceso a los sistemas de seguridad social, o, finalmente, cuando a través de la subcuenta de subsistencia de dicho fondo, se busca extender la protección a las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico.

[19] 4. La pensión de sobrevivientes En este contexto, y con carácter complementario, surgen las figuras de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, las cuales ya no tienen su fundamento en los aportes individuales para la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, o en la idea de un subsidio para las personas de menores recursos, sino en el aseguramiento del riesgo de invalidez o muerte del afiliado.

[20] 4.1. La pensión de sobrevivientes [21] y la sustitución pensional [22] surgieron históricamente para hacer frente a los riesgos de la viudez y la orfandad. Son, en la base, un imperativo del principio de universalidad de la seguridad social en la medida en que sus beneficiarios no estarían en condiciones de asegurar su mínimo vital por otra vía y no les resulta exigible la autoprovisión de sus necesidades.

Estas pensiones están concebidas a partir de la concepción de que el ingreso generado por el trabajador se destina a la atención de las necesidades propias y las de su familia, en cuanto que a sus integrantes no les resulte exigible velar por su propio sustento.

La Constitución postula que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y dispone que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. Tal como se ha señalado, inicialmente estas pensiones se reconocían en beneficio de la viuda y los hijos menores del afiliado.

4.2. En relación con los hijos menores existe una presunción acerca de su incapacidad para trabajar, en razón de la edad. De hecho, la propia Constitución dispone que es responsabilidad de la pareja sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad (C.P. Art. 42). La protección se extiende por virtud de la ley a los hijos del afiliado que estén en situación de invalidez y a los que se encuentren incapacitados para trabajar por razón del estudio, en este último caso hasta una edad límite de 25 años [23] .

Sobre el referido límite de edad ha dicho la Corte que dentro del relativamente amplio margen de configuración normativa con que cuenta el legislador en materia de régimen pensional, no todos los miembros del grupo familiar pueden acceder a la pensión de sobrevivientes y que la diferenciación en razón de la edad no es, en este caso, un factor de discriminación, sino que refleja el hecho de que "… no es igual la situación de los hijos menores de edad, cuya vulnerabilidad es evidente en razón de dicha circunstancia, ni la de los hijos inválidos si dependían económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de invalidez, que también merecen una protección especial debido a su debilidad manifiesta, con la de los hijos mayores de edad, aptos para ingresar a la vía laboral pero a los que el Legislador quiso otorgarles una protección adicional hasta los 25 años para afianzar su formación académica con miras a un mejor desempeño futuro." [24] Esa previsión legislativa, señaló la Corte "… armoniza con el significado y finalidad de la pensión de sobrevivientes en el marco del sistema general de seguridad social anteriormente descrito." [25] Específicamente en relación con la protección que se concede al hijo del afiliado, entre los 18 y los 25 años, mientras mantenga la condición de estudiante, la Corte destacó que la misma es congruente con el imperativo constitucional de proteger especialmente a estas personas en atención a la vulnerabilidad en la que se encuentran, atribuible al hecho de que apenas "… transita[n] por el camino de la formación educativa, en aras de acceder a un conocimiento que le[s] permita valerse por sí misma[s], a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo

humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social.” [26] Puntualizó la Corte que “[e]l 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.” [27] 4.3. El tratamiento legislativo aplicado a la pensión de sobrevivientes entre cónyuges o compañeros o compañeras permanentes responde en la actualidad a criterios distintos de los que se han establecido para los hijos del afiliado, puesto que en este caso, la ley no exige que se cumplan las condiciones de dependencia económica o incapacidad para trabajar, para conferir una pensión de sobrevivientes que, en principio, se ha previsto como vitalicia.

Sin embargo es claro que no se trataba de una excepción arbitraria al principio de subsidiariedad y a la obligación de contribuir, porque en el contexto cultural en el que surgió la legislación, la mujer tenía una responsabilidad social en el ámbito de la familia, y estaba, en la práctica, excluida del mercado laboral. Por consiguiente, era razonable que su acceso a la seguridad social se hiciese al amparo del ingreso generado por la cabeza de la familia.

Con el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres, y no obstante las diferenciaciones injustificadas que en la práctica aún se mantienen en detrimento de la mujer, la situación con base en el cual se concibió la pensión de sobrevivientes para las viudas cambió, como quiera que, de manera progresiva, la mujer se ha ido incorporando al mercado laboral en condiciones que, al menos desde la perspectiva legislativa, deben ser iguales a las de los hombres. Esa nueva realidad arroja un cierto interrogante en torno a la configuración de un beneficio en cuyo punto de partida se encontraba, precisamente, la exclusión de la mujer de las posibilidades laborales y de la capacidad de atender de manera autónoma a su propio sustento. Y ese interrogante se vuelve más apremiante cuando se considera que también el concepto mismo de la seguridad social cambió, entre otras razones porque se incluyeron nuevas variables orientadas a asegurar la sostenibilidad del sistema y a tecnificar la manera de hacer la distribución entre las cargas y los beneficios, de manera que se exija una justificación suficiente para cualquier tratamiento diferenciado que comporte una carga especial para el sistema, en detrimento del conjunto de sus beneficiarios, o de los más necesitados, cuya atención se hace con cargo a unos recursos que son limitados. Desde esta perspectiva, resulta indudable que el esfuerzo social de cada uno de los contribuyentes es mayor para atender esas situaciones de acceso diferenciado no vinculadas a la contribución individual, las cuales, por consiguiente deben estar claramente justificadas.

Ese cambio de circunstancias llevó a que, en algunas latitudes, incluso se llegase a plantear la supresión de un beneficio que ya no respondía a las consideraciones que le dieron origen. Tal posibilidad, sin embargo podría resultar contraria al carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, conforme al cual, como ha señalado la Corte, “… una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto [28] .

Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.” [29] De esa manera, la supresión de un instrumento orientado a proteger el ingreso familiar en los eventos de fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, parecería, prima facie , una clara medida regresiva, que no podría adoptarse de manera general, a menos que, en cada caso, se realizase un ejercicio de ponderación entre la disminución del ámbito del derecho y los beneficios en la sostenibilidad del sistema y su costo para los contribuyentes al mismo.

[30] Sin que haya registro sobre un debate de esa naturaleza, lo cierto es que el legislador colombiano ha optado por mantener la pensión de sobrevivientes para los cónyuges o compañeros o compañeras permanentes, sobre la base de una racionalidad distinta. Se trata de proteger el ingreso familiar, porque, tal como se ha expresado por la Corte, “… la

pensión de sobrevivientes atiende un importante objetivo constitucional cual es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, pues con esta prestación se pretende que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia [31] , sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido [32] .

En ese nuevo contexto, el ámbito de la pensión de sobrevivientes se fue ampliando, para responder a las nuevas realidades sociales, y así, el beneficio vitalicio se establece no ya a favor exclusivamente de la viuda sino que, de manera general, la ley se refiere al cónyuge supérstite, bien sea hombre o mujer, y prescinde del requisito del matrimonio, para admitir, en igualdad de condiciones, a los compañeros o compañeras permanentes, pero preservándose la idea de una protección a la familia, entendida como la que se forma por vínculos naturales o jurídicos que surgen de la decisión de un hombre y una mujer de conformarla.

De esta manera, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, cumplidos ciertos requisitos, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca. En consonancia con esa disposición y en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1889 de 1994 precisa las personas que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes y la manera como la misma habrá de distribuirse entre los distintos beneficiarios. En particular, este decreto, en su artículo 10 dispone que para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, "… ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años." Esa regulación es consecuencia del entendimiento de la pensión de sobrevivientes como un instrumento de protección a la familia. Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia SU-623 de 2001, al referirse a la cobertura del sistema de seguridad social en salud, expresó que la idea de una cobertura familiar presupone que la expresión "compañero o compañera permanente" remite a una relación heterosexual, puesto que de acuerdo con la definición que la misma Constitución trae del concepto de familia, en su artículo 42, ésta es el núcleo fundamental de la sociedad y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

4.4. De esta manera se tiene, entonces, que en el régimen legal de la pensión de sobrevivientes, en un primer orden de prelación se encuentran los hijos, y el cónyuge o el compañero o compañera permanente del pensionado o afiliado que fallezca. Dentro de su amplio margen de configuración en materia de seguridad social, el legislador ha previsto que, en ciertos supuestos, y en ausencia de los beneficiarios del primer orden, la protección se extienda a los padres y a los hermanos del pensionado o afiliado que fallezca. Así, en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 se dispone que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y si también faltan los padres con derecho el beneficio se extenderá a los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

5. El régimen legal de la pensión de sobrevivientes no es discriminatorio frente a los homosexuales Tal como se ha visto, la pensión de sobrevivientes surgió para la protección de la familia, en un contexto que presuponía el desamparo de sus integrantes frente a la ausencia de quien suministraba el ingreso familiar. Tal beneficio se estableció originariamente a favor de los menores, en atención a su incapacidad para atender a su propio sustento y de la mujer, tradicionalmente encargada de las tareas del hogar y excluida o limitada en su acceso al mercado laboral. Dentro del contexto de preservar el ingreso familiar, la prestación, con algunas limitaciones menores, se mantuvo, pese al cambio en el entorno cultural que significó un progresivo acceso de la mujer al mercado laboral y se amplió al cónyuge varón en igualdad de condiciones. En el régimen actual de la pensión de sobrevivientes, además de los hijos menores, inválidos o incapacitados para trabajar en razón del estudio, hasta los 25 años, y del cónyuge o el compañero o compañera

permanente, también tienen derecho a la pensión, de manera subsidiaria, los padres del pensionado o afiliado si dependían económicamente de éste y los hermanos inválidos, en las mismas condiciones.

Ese régimen de la pensión de sobrevivientes se estructura por la ley alrededor de dos presupuestos: Por un lado el carácter subsidiario de la seguridad social en pensiones, que implica que, como expresión, también, de la autonomía individual, toda persona debe contribuir en la medida de sus capacidades a la autoprovisión de sus necesidades y que sólo cuando ello no sea posible surge una obligación de prestación a cargo del sistema. Por otro, que la pensión de sobrevivientes está concebida como instrumento de protección integral del grupo familiar del que forman parte el cónyuge o el compañero o compañera permanente, los hijos y, de manera subsidiaria, los padres y los hermanos inválidos.

Tal como se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia el régimen de la seguridad social es de configuración legal, lo cual no quiere decir, sin embargo, que no pueda dar lugar a pretensiones ius fundamentales , como son, por ejemplo las dirigidas contra la injusta privación de las mesadas pensionales que afecta el mínimo vital, o las que buscan evitar la limitación del ámbito de autodeterminación individual, cuando el derecho a una pensión se supedita a la condición de no contraer nuevas nupcias. Incluso la garantía misma de acceso al sistema de seguridad social puede dar lugar a una pretensión ius fundamental .

Pero esas pretensiones de derecho fundamental se desenvuelven en el ámbito de definición legal del derecho. En ese contexto cabe afirmar que, en tanto existan alternativas de acceso a la seguridad social en pensiones al alcance de todas las personas, no puede oponerse una pretensión iusfundamental a una generalizada extensión de la pensión de sobrevivientes a situaciones no contempladas por el legislador y que no correspondan al concepto de familia que fue el empleado para el diseño de la prestación. Para la configuración actual de la prestación, el legislador tomó como base el concepto de familia, de la manera como está incorporado en la Constitución, y, como tal, no puede considerarse como una categoría sospechosa de distinción.

En ese régimen no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla.

Esa opción legislativa no es contraria al imperativo de la universalidad de la seguridad social en pensiones puesto que quienes no hagan parte del grupo familiar con derecho a la pensión de sobrevivientes se rigen por el sistema ordinario, que permite a todas las personas, en igualdad de condiciones, acceder a la pensión de jubilación y que ha previsto mecanismos especiales de protección, tanto en salud como en pensiones, para amparar a quienes se encuentren en condiciones especiales de debilidad. Ese régimen no discrimina a los homosexuales, ni les limita en sus opciones vitales, porque el criterio diferenciador no es la orientación sexual, sino la pertenencia al grupo familiar, de manera tal que quienes no hagan parte del mismo no acceden a los beneficios especiales previstos en la ley para la protección integral de la familia, pero concurren, en igualdad de condiciones, en las vías ordinarias de acceso a la seguridad social.

La manera como, de acuerdo con la ley, se conforma el grupo de familiar para efectos de la especial protección derivada del régimen de la pensión de sobrevivientes, no implica per se discriminar a otras personas que, como los hijos mayores de edad, los padres que no dependían económicamente del afiliado o del pensionado o los hermanos que no sean inválidos, en principio, están en capacidad de acceder por si mismas a la seguridad social.

En ese contexto, criterios tales como la dependencia económica o la incapacidad física para proveerse el propio sustento, no son en si mismos suficientes para alentar una pretensión de acceso a la pensión por el sistema especial de la pensión

de sobrevivientes y, en todo caso, la ley ha previsto sistemas de protección, tanto en salud como en pensiones, que cubren a quienes se encuentran incapacitados físicamente para autoproveer sus necesidades.

Por otra parte, podría argumentarse que, no obstante que el sistema de seguridad social haya previsto una especial protección a la familia, se produce una lesión del principio de igualdad porque dicha protección ampara al cónyuge o compañero o compañera permanente en la pareja heterosexual, independientemente de la existencia de hijos, pero se niega a las parejas homosexuales. Sin embargo, tal argumentación no es de recibo, por varias razones:

.- En primer lugar, porque existen diferencias objetivas entre los sujetos: La pareja encuentra amparo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y, como opción de vida, se desenvuelve en un ámbito privado, constitucionalmente protegido independientemente del carácter heterosexual u homosexual de la relación. Sin embargo la unión heterosexual tiene un plus en la conformación de la familia como núcleo esencial de la sociedad y objeto de especial protección constitucional. En el contexto de la protección constitucional de la familia, la presencia de los hijos es circunstancial y no se ha previsto como factor condicionante de dicha protección.

En este sentido, la Corte, en sentencia de unificación proferida por su Sala Plena, señaló que "… a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros …".

[33] En materia de seguridad social en salud, con criterios que resultan igualmente aplicables en materia pensional, la Corte ha avalado la posibilidad de cobijar exclusivamente a los integrantes de la familia del afiliado como beneficiarios del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, y ha señalado que ello se justifica, no sólo por la progresividad que caracteriza la ampliación de la cobertura del servicio, sino porque la familia, por mandato constitucional, es objeto de protección integral y porque esa previsión hace parte de la garantía de que hombres y mujeres tengan iguales derechos y oportunidades.

[34] Así, la Corte precisó que, además de la obvia diferencia de su composición, existen algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales y que son suficientes para tenerlas como supuestos distintos. Señaló la Corporación que "[l]as uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su "protección integral" y, en especial, que "la mujer y el hombre" tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales." [35] .- En segundo lugar existen también diferencias en las circunstancia temporales y los elementos fácticos que dieron lugar a la pensión de sobrevivientes. La pareja heterosexual y la familia que se origina en la misma son una realidad cuya presencia es muy anterior al diseño de los actuales sistemas de seguridad social. De este modo la respuesta del ordenamiento jurídico, y, en particular, la especial protección brindada a la mujer dentro de una pareja heterosexual, obedecía a la consideración de una serie de elementos objetivos existentes para entonces:

desprotección atribuible al rol de la mujer en la familia, encargada del cuidado de los hijos y del hogar y excluida del mercado laboral. Si bien el régimen legal de la pensión de sobrevivientes se adecuó para asimilar el cambio de la circunstancias, no perdió su basamento como factor de protección a la familia.

Las parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto y en el que no aparecen razones objetivas que justifiquen, per se , hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia. No

se trataba de una realidad visible para el momento en el que se diseñó la prestación, ni sus integrantes enfrentaban las limitaciones que eran predicables de la mujer en una unión heterosexual.

En el escenario en el que surge esta nueva situación social no se aprecia la razón para excluir del deber de contribuir al sistema de seguridad social a una persona capaz de hacerlo, por el hecho de haber conformado una unión homosexual estable. No hay, en este caso, una razón autónoma que justifique, sobre la base de un imperativo constitucional, la pretensión de acceso diferenciado al sistema de seguridad social en pensiones. No quiere ello decir, que dentro de su ámbito de configuración, no pueda el legislador, en desarrollo del mandato de ampliación progresiva de la seguridad social, contemplar medidas especiales de protección en seguridad social para las parejas homosexuales, que consulten sus particulares circunstancias y necesidades. Pero la pretensión alentada por el accionante, orientada a la declaración de la existencia de un imperativo constitucional en esta materia, derivado del principio de igualdad, se sustenta en una equiparación de condiciones, que, como se ha visto, no solamente no existe en la base, sino que tampoco tiene lugar en las circunstancias que dieron origen a la prestación que ahora se reclama.

Por otra parte, que los integrantes de una unión homosexual no puedan acceder a la seguridad social en pensiones a través del sistema especial que para el efecto se ha previsto en beneficio de la familia, no quiere decir que se encuentren desamparados en la materia. Por el contrario, se encuentran incluidos en el sistema, puesto que, en igualdad de condiciones con todas las personas, en desarrollo de los principios de subsidiariedad y de solidaridad deben procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales, y cuando no estén en capacidad de hacerlo, pueden acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y en pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual.

6. Caso concreto El accionante sostiene que la negativa del ISS a reconocerle la pensión de sobrevivientes como beneficiario de su compañero en una relación homosexual estable es violatoria de su derecho a la seguridad social y constituye una forma de discriminación en razón de su orientación sexual.

Tal como se ha puesto de presente en esta providencia, la actuación del ISS se desenvuelve dentro del marco constitucional y legal de la seguridad social en pensiones, que no ha previsto una pensión de sobrevivientes para los integrantes de una pareja homosexual.

La ausencia de una previsión en ese sentido no afecta el imperativo de universalidad del sistema de seguridad social en pensiones, ni implica desconocer el derecho de acceso del accionante a la seguridad social, puesto que éste se rige para el efecto por el régimen legal previsto de manera general para todas aquellas personas que no queden cobijadas por el mecanismo especial que se ha previsto para la protección integral de la familia. De hecho, el accionante, con posterioridad a la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el año 2000, estuvo vinculado laboralmente, hasta el año 2002, y contribuyó para la financiación de su pensión, lo cual, según expresa en su solicitud de amparo, continúa haciendo, no obstante haber perdido su empleo en el año 2002.

Tampoco se puede decir que la respuesta del ISS constituya un caso de discriminación en razón de la orientación sexual del peticionario, puesto que la entidad de seguridad social se limitó a la aplicación de un régimen jurídico en cuyos supuestos no encajaba la situación fáctica del actor. No es de recibo la pretensión según la cual las normas legales y reglamentarias que restringen el ámbito de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar debían haber sido inaplicadas por contrarias al ordenamiento constitucional y a diversos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, porque, como se ha visto, por un lado, existen diferencias objetivas en las situaciones cuya comparación se pretende y, por otro, a partir de la garantía constitucional de la seguridad social no es posible alentar una pretensión iusfundamental conforme a la cual resulte imperativo garantizar la pensión de sobrevivientes a los integrantes de una pareja homosexual.

Como se ha dicho, los integrantes de una unión homosexual no se encuentran desprotegidos en materia de pensiones, y pueden, dentro del régimen general, acceder a las pensiones de invalidez y de vejez, en los términos de la ley.

Cabe señalar, finalmente, que la referencia que hace el accionante al dictamen del Comité de Derecho Humanos en el caso Young Vs. Australia [36] , no sirve para desvirtuar las anteriores consideraciones, que son congruentes con reiterada doctrina de la Corte Constitucional sobre la materia y que han sido vertidas en un fallo de unificación de su Sala Plena [37] , por cuanto en esa oportunidad la decisión del Comité tuvo como fundamento el hecho de que el Estado parte no presentó "… ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA [38] , y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción." [39] En este caso, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se ha reiterado que no cabe una extensión automática a las parejas homosexuales del régimen legal que en materia patrimonial se ha previsto para la protección integral de la familia y que, en materia de pensión de sobrevivientes, no concurren en las parejas homosexuales los presupuestos a partir de los cuales se estableció la prestación.

Como resultado de las anteriores consideraciones, las sentencias de instancia serán confirmadas en cuanto denegaron el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.

LEVANTAR los términos en el presente proceso. Segundo. CONFIRMAR las sentencias del 10 de mayo de 2004, del Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., y del 17 de junio de 2004 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Civil- por medio de las cuales se NEGO el amparo solicitado.

Tercero. Para la protección del derecho a la intimidad del accionante, su nombre, así como el de su compañero fallecido, no podrán ser divulgados y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados. De esta manera, se ORDENARÁ a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso, que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante y su compañero fallecido.

Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO A LA SENTENCIA T-349 DE 2006.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Debe tener carácter solidario y no individualista (Salvamento de voto) Luego de hacer un amplio recuento sobre la legislación en materia de seguridad social, así como de sus aspectos normativos y su evolución en el estado liberal, la mayoría se centró en resaltar el carácter individual y autónomo que inspira la protección social. Esta premisa expuesta por la mayoría de la Sala, desconoce claramente el carácter solidario con el que surge y se expande la Seguridad Social. Negar el principio de solidaridad, ayuda y socorro mutuo en la Seguridad Social, es tanto como desvirtuar el sustrato mismo del Estado Social de Derecho. Ello, porque si bien es el propio trabajador que con su esfuerzo laboral contribuye a la estabilidad y permanencia del sistema, la solidaridad se encuentra implícita en todo el sistema pensional, ya sea del cotizante con otros o de una generación a otra. El énfasis en una seguridad social individual y de un trabajador que debe autoprotegerse se aleja profundamente del caso sometido a estudio y de la situación concreta del demandante, que como enfermo de SIDA, se encuentra en un estado de desventaja física y social.

El centro de la discusión -obviado por la mayoría- es que el demandante es una persona que convivió con otra del mismo sexo en forma estable, al igual que una pareja heterosexual, se creó un vínculo afectivo y de solidaridad que duró hasta la muerte de su pareja, quien cotizó en pensión, no tiene herederos y a quien legítimamente le corresponde una pensión de sobrevivientes no reconocida por la mayoría.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL- No está dirigido exclusivamente a la familia compuesta por hombre y mujer, sino que puede extenderse a grupos familiares (Salvamento de voto) No es cierto que el sistema de seguridad pensional se encuentre exclusivamente dirigido a la protección de la familia entendida como la unión estable de un hombre y una mujer. De hecho la seguridad social ha venido en forma cada vez más clara abandonando el concepto de familia para extenderse al de grupos familiares. Grupos familiares que pueden integrarse de formas variadas, más ajustada a una realidad sociológica colombiana en donde muchos hogares se componen de una madre soltera con sus hijos, o de la abuela con algunos hijos y sus nietos, o el de una hermana(o) con su hermana(o), por mencionar sólo algunas dentro de las infinitas combinaciones posibles. Lo que resulta relevante es que el concepto de familia es, en todo caso, una forma de unión de las personas que no refleja lo que el concepto de grupos familiares sí consigue mostrar, una realidad de fuertes lazos de solidaridad mediados por la convivencia, ayuda y socorro y que se gestan por consanguinidad, por afinidad, por afiliación o por mero accidente de la vida.

DERECHO A LA LIBRE OPCION SEXUAL- No se prohíbe pero no se aceptan sus consecuencias (Salvamento de voto) Las personas son libres de escoger la opción sexual que prefieran, pero las consecuencias que de ello se derivan son diferentes: la convivencia estable entre heterosexuales da lugar a una protección social al sobreviviente, mientras que la misma situación vivida por una pareja homosexual se verá amenaza por la incertidumbre económica del supérstite. La lectura de la Constitución promovida por la mayoría afirma proteger la opción sexual, pero, a su vez y sin advertir su misma contradicción, crea cargas adicionales diferenciadas a sus expresiones familiares. Todo ello no es más que una burla a la libertad sexual, en tanto no la prohíbe, pero sus manifestaciones son desprovistas de la protección legal y en últimas sancionadas.

DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL- Fundamental (Salvamento de voto) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE TRATO A HOMOSEXUALES (Salvamento de voto) La Corte Constitucional no se ha pronunciado precisamente sobre la solicitud de sustitución de pensión de sobreviviente de una pareja homosexual, sin embargo, en múltiples oportunidades se ha ocupado de proteger los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad del colectivo homosexual. En términos generales, la Corte ha considerado reiterada y coherentemente que el homosexualismo es una elección libre y autónoma de los ciudadanos, que se sitúa en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad y como tal, no hay lugar a la discriminación de las personas en razón de su orientación sexual. No obstante, el camino jurisprudencial desarrollado por la Corte en relación a la protección de los derechos de los homosexuales muestra que el enfoque de éste Tribunal se ha caracterizado por salvaguardar el derecho a la identidad sexual al entenderla como una opción individual que no puede ser objeto de discriminación, empero, tal defensa no ha sido siempre enérgica.

DERECHO A LA IGUALDAD- Trato desigual no justificado por el ISS en el que se dio relevancia a la orientación sexual (Salvamento de voto) La persistente renuencia del I.S.S. en dar respuesta tanto a la solicitud presentada por el accionante reclamando el derecho a la pensión de sobrevivientes, como a cada uno de los recursos que en su debido momento interpuso el demandante, a saber el de reposición y el de apelación, generó unas excesivas cargas para el accionante con los costos económicos de buscar asesoría jurídica o extender el tiempo del servicio previsto para ello, unido al desgaste físico y psicológico que todo proceso judicial genera. La displicente actitud del I.S.S. con el petente, notorio desde el principio hasta el final del procedimiento impulsado por el accionante, muestra un grotesco abuso de poder del ente público quien en su condición de parte fuerte posterga arbitrariamente la debida respuesta y diligencia que

debe dar a las peticiones que formulen los ciudadanos. La comprobada negligencia del I.S.S. sólo puede interpretarse como un grave indicio de que el I.S.S. usó criterios sospechosos, el de la orientación sexual del petente, como una información relevante para darle un trato desigual no justificado.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN LA LEY 100 DE 1993- No hay diferenciación por sexo u orientación sexual (Salvamento de voto) La Ley 100 de 1993 define el Sistema de Seguridad Social en su artículo primero. Este artículo desarrolla el principio de universalidad enunciado en el artículo 48 de la Constitución. La norma no hace ningún tipo de diferenciación con base en el sexo, o la orientación sexual, pues el principio de universalidad se define a partir del principio de dignidad humana, siendo su objeto las personas y la comunidad. El artículo segundo de la Ley establece los principios por los que se guiará la prestación del servicio de seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), siendo el principio de universalidad uno de ellos. El texto legal es claro al señalar que la garantía de protección es para todas las personas y expresamente prohíbe la discriminación de cualquier tipo.

PENSION DE SOBREVIVIENTES- En la ley 100 de 1993 no existen criterios de exclusión para homosexuales (Salvamento de voto) La Ley 100 de 1993 no establece ningún criterio relacionado con el sexo o la orientación sexual como requisito para obtener la pensión de sobrevivientes ni para ser beneficiario de ella. El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no puede estar sujeto a ningún criterio de discriminación, como sería la orientación sexual del accionante. No existen criterios de exclusión en la ley para personas homosexuales, de existir, serían claramente contrarios a los principios constitucionales que pretende desarrollar el Sistema de Seguridad Social, y a los principios de la Ley misma.

PENSION DE SOBREVIVIENTES- Finalidad del Decreto 1889 de 1994 es opuesto a la ley 100 de 1993/ PENSION DE SOBREVIVIENTES- Es inconstitucional el decreto 1889 de 1994 y la interpretación de la ley 100 de 1993 que excluya a los homosexuales/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD- Inaplicación del artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 (Salvamento de voto) La excepción de inconstitucionalidad autoriza al juez de tutela para la inaplicación de una norma jurídica que sea incompatible con una norma constitucional. En relación a la norma sometida a estudio, el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 al incluir la frase “del sexo diferente al del causante”, es incompatible con el artículo 13 de la Constitución, por lo que vulnera flagrantemente el derecho a la igualdad. En esa medida, el juez de tutela debe inaplicar el artículo en mención y dar prevalencia al mandato constitucional de la igualdad, verificando por consiguiente, los demás requisitos legales que establece la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1889 de 1994. Por consiguiente el juez de tutela hará caso omiso a cualquier interpretación posible que se base en la orientación sexual de las partes, porque tal interpretación es inadmisible a la luz de la Constitución.

CAMBIO DE JURISPRUDENCIA- Extensión de los beneficios de la seguridad social a los homosexuales (Salvamento de voto) La propuesta en este salvamento es provocar un cambio en la jurisprudencia para extender las bondades y beneficios de la seguridad social al colectivo de homosexuales.

Desde la axiología constitucional que aquí se ha explicitado es posible concluir que la unión de dos personas del mismo sexo en el marco de una solidaridad, dependencia y ayuda mutua no puede quedar excluida de la respuesta del Estado en lo que a Seguridad Social concierne.

Referencia: expediente T-0942082 Acción de tutela interpuesta contra el ISS. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL Con el acostumbrado respeto por las decisiones de ésta Corporación, salvo mi voto respecto a la posición de la mayoría de no amparar el derecho a la igualdad, a la dignidad y la seguridad social del demandante, enfermo de Sida y quien había establecido una relación estable y solidaria durante 8 años con su compañero, quien falleció por la misma enfermedad. Las razones por las cuales me aparto de la decisión de la mayoría fueron presentadas en la ponencia inicial, las cuales se reiteran en este salvamento.

Argumentos de la mayoría 1. Una seguridad social “individualista ” Luego de hacer un amplio recuento sobre la legislación en materia de seguridad social, así como de sus aspectos normativos y su evolución en el estado liberal, la mayoría se centró en resaltar el carácter individual y autónomo que inspira la protección social. Desde ésta visión es el propio individuo mediante su esfuerzo “ como ser autónomo y capaz de autoproveer sus necesidades” y con su trabajo, como derecho y obligación social, quien da lugar a las prestaciones en Seguridad Social. Es entonces en el individuo en quien recae la seguridad social y sólo en forma subsidiaria, “cuando esa persona no puede responder por sí misma , resultan obligados la sociedad y el Estado.” Esta premisa expuesta por la mayoría de la Sala, desconoce claramente el carácter solidario con el que surge y se expande la Seguridad Social, que reconoce una cobertura al trabajador para cubrirle aquellos aspectos de su ciclo vital en los que justamente su fuerza laboral se ve disminuida o apocada, tales como la maternidad, la vejez, el desempleo, la incapacidad o la enfermedad. No en vano en el artículo 48 constitucional, se invocan tres principios base de la Seguridad Social, la universalidad, la solidaridad y la eficiencia.

Negar entonces el principio de solidaridad, ayuda y socorro mutuo en la Seguridad Social, es tanto como desvirtuar el sustrato mismo del Estado Social de Derecho. Ello, porque si bien es el propio trabajador que con su esfuerzo laboral contribuye a la estabilidad y permanencia del sistema, la solidaridad se encuentra implícita en todo el sistema pensional, ya sea del cotizante con otros o de una generación a otra, “los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.” [40] El énfasis en una seguridad social individual y de un trabajador que debe autoprotegerse se aleja profundamente del caso sometido a estudio y de la situación concreta del demandante, que como enfermo de SIDA, se encuentra en un estado de desventaja física y social. Aún en el evento en que el demandante pudiese conseguir un trabajo, su superviviencia se encuentra atada inescindiblemente al suministro de unas costosas medicinas que difícilmente pueden ser solventadas en forma individual. La debilidad manifiesta del demandante parece haber sido tajantemente inobservada por la mayoría al dispensarle un trato de trabajador reclinado ilícitamente en el sistema de seguridad social y en ocasiones, tal sistema de seguridad social pareciese haberse confundido con la caridad. El punto central es que el demandante no solicita caridad por su enfermedad, ni un sistema en salud que lo proteja únicamente por éste hecho. El centro de la discusión -obviado por la mayoría- es que el demandante es una persona que convivió con otra del mismo sexo en forma estable, al igual que una pareja heterosexual, se creó un vínculo afectivo y de solidaridad que duró hasta la muerte de su pareja, quien cotizó en pensión, no tiene herederos y a quien legítimamente le corresponde una pensión de sobrevivientes no reconocida por la mayoría.

2. El silogismo de la “Familia” Como principal argumento de su decisión, la Sala presenta un silogismo simple constituido por dos premisas con una conclusión que se deriva de las anteriores, todo ello como argumento para negar el derecho a una sustitución pensional al demandante:

1. El régimen de seguridad social en pensiones se encuentra dirigido a la protección de la “familia”. 2. Las parejas homosexuales no constituyen una “familia”, por tanto 3.

Las parejas homosexuales al no ser consideradas “familia”, no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. No obstante, para que la conclusión del silogismo adquiera el carácter de verdadero, las premisas que lo componen deben también serlo.

En este caso, no es cierto que el sistema de seguridad pensional se encuentre exclusivamente dirigido a la protección de la familia entendida como la unión estable de un hombre y una mujer. De hecho la seguridad social ha venido en forma cada vez más clara abandonando el concepto de familia para extenderse al de grupos familiares. Grupos familiares que pueden integrarse de formas variadas, más ajustada a una realidad sociológica colombiana en donde muchos hogares se componen de una madre soltera con sus hijos, o de la abuela con algunos hijos y sus nietos, o el de una hermana(o) con su hermana(o), por mencionar sólo algunas dentro de las infinitas combinaciones posibles.

No obstante el concepto de familia expuesto en la Sentencia y que se reduce a la relación estable entre un hombre y una mujer, llega a absorber el de Grupos familiares, creando confusión sobre el uso apropiado de los términos.

No es mi interés volver a discutir si las parejas homosexuales constituyen o no una familia intentando que de la letra del artículo 42 se deduzca que finalmente sí que las contempla. Lo que resulta relevante es que el concepto de familia es, en todo caso, una forma de unión de las personas que no refleja lo que el concepto de grupos familiares sí consigue mostrar, una realidad de fuertes lazos de solidaridad mediados por la convivencia, ayuda y socorro y que se gestan por consanguinidad, por afinidad, por afiliación o por mero accidente de la vida.

Por otra parte, es de reconocerse que uno de los lazos más fuertes de solidaridad en la sociedad se produce entre los padres y los hijos, quienes reciben el apoyo, ayuda y soporte de sus padres en las fases más débiles de su ciclo vital. Con el paso de los años y su avance a la adultez y etapa de mayor productividad, la relación se invierte y es el momento en que los hijos retornan a sus padres todo aquello recibido, justamente cuando estos envejecen y su productividad disminuye. Sin duda la descendencia en las parejas heterosexuales que optan por ello, genera una red de apoyo y reciprocidad que torna más sólida la estabilidad familiar.

Esta ley de vida, favorable para las parejas heterosexuales, opera de facto, en contra de las parejas homosexuales. En ellas, por el contrario, en la medida en que no les es posible la procreación, su avance hacia la vejez se desarrolla en ausencia de una red familiar de apoyo que no hace más que dejar en mayor fragilidad y soledad al homosexual. Carente de éste apoyo familiar es entonces donde el Sistema de Seguridad Social debe actuar en forma más efectiva supliendo las necesidades asistenciales que requiera la persona homosexual.

3. Si a la libertad sexual pero no a sus consecuencias. Sostiene la mayoría, que la libertad para escoger la orientación sexual que se prefiera se encuentra protegida por la Constitución, sin embargo, afirma al mismo tiempo, que en " (…) ese régimen [de seguridad social] no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla." Bajo ese entendido, las personas son libres de escoger la opción sexual que prefieran, pero las consecuencias que de ello se derivan son diferentes: la convivencia estable entre heterosexuales da lugar a una protección social al sobreviviente, mientras que la misma situación vivida por una pareja homosexual se verá amenaza por la incertidumbre económica del supérstite. La lectura de la Constitución promovida por la mayoría afirma proteger la opción sexual, pero, a su vez y sin advertir su misma contradicción, crea cargas adicionales diferenciadas a sus expresiones familiares. Todo ello no es más que una burla a la libertad sexual, en tanto no la prohíbe, pero sus manifestaciones son desprovistas de la protección legal y en últimas sancionadas.

Ahora bien, el nivel de contradicción de la mayoría llega a rozar lo intolerable cuando sostiene: "(…)que los integrantes de una unión homosexual no puedan acceder a la seguridad social en pensiones a través del sistema especial que para el efecto se ha previsto en beneficio de la familia, no quiere decir que se encuentren desamparados en la materia. Por el contrario, se encuentran incluidos en el sistema, puesto que, en igualdad de condiciones con todas las personas, en desarrollo de los principios de subsidiariedad y de solidaridad deben procurarse de manera autónoma sus medios de subsistencia y contribuir al sistema en orden a obtener una pensión en las condiciones legales, y cuando no estén en capacidad de hacerlo, pueden acudir a los medios alternativos de acceso a la seguridad social en salud y en pensiones, en igualdad de condiciones con todas las personas, sin que en ese escenario resulte relevante la orientación sexual." Esta forma de entender la igualdad por la mayoría da al traste con toda la jurisprudencia construida por éste Tribunal en el

sentido de entender que el trato desigual se encuentra justificado cuando lo que se busca es corregir una situación de injusta desigualdad.

En suma, son múltiples los aspectos que no tuvo en cuenta la Sala y que habían sido tratados de manera extensa en la ponencia inicial. A continuación se expondrán aquellos elementos que componían la sentencia original y que fueron no compartidos por la Sala:

1. La sustitución pensional como derecho fundamental de especial protección. 2. Los homosexuales como grupo discriminado tradicionalmente. 3.

El derecho a la igualdad en el caso de los homosexuales. 4. El ISS dio relevancia a la orientación sexual del petente para brindarle determinado trato.

5. La Ley 100/93 no excluye a los homosexuales. 1. La sustitución pensional como derecho fundamental. Desde el inicio de la jurisprudencia constitucional se ha señalado que la sustitución pensional tiene por objeto evitar que los allegados al trabajador queden desamparados por el sólo hecho de la desaparición de éste [41] . Se trata de un derecho orientado a institucionalizar mecanismos de "justicia social a favor de personas que se encuentran en situaciones de involuntaria e insufrible necesidad o, que por circunstancias de debilidad manifiesta, de carácter económico, físico o mental, requieren un tratamiento diferencial positivo o protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2 y 3 del artículo 13 C.N.)." [42] En cuanto a su naturaleza, la Corte tempranamente reconoció que la sustitución pensional es un derecho que revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, constituye para los beneficiarios un derecho fundamental [43] . Lo anterior, "por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial.

Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada. [44] " Varios son los principios expuestos por la Corte en relación al derecho fundamental a la sustitución pensional:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte , "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria" [45] .

Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades [46] .

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados. En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual " el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes [47] " 3. Principio material para la definición del beneficiario. En la sentencia C-389 de 1996 [48] esta Corporación concluyó que:

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido." Es prolija y coincidente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que describe la finalidad de la sustitución pensional y que ha sido utilizada por la Corte Constitucional. Éste Tribunal citó [49] la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que ha

reconocido que el propósito central de la pensión de sobrevivientes es el de dar apoyo económico a los familiares del pensionado, o del afiliado fallecido, frente a las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso:

“ Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición.

” (Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406). En el mismo sentido, la sentencia C-1255/01 [50] señaló que la pensión de sobrevivientes es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), que tiene por finalidad proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte. Así, según la Corte Suprema, el pago de la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección” [51] .

De igual forma, en la sentencia C-081/99 ésta Corte trajo a colación la sentencia de julio 1º de 1993, del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, al referirse al tema de la sustitución pensional:

“ (...) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante .

” (Consejo de Estado, Sección Segunda, sent. julio 1º/93). Subrayado fuera del texto original Así, el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte [52] .

En conclusión, señaló la sentencia C-1094/03 [53] , la finalidad esencial de la sustitución pensional es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia [54] , sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido [55] .

La tutela objeto de revisión negó la sustitución pensional a un homosexual que padece del síndrome del VIH, y que acompañó hasta su muerte a su compañero permanente, lo que sugiere presentar un recorrido por la jurisprudencia de esta Corporación en punto a la protección constitucional de los homosexuales y los derechos fundamentales garantizados en diferentes acciones de tutela.

2. El trato de los homosexuales en la jurisprudencia constitucional. Los homosexuales como grupo discriminado tradicionalmente. La Corte Constitucional no se ha pronunciado precisamente sobre la solicitud de sustitución de pensión de sobreviviente de una pareja homosexual, sin embargo, en múltiples oportunidades se ha ocupado de proteger los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad del colectivo homosexual. En términos generales, la Corte ha considerado reiterada y coherentemente que el homosexualismo es una elección libre y autónoma de los ciudadanos, que se sitúa en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad y como tal, no hay lugar a la discriminación de las personas en razón de su orientación sexual. En reiteradas sentencias, cuyos supuestos de hecho no se refieren a casos de homosexuales, ha afirmado no obstante, que la orientación sexual es un criterio sospechoso y que los homosexuales son un grupo tradicionalmente discriminado [56] .

No obstante, el camino jurisprudencial desarrollado por la Corte en relación a la protección de los derechos de los homosexuales muestra que el enfoque de éste Tribunal se ha caracterizado por salvaguardar el derecho a la identidad

sexual al entenderla como una opción individual que no puede ser objeto de discriminación, empero, tal defensa no ha sido siempre enérgica.

Por su parte, en relación al derecho a la Seguridad Social en el marco de una pareja homosexual, la Corte ha encontrado que al confrontar otras formas de convivencia entre personas al concepto de "familia", y ante las restricciones que constitucionalmente de este concepto se derivan, no se entienden afectados los derechos fundamentales de los homosexuales cuando se les niega la cobertura en salud y pensiones. En cambio, la Corte ha entrado a proteger el derecho a la seguridad social cuando éste ha sido vulnerado como consecuencia de la afectación de otros derechos de carácter fundamental como el debido proceso, sin entrar a valorar la orientación sexual de quien solicitó la protección de sus derechos. En éste sentido la Corte Constitucional ha proferido varios fallos.

En la sentencia T-618-00, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte decidió que una vez un homosexual ha sido afiliado como beneficiario de su pareja permanente dentro del régimen contributivo, no podía ser desafiliado arbitrariamente; pues ello implicaba el desconocimiento de su derecho al debido proceso y el principio de la buena fe.

En ésta ocasión la Sala Sexta de Revisión [57] ordenó al I.S.S. prestar la atención médica correspondiente, siempre y cuando no existiera decisión judicial en contrario dentro de un proceso contencioso-administrativo. Aclaró expresamente la sala de revisión de la Corte que no se tutelaban los derechos a la intimidad, honra, diversidad cultural, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, pues no se vislumbraba la violación de estos derechos por parte del I.S.S. y que al contrario, inicialmente se le había concedido el derecho al beneficiario sabiendo de su homosexualidad. Sostuvo la Corte que la posterior modificación del criterio se hizo con base en la proyección de la caracterización del concepto de "familia" y no con base en otra razón como la orientación sexual.

En la sentencia T-999-00, M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte decidió que una E.P.S. no violaba el derecho a la igualdad al negar la afiliación como beneficiario dentro del régimen contributivo en salud, al compañero de un homosexual. Esto, porque según la sala Séptima de Revisión [58] , las reglas civiles de familia, y en especial la Ley 54 de 1990, impiden extender tal derecho a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Agrega la Corte que los accionantes solicitan la protección de su derecho a la seguridad siendo éste un derecho social cuya realización está mediada por el legislador y que en este caso no se demostraba conexidad con un derecho fundamental, por lo que la acción de tutela no es la vía correcta para buscar tal protección.

En la Sentencia T-1426-00, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte reiteró que no se violaba el derecho a la igualdad ni a la seguridad social en salud al negar la solicitud de un cotizante de afiliar como beneficiario a su pareja homosexual. En ésta sentencia, sin embargo, la Sala Novena de Revisión [59] presentó argumentos diferentes a los de la sentencia T-999-00. En esta oportunidad afirmó la Corte que las reglas de familia y la Ley 54 de 1990 no son aplicables para la interpretación de las normas del Sistema de Seguridad Social pues esto excedería su ámbito de aplicación [60] , restringido al derecho civil. Para sustentar la decisión, se basó en el decreto reglamentario del régimen de pensiones que para efectos de la pensión de sobrevivientes, define el concepto de compañero (a) permanente, de forma heterosexual, esto es, con la frase " de sexo diferente al del causante ".

Ahora bien, sin duda la sentencia de la cual me aparto se encuentra seriamente apoyada en la Sentencia de Unificación SU-623-01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se reitera que no existe una violación del derecho a la igualdad, a la seguridad social, a la salud, ni al libre desarrollo de la personalidad cuando se niega el acceso al régimen de seguridad social en salud, a un beneficiario de su pareja homosexual cotizante.

En esta ocasión la Corte consideró que el derecho a la seguridad social es un derecho prestacional que en principio no es susceptible de protección por medio de la acción de tutela, a menos que se demuestre una vulneración de los derechos fundamentales y en consecuencia pueda ser protegido en virtud del criterio de conexidad. En tanto prestacional, el

derecho a la seguridad social requiere desarrollo legislativo, de forma que sea el legislador el que establezca la forma de distribución de los servicios y beneficios del sistema integrado de seguridad social. Por esa razón, la mayoría de la Corte estimó que si bien el acceso al sistema de seguridad social se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y por tanto no pueden aceptarse como constitucionalmente válidas las discriminaciones hacia sectores de la población, la ampliación de cobertura es un proceso paulatino y progresivo que obedece a diversos factores normativos constitucionales, económicos y demográficos, cuya ponderación corresponde al legislador. En ese sentido, estimó la Corte que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados, en este caso los homosexuales que hagan vida en pareja, en la asignación de beneficios como la afiliación de beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud, no necesariamente constituye una vulneración del derecho a la igualdad, pues se encuentra dentro de su ámbito de decisión.

A su vez la Corte citó la sentencia C-098-96 como ejemplo en el que una omisión legislativa, en su concepto, del mismo carácter (la no inclusión de las parejas homosexuales en la Ley 54 de 1990 en la que se extendían los beneficios del matrimonio a las uniones permanentes), no comporta un trato discriminatorio. Lo anterior puesto que, entendió la Corte en su momento, la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad del servicio, lo que es claramente un fin constitucionalmente válido.

Consideró también que si bien la orientación sexual es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y debe ser respetada y protegida por el Estado, la unión permanente de homosexuales no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia de la Constitución Política. Por esa razón, no puede extenderse la cobertura en salud, pues ésta pretende proteger integralmente a los miembros de la familia y tal finalidad también la encuentra constitucionalmente válida, justificando la exclusión de las parejas homosexuales, como beneficiarios del sistema contributivo de seguridad social en salud. Por lo anterior, en términos de proporcionalidad, encuentra justificada la exclusión. Finalmente, afirmó que la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia para inscribir a los beneficiarios del cotizante en el régimen contributivo no contradice el principio de universalidad ni implica discriminación, pues no se les excluye en razón de su orientación sexual, y existen para las personas homosexuales diferentes formas de acceder al sistema, bien sea por el régimen contributivo como cotizante, o bien el subsidiado o vinculado mientras logran su afiliación. Así, no se les vulnera el derecho a la salud, ni se les discrimina por su orientación sexual.

Por último la Corte hizo una revisión de las normas vigentes aplicables al caso y citó los artículos 157 num. 1, 160 num. 2, 162, 163, 202 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42 de la Constitución Política, haciendo énfasis en que el criterio utilizado por el legislador en el régimen contributivo de seguridad social en salud, es el de la familia. En consecuencia, niega el amparo.

Ahora bien, a pesar de que se trataba en esa oportunidad de una sentencia de unificación, la Corte Constitucional obtuvo una estrecha mayoría (5 contra 4), y por esa razón, es importante reseñar también el salvamento de voto [61] , que con argumentos y consideraciones diferentes, así como sentando una posición crítica frente a la decisión mayoritaria, concluyó lo siguiente:

En primer lugar, que sí hay una discriminación violatoria del derecho a la igualdad cuando se niega la solicitud de incluir a una persona homosexual como beneficiaria dentro del régimen contributivo al cual cotiza la persona de la cual es económicamente dependiente, y con la cual conforma una pareja comprobadamente estable para efectos de la Ley 100 de 1993, en razón, precisamente, a su condición de homosexual.

Segundo, que si se trata de una persona que carece de ingresos para cotizar por sí misma y que tampoco hace parte de uno de los grupos sociales que tienen derecho a participar en el régimen subsidiado, como consecuencia directa de dicha

discriminación se le está desconociendo su derecho a la seguridad social en salud de conformidad con el principio de universalidad.

Tercero, que el principio de universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de salud y que la expansión progresiva de éste no significa que algunas personas, en virtud de las leyes, se encuentran temporalmente fuera del sistema; sino que son los servicios de atención médica a los cuales todos los colombianos tienen derecho, los que se van igualando paulatinamente y por tanto, ninguna actuación legislativa puede perpetuar una discriminación, negando el goce efectivo del derecho a la igualdad. Adicionalmente, el accionante se encuentra estructuralmente por fuera del sistema de modo que no es cuestión de tiempo que pueda acceder a él. Consideran los magistrados disidentes, que si bien el derecho a la seguridad social requiere de desarrollo legislativo, el derecho a la igualdad en materia de acceso al sistema no lo requiere. Que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad, no pueden ser restringidos o castigados con la desprotección en materia de salud a la pareja homosexual estable y ni aún cuando se considere temporal, la exclusión es justificable.

Afirman que las parejas homosexuales y las heterosexuales sí pueden ser comparadas y que para eliminar la discriminación existente, la comparación debe hacerse, pues de hecho comparten todos los aspectos determinantes para el caso en cuestión, a saber, que constituyen una comunidad de vida en común, se fundan en la voluntad responsable de conformarla y nacen de motivos afectivos y sexuales semejantes. Las diferencias entre unas y otras, a saber, que las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio ni procrear naturalmente, no son diferencias significativas para el caso concreto, pues hay parejas heterosexuales que tampoco lo hacen.

El salvamento difiere también en el rigor del test de razonabilidad, pues considera que el test aplicable debe ser estricto pues la diferenciación empleada por la E.P.S. constituye un criterio sospechoso (la orientación sexual), porque los derechos invocados (salud y seguridad social) gozan de garantías constitucionales y por tanto su limitación debe justificarse por la protección de otro derecho constitucional o la promoción de un interés público imperioso; y finalmente, porque los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado. En esta justificación, el salvamento argumenta también que la prohibición de discriminación en razón a la orientación sexual se deriva de la Constitución y de los Tratados Internacionales suscritos por Colombia y cita una decisión del Comité de Derechos Humanos (Toonen Vs.

Australia), en el que el comité decidió que la categoría “orientación sexual” está contenido en el término “sexo”, del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El salvamento de voto presenta también el juicio de razonabilidad concluyendo en el primer paso, que el fin que persigue la E.P.S., es decir, cumplir con la normatividad vigente es legítimo e imperioso, pero insuficiente, pues no es constitucionalmente admisible interpretar la Ley 100 de 1993 para excluir a los homosexuales. Hace especial énfasis en los objetivos del sistema según la Ley 100, los principios en los que se funda y en el hecho de que no emplea conceptos técnicos tomados del derecho civil que permitan concluir que las parejas homosexuales están excluidas por no constituir matrimonio o unión marital de hecho. Por último señala que aceptar la medida de la E.P.S. conlleva a dividir en dos clases a los homosexuales pues actualmente sí existen homosexuales afiliados en calidad de beneficiarios de su pareja al régimen contributivo, como es el caso del ciudadano al que se le tutelaron sus derechos en la sentencia T-618-00, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Para complementar la conclusión de que el medio empleado por la E.P.S. es ilegítimo por basarse en criterios de diferenciación expresamente prohibidos y por excluir a un grupo de personas del goce efectivo del derecho constitucional a la salud, se presentan argumentos mostrando que incluir a beneficiarios homosexuales no representa un cambio en las reglas del sistema, ni costos mayores.

En la sentencia T-725-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se analizó un caso en el que la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE, del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se negaba a conceder la tarjeta de residencia a una persona debido a que la misma se solicitó en atención a su condición de compañero permanente en una relación homosexual. Los accionantes consideraban violados sus derechos a la igualdad, a la dignidad de la persona humana, al trabajo y a la seguridad social. La Corte, al amparo de la sentencia SU-623-01 y las definiciones normativas de familia, matrimonio y unión marital de hecho, consideró que en el caso no se negaba el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de la condición de homosexual, pues ello sería claramente discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional. Lo que se pide es que para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones. Estimó la Corte, que el accionante erró en la norma en la que fundó su solicitud de residencia, pero que era obligación de la administración readecuar el trámite con fundamento en las otras disposiciones legales, lo que habría dado como resultado la concesión de la tarjeta de residencia. Concede la tutela, pero considerando que se vulneró el derecho al debido proceso y no el derecho a la igualdad pues no son hipótesis equiparables la familia, matrimonio y unión marital de hecho entre heterosexuales, a la unión de personas homosexuales.

También en el escenario de las personas privadas de la libertad se han producido varios pronunciamientos: En la sentencia T-499-03, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se resuelve un caso en el que el Defensor del Pueblo Regional Caldas, en nombre de una pareja de mujeres homosexuales, instaura acción de tutela en contra del Director del INPEC Regional Viejo Caldas y de la Directora del Reclusorio Nacional de Mujeres “Villa Josefina” de Manizales, solicitando la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las nombradas, en razón de que los accionados no les permite las visitas homosexuales que éstas solicitan. La Corte afirma que el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Constitución y que la relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. En consecuencia ordena permitir el ingreso de la accionante para que realice las visitas, salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad, e intimidad de las accionadas.

En sentencia T-1096-04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se analiza un caso en el que un recluso solicita el amparo de su derecho a la vida, a la salud, a su integridad física y moral y a su libertad sexual, al rehusarse a trasladarlo a un establecimiento carcelario en el que se le preste debidamente el servicio de salud y no sea sometido al acoso y al abuso sexual permanente, por su condición de homosexual. Se refiere a la protección especial de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario y a ello agrega que a las condiciones de hacinamiento se unen los prejuicios acerca de la orientación sexual que reinan en las cárceles, y que pueden convertirse en factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas de orientación homosexual, aumentando los riesgos que enfrenta esta población. Considera en el caso concreto que tal situación de discriminación es avalada por las autoridades penitenciarias y por el juez de instancia al presuponer que el accionante es parcialmente responsable de las vejaciones a las que ha sido sometido, ‘por su condición de homosexual’, conclusión jurídicamente inadmisible, y en consecuencia, concede el amparo.

En sentencia T-301-04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte analiza un caso en el que el accionante considera vulnerados sus derechos a la igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación, por parte del Comandante de la Policía del Magdalena. Relata que es permanentemente hostigado y retenido ilegalmente por los agentes y auxiliares de policía quienes lo expulsan de un sector de la ciudad con el

argumento que el comando central de policía ordenó el desalojo de los homosexuales del lugar, con base en la protección de la moral y la salubridad pública.

La Corte afirma en el mentado fallo, que respecto de la condición homosexual como criterio sospechoso de discriminación, la jurisprudencia ha sostenido que (i) en estos eventos debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad, por cuanto difícilmente puede sustentarse un fin constitucionalmente admisible en punto de la restricción de la autodeterminación sexual;

(ii) la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación. Implícitamente puede afirmarse también que los fallos de la Corte proscriben la prohibición de comportamientos públicos permitidos a los heterosexuales y negado para los homosexuales.

Concluye del test de razonabilidad, que resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales. De igual manera, la tesis de conformidad con la cual un grupo de personas comercia con drogas ilícitas, debe denunciarse y probarse en el curso de un proceso penal. No puede presumirse con el fundamento peligrosista consistente en que los ciudadanos con cierta opción sexual cometen este delito con ocasión de sus preferencias eróticas. En consecuencia, las medidas de la policía resultan desproporcionadas, en el sentir de la Corte y ordena al accionado adoptar el cauce necesario para que cese el hostigamiento.

A la luz de la doctrina anterior, y dado que la decisión del ISS niega la pensión de sobreviviente a una persona homosexual con sustento en una norma que establece un trato diferenciado, es menester analizar si tal decisión es contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional.

3. El derecho a la igualdad en el caso de los homosexuales. Lo primero a tener en cuenta es que la Constitución Política sólo se refiere a la heterosexualidad en relación con el matrimonio, pero claramente proscribe en su artículo 13 cualquier forma de discriminación con base en el sexo.

En este caso, la diferenciación hecha por el Decreto 1889 de 1994 en su artículo 10 [62] , entre las parejas homosexuales y heterosexuales, restringe el acceso a la pensión de sobrevivientes para las primeras. Es claro que la restricción es para un grupo determinado de personas y no se trata de una restricción general.

Adicionalmente, dicha restricción está fundada en un criterio potencialmente discriminatorio. Debe establecer la Corte si existe o no una discriminación contraria a la Constitución Política. Cabe aclarar que en el caso que nos ocupa, la respuesta del I.S.S. se fundamenta en el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 y es por ello que se está haciendo referencia tanto a la norma, como al pronunciamiento de la entidad encargada de determinar si el accionante tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes.

Antes de entrar a valorar la respuesta dada por el Instituto de Seguros Sociales al accionante es pertinente resaltar el procedimiento que el ciudadano realizó frente a aquella institución y el trato que, con motivo de su solicitud, recibió de la misma.

4. EL I.S.S. dio relevancia a la orientación sexual del petente para brindarle un determinado trato. En el expediente se comprobó que el accionante debió interponer tres acciones de tutela solicitando el amparo del derecho de petición contra el I.S.S. a fin de permitir darle continuidad al proceso administrativo en curso ante la entidad y así agotar la vía gubernativa. En las tres ocasiones los jueces de conocimiento garantizaron el derecho de petición del demandante, y en la última de ellas fue necesario iniciar un incidente de desacato contra el Ministro de Protección Social como superior del Director del I.S.S., y el mismo Director de ésta institución, con el único objeto de que finalmente el I.S.S.

contestara la apelación y diera cumplimiento a la sentencia de tutela que lo condenaba a ello. La persistente renuencia del I.S.S. en dar respuesta tanto a la solicitud presentada por el accionante reclamando el derecho a la pensión de sobrevivientes, como a cada uno de los recursos que en su debido momento interpuso el demandante, a saber el de reposición y el de apelación, generó unas excesivas cargas para el accionante con los costos económicos de buscar asesoría jurídica o extender el tiempo del servicio previsto para ello, unido al desgaste físico y psicológico que todo proceso judicial genera.

La displicente actitud del I.S.S. con el petente, notorio desde el principio hasta el final del procedimiento impulsado por el accionante, muestra un grotesco abuso de poder del ente público quien en su condición de parte fuerte posterga arbitrariamente la debida respuesta y diligencia que debe dar a las peticiones que formulen los ciudadanos. Aún más cuando se trata de una persona enferma que pide una ayuda económica justamente para sobrevivir y acceder a los medicamentos que le permiten perpetuar su vida. En las condiciones descritas, el tiempo opera como un factor en contra de la parte más débil de la relación jurídica, sin embargo y a sabiendas de ello, el I.S.S. se ensañó sin el menor recato con el petente, ahora accionante.

Como antes ya se ha señalado, ésta Corte ha reconocido que aunque la Constitución no se refiere expresamente a la orientación sexual, ella es un criterio de diferenciación que está prohibido, en el sentido de que no es una categoría válida constitucionalmente para excluir a las personas del acceso a beneficios y para someterlas a cargas a las cuáles no está expuesto otro individuo.

[63] En la sentencia C-098-96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte afirmó: ..(…) “La Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P.

art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público .” Justamente la comprobada negligencia del I.S.S. sólo puede interpretarse como un grave indicio de que el I.S.S. usó criterios sospechosos, el de la orientación sexual del petente, como una información relevante para darle un trato desigual no justificado. Como se verá más adelante, tal criterio incluso fue mantenido no solamente durante el trámite seguido por el petente sino también en la respuesta dada a su solicitud.

Del texto del artículo 13 de la Carta Política se deriva que el trato desigual en virtud de la orientación sexual no es justificable y por ende se encuentra proscrito. Por esa razón, la decisión del I.S.S. que afirma que no es posible conceder el beneficio de la pensión de sobrevivientes solicitado, en razón de que el Decreto 1889 de 1994 en su artículo 10 establece que ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona del sexo diferente al del causante [64] , constituye una alusión directa a la orientación sexual del accionante.

Ahora bien, cabe aclarar que la discusión en relación a si la homosexualidad está biológicamente determinada, o no, resulta interesante más no produce efectos diversos en la protección del homosexual. Lo anterior porque en cualquiera de los dos eventos, si está determinada biológicamente o es una construcción del individuo, la orientación sexual se encuentra incluida en la prohibición de discriminación prevista por la Constitución. Cualquiera de las dos tesis que se acoja (el determinismo biológico o la decisión libre y autónoma del individuo) estaría respaldada, en el primer caso por la prohibición de discriminación por rasgos inmutables en la persona; o en el último, por la protección constitucional del derecho fundamental a la autonomía de la voluntad, entendido como el derecho de las personas a construir el proyecto de vida que deseen siempre y cuando no abuse de sus derechos ni afecte el derecho de los demás. Aspecto éste último fundamental en un estado constitucional pluralista ausente de tesis perfeccionistas sobre la personalidad y la vida de sus

habitantes; y en donde, al entender como sospechosas las acciones y decisiones con propósitos de homogeneización, se protege la diferencia.

Lo anterior significa que la Constitución establece un mandato específico y claro de igualdad con respecto a las decisiones autónomas de los ciudadanos y en tanto la orientación sexual recae dentro de dicha esfera de autonomía, está protegida constitucionalmente.

En suma, la respuesta dada por el Instituto de Seguros Sociales para negar la solicitud de la pensión de sobreviviente al accionante está soportada exclusivamente en su orientación sexual. En consecuencia, el I.S.S. vulneró el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad e igualdad del accionante al usar un criterio sospechoso para darle un trato desigual e injustificado.

Ahora bien, la decisión de la entidad, amparada en una norma que consagra un criterio sospechoso que apunta directamente a la preferencia sexual del accionante, no nos exime de hacer un análisis del fin que persigue la disposición y si ella corresponde a una formulación idónea, necesaria y proporcional.

5. El fin que persigue la medida: no es admisible interpretar y reglamentar la Ley 100 de 1993 para excluir a los homosexuales. En primer lugar debe establecerse cuál es el fin buscado por el I.S.S. al negar la pensión de sobreviviente a una persona homosexual. La respuesta del I.S.S, como se ha dicho, tiene asidero, en exclusiva, en una norma legal vigente en el momento en que acontecieron los hechos, el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.

Como bien lo señala la decisión de segunda instancia que se revisa, se trata de una conducta legal de la entidad y en esa medida, es dable afirmar que tal proceder de conformidad con el ordenamiento jurídico responde a un fin legítimo y necesario en un Estado de Derecho. Sin embargo, no debe perderse de vista que cuando se trata de la confrontación de una norma legal con normas de rango constitucional, como el derecho a la igualdad, no es suficiente el propósito de velar por el cumplimiento de la ley. Por esa razón, la decisión del I.S.S.

requiere de un análisis más estricto y cuidadoso que permita establecer si es o no contraria a la Constitución. Tal análisis implica entonces revisar la normatividad vigente en materia de pensión de sobrevivientes como parte del derecho a la seguridad social.

La Ley 100 de 1993 define el Sistema de Seguridad Social en su artículo primero. Este artículo desarrolla el principio de universalidad enunciado en el artículo 48 de la Constitución. La norma no hace ningún tipo de diferenciación con base en el sexo, o la orientación sexual, pues el principio de universalidad se define a partir del principio de dignidad humana, siendo su objeto las personas y la comunidad. El artículo segundo de la Ley establece los principios por los que se guiará la prestación del servicio de seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales), siendo el principio de universalidad uno de ellos. El principio de universalidad está definido en el literal b) del artículo segundo de la siguiente forma:

“ b. Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida." El texto legal es claro al señalar que la garantía de protección es para todas las personas y expresamente prohíbe la discriminación de cualquier tipo. En su artículo tercero la Ley 100 de 1993 [65] establece el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social y la obligación del Estado de garantizarlo. Así, en el artículo 6, se establecen los objetivos del Sistema, dentro de los que se señala la garantía de las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica para afiliarse al sistema y también la garantía de la ampliación de la cobertura para incluir a sectores de la población sin capacidad económica suficiente.

[66] Lo anterior significa que el sistema de seguridad social debe ampliar su cobertura de forma que el elemento económico no es fundamental y decisivo para la no prestación del servicio, máxime si se trata de la protección y garantía

de derechos fundamentales. Como puede notarse, no existen criterios de diferenciación basados en el sexo o la orientación sexual de las personas, sino que se enmarca dentro del principio de universalidad y de igualdad. Esto constituye entonces el marco interpretativo de las disposiciones específicas del sistema de seguridad social.

Para el caso específico de la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de La Ley 100 de 1993 [67] fija los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes; y el artículo 47 define quiénes pueden ser beneficiarios de ella. Establecen los artículos aplicables:

Artículo 46.- " Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.".

ARTICULO 47. "Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y [68] hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

b) Los hijos menores de 18 años; 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;

c) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.".

De la lectura anterior, se reitera que la Ley 100 de 1993 no establece ningún criterio relacionado con el sexo o la orientación sexual como requisito para obtener la pensión de sobrevivientes ni para ser beneficiario de ella. De hecho, los criterios legales para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente se dirigen en primer lugar, a la protección de las personas que convivieron con el causante haciendo vida marital sin considerar su orientación sexual; en segundo lugar, se protege a los dependientes económicamente del causante, también sin considerar el criterio de la orientación sexual. En tercer lugar, a las personas con algún grado de invalidez, considerando que son personas en situación de debilidad manifiesta.

De esa forma, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no puede estar sujeto a ningún criterio de discriminación, como sería la orientación sexual del accionante. No existen criterios de exclusión en la ley para personas homosexuales, de existir, serían claramente contrarios a los principios constitucionales que pretende desarrollar el Sistema de Seguridad Social, y a los principios de la Ley misma, tal como se mostró anteriormente.

Ahora bien, siendo ese el marco legal es preciso analizar dentro del contexto interpretativo, el Decreto 1889 de 1994, que reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993. Los artículos aplicables son los siguientes:

“Artículo 9. Cónyuge beneficiario de la Pensión de Sobrevivientes por muerte del Pensionado. El cónyuge del pensionado que fallezca tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.” “Artículo 10. Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante , que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.” (Negrillas fuera de Texto) Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

“Artículo 11. Prueba de la Calidad de Compañero Permanente. Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley. En todo caso las entidades administradoras indicarán en sus reglamentos los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento respectivo”.

El Decreto 1889 de 1994, consagra así una restricción al acceso a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo en su artículo décimo. Tal como se ha venido sosteniendo, la Ley 100 de 1993, no establece tal restricción, ni da lugar a ella pues sería contrario a la Constitución y a los principios del Sistema de Seguridad Social. Así las cosas, si el legislador no estableció una diferenciación para las personas homosexuales frente a las heterosexuales, porque sería claramente contrario a la Carta, no es admisible que lo haga una norma de rango inferior como es el Decreto 1889 de 1994.

De otra parte no existe un fin constitucionalmente admisible e imperioso que fundamente la restricción expresa para que los homosexuales accedan a la pensión de sobrevivientes, pues no está en juego la protección de otro derecho constitucional que justifique la restricción del derecho a la seguridad social para los homosexuales.

La orientación sexual es un criterio de diferenciación prohibido que no puede servir para la restricción del principio de universalidad del sistema de seguridad social, específicamente en el tema de la pensión de sobrevivientes cuando como en el caso sometido a análisis se satisface el principio material de efectiva convivencia, con los supuestos de ayuda y socorro, en el lecho de muerte.

Recordemos que el accionante cuidó de su pareja durante su enfermedad y lo acompañó hasta su muerte, aún a riesgo de perder su propio trabajo. Resulta claro que la vocación de ayuda y socorro que se estableció entre el causante y su pareja constituye un acuerdo de reciprocidad, en el sentido de correspondencia mutua de una persona con otra, que fue plenamente satisfecho por uno de ellos y que aún se encuentra pendiente respecto al segundo. En especial, si tenemos en cuenta que el sobreviviente también se encuentra enfermo y requiere un ingreso estable que le permita acceder a los medicamentos, es decir, requiere conservar un mínimo vital para su subsistencia. Por otra parte hay que tener presente que el accionante es el único reclamante de la pensión y que su pareja adquirió, con su propio trabajo y esfuerzo, el derecho a la misma, y que ahora, necesariamente y en razón de la reciprocidad profesada entre ambos, precisa su excompañero.

Tampoco existe en este caso interés general alguno, cuyo logro o búsqueda, sea imperioso, y que con ello pueda justificar la restricción. Así las cosas, la restricción es discriminatoria pues se basa exclusivamente en la orientación sexual de los individuos, ámbito de la esfera privada que está absolutamente vedado para la intervención del Estado. Es contraria a los mandatos de igualdad de la Constitución y a las normas rectoras del Sistema de Seguridad Social. Con lo anterior, es claro que la finalidad que persigue el Decreto 1889 de 1994 y que constituye el argumento central para negar

la solicitud de la pensión de sobreviviente al accionante, es opuesta al texto de la Ley 100 de 1993 y a la Constitución, pues como se señaló, es una disposición que resulta irreconciliable con el mandato del artículo 13 constitucional.

6. Idoneidad de la medida para garantizar la finalidad perseguida. No es menester realizar un análisis dirigido a verificar la idoneidad de la medida pues, como ya se ha establecido, el fin es en sí mismo contrario a la Constitución, y ello constituye una razón suficiente para concluir que se trata de una violación del derecho a la igualdad. Situación anterior que se extiende, a su vez, a la verificación de la necesidad de la medida.

En este sentido, el análisis de proporcionalidad tampoco se revela imperioso, pues, como antes se ha expuesto, dado que el trato diferenciado para personas homosexuales y heterosexuales no se ajusta al grado de discrepancias entre los dos grupos de personas; la carga que se está imponiendo a la población homosexual es acentuadamente asimétrica en relación con el grupo heterosexual mayoritario. De hecho, en lo que se refiere a la pensión de sobrevivientes, y en general los beneficios que integran el derecho a la seguridad social, no existe diferencia alguna. La única diferencia existente entre los homosexuales y los heterosexuales es la orientación sexual, y, como ya se ha ampliamente argumentado, ésta se encuentra protegida por el texto constitucional, ergo, no puede configurarse como el supuesto de ningún trato desigual.

Para el Estado y las entidades privadas pertenecientes al Sistema de Seguridad Social es absolutamente indiferente en términos económicos o financieros reconocer la pensión de sobreviviente a una persona heterosexual o a una persona homosexual, de forma que no se afectaría a ningún otro grupo poblacional ni sus derechos fundamentales. Por el contrario, permitir que todas las personas una vez verificados los requisitos para obtener la pensión de sobreviviente accedan a este beneficio, excepto los homosexuales, introduce una división dentro de la sociedad que relega a los homosexuales del grupo heterosexual mayoritario. Tal división es claramente contraria al artículo 13 de la Constitución.

En esa medida, el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 así como cualquier interpretación de la Ley 100 de 1993 que excluya a las personas homosexuales del beneficio de las prestaciones allí consignadas sobre la base de su orientación sexual, es contraria a la Constitución Política.

Esta conclusión no sólo se deriva del texto constitucional en sí mismo, sino que también encuentra respaldo en los tratados [69] y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que en virtud del artículo 93 de la Carta, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Constitución o la jurisprudencia constitucional.

[70] . El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, en el artículo 26 del Primer Protocolo Facultativo establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizara a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Respecto a este artículo el Comité de Derechos Humanos encargado de la interpretación del Pacto ha afirmado que la categoría “orientación sexual” está incluida dentro del término “sexo” del artículo citado. De hecho, el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2003 una causa con hechos similares al que se analiza en esta ocasión. El 18 de septiembre de 2003, el Comité mediante Comunicación Nº 941/2000, publicó la decisión que resolvió el caso Young Vs. Australia [71] .

En este proceso el actor afirmó ser víctima de la violación del artículo 26 del Pacto porque, el Estado australiano, le había negado la solicitud de pensión de “persona a cargo” de un veterano. Persona con la que había convivido durante 38 años hasta el momento de su muerte.

La pensión le fue negada al actor porque según la definición legal de compañero/a, debe tratarse de una persona del sexo opuesto de forma que conformen una pareja, y el actor y el causante eran del mismo sexo. En efecto, dentro de los requisitos exigidos por la legislación australiana para reconocer a una persona como miembro de una pareja con efectos en la adquisición de la pensión de sobrevivientes, se consagra:

i) vivir con otra del sexo opuesto (denominada en este párrafo compañero/a). Por esa razón, la autoridad administrativa aplica la ley y no le concede el beneficio de la pensión de sobreviviente.

El Comité observó que en el análisis de los requisitos de admisibilidad de la denuncia, “las autoridades nacionales negaron una pensión al autor por no encajar en la definición de ser "miembro de una pareja" al no haber vivido con una "persona del sexo opuesto". A juicio del Comité, está claro que al menos los órganos nacionales que examinaron el caso consideraron que la orientación sexual del autor era un factor determinante para su falta de legitimación. A ese respecto, el autor ha demostrado que es víctima de una presunta violación del Pacto a los efectos de lo dispuesto en el Protocolo Facultativo.

” [72] Arguyó asimismo el Comité que dentro de los parámetros que sienta la legislación australiana, nunca se le habría pagado una pensión al actor independientemente de que hubiese satisfecho los demás criterios establecidos en ella, en razón a que había vivido con una persona del sexo opuesto. En esa medida, considera que la única explicación aducida por las autoridades australianas fue el hecho de que no cumplía el requisito de “vivir con una persona del sexo opuesto”.

Con base en lo anterior, el Comité define como problema a resolver, decidir si “ al negar al autor una pensión con arreglo a la VEA [73] porque era del mismo sexo que el fallecido, el Estado parte ha violado el artículo 26 del Pacto .” Como puede observarse se trata de similares hechos a los presentados en el caso que nos ocupa. Pues bien, el Comité reitera la jurisprudencia anterior en el sentido de que el artículo 26 incluye la discriminación basada en la orientación sexual [74] e insiste en que no todo trato desigual constituye una violación del pacto, pues en tanto y cuanto esté basada en criterios razonables y objetivos, es legítima. Sin embargo, el Estado parte no presentó argumentos para demostrar que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales fuese razonable y objetiva, y el Comité no encontró en el material probatorio disponible, argumento para ello. El Comité concluyó entonces que el Estado parte efectivamente violó el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su orientación sexual.

En la parte resolutiva del fallo, el Comité estableció que: “ el autor, como víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro.

” De esta forma, es claro que en el plano internacional tampoco es admisible una interpretación en donde se niegue el acceso a beneficios o derechos con base en la orientación sexual de las personas.

[75] Debe tenerse en cuenta que Colombia también está sujeto a las decisiones e interpretaciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que haga el Comité, y que, en la medida en que éste hace parte integral de la Constitución Política en los términos de su artículo 93, es inadmisible constitucionalmente que se niegue la pensión de sobrevivientes a un ciudadano sobre la base de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994, a saber, que será reconocido como compañero/a permanente, la última persona de sexo diferente al del causante. También es inadmisible constitucionalmente entonces, cualquier interpretación de la Ley 100 de 1993 en este mismo sentido.

La ponencia proponía entonces excepcionar la norma del ISS por tratarse de una clara violación a la Constitución. Excepción de Inconstitucionalidad: Inaplicación de norma legal.

Ahora bien, la respuesta del I.S.S., como se afirmó, se ajusta a la normatividad vigente, pero como también ya se dijo, cuando ésta se encuentra en conflicto con normas superiores, como lo son una norma de rango legal y una norma constitucional, debe prevalecer el respeto por las normas constitucionales. El artículo 4 de la Constitución Política establece que: "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.".

El artículo cuarto de la Constitución posee una doble dimensión jurídica, como principio y mandato. Como principio establece la supremacía constitucional, que no es más que la preferencia de las normas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica y en tanto mandato establece una orden, a los funcionarios judiciales y administrativos [76] en el sentido de que sí al confrontar la norma inferior con la superior, en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos [77] se encuentra con una incompatibilidad, de manifiesta confrontación de la última frente a la Constitución siendo evidente su vulneración, se inaplique la norma inferior.

En sentencia T-925-04 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional recogió los pronunciamientos sobre la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad en los procesos de tutela viabilizando el ejercicio conjunto de la protección del derecho fundamental y la inaplicación de la norma inferior de la siguiente manera:

Claro está, puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma-legal o de otro nivel-que resulta incompatible con la preceptiva constitucional.

En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad (artículo 4º C.N.) y la acción de tutela (artículo 86 Ibídem), la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho.

De dichas consideraciones se desprende que bien puede el juez de tutela en cumplimiento del artículo 4° superior inaplicar normas que resulten incompatibles con la Constitución y afecten derechos fundamentales. Empero como lo ha precisado igualmente la Corte para que ello sea posible es necesario que se cumplan precisas condiciones. Así dicha incompatibilidad con la Constitución debe ser manifiesta al tiempo que la norma debe vulnerar en forma ostensible y flagrante un derecho constitucional fundamental. (...) Que dicha violación sea permanente y que por lo tanto sea necesaria la inaplicación del acto administrativo particular y concreto para asegurar la vigencia e inmediata efectividad del derecho fundamental.

" [78] . Así, la excepción de inconstitucionalidad autoriza al juez de tutela para la inaplicación de una norma jurídica que sea incompatible con una norma constitucional; sin que ello sea óbice para que más adelante se pueda adelantar otros procedimientos de defensa de la Constitución de carácter abstracto y con efectos generales, como la acción pública de inconstitucionalidad.

En relación a la norma sometida a estudio, el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 al incluir la frase "del sexo diferente al del causante", es incompatible con el artículo 13 de la Constitución, por lo que vulnera flagrantemente el derecho a la igualdad.

En esa medida, el juez de tutela debe inaplicar el artículo en mención y dar prevalencia al mandato constitucional de la igualdad, verificando por consiguiente, los demás requisitos legales que establece la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1889 de 1994. Por consiguiente el juez de tutela hará caso omiso a cualquier interpretación posible que se base en la orientación sexual de las partes, porque como ya se mostró, tal interpretación es inadmisible a la luz de la Constitución.

Ahora bien, con respecto a los efectos de dicha inaplicación en sentencias de tutela ha dicho la Corte que tiene facultad para modular los efectos de sus fallos y que dicha potestad reside en la necesidad de buscar la forma más efectiva de proteger los derechos constitucionales y de garantizar el respeto por la Constitución. En sentencia T-203-02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa afirmó:

"De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, [79] la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes.

[80] "La Corte también ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad y decidió que estos podían extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones [81] ".

Es de suponer que cuando el juez de tutela que inaplica una norma inferior por vulnerar la Constitución es la Corte Constitucional, mediante su facultad de revisión, tal decisión se encuentra rodeada de una serie de efectos vinculados a el objeto mismo de la revisión, como es:

unificar la jurisprudencia y dar pautas en la defensa de los derechos fundamentales, por eso, cuando hay modificación de un criterio jurisprudencial la determinación debe tomarse por Sala Plena. Por la misma razón todos los jueces deben respetar la posición que la Corte adopte porque sería un absurdo que la jurisprudencia sólo incidiera en las decisiones de la propia Corte Constitucional y no de la totalidad de los integrantes de la jurisdicción constitucional.

[82] Así mismo se expresó en esa misma decisión que bajo el ideal de unidad de la jurisdicción constitucional, se asegura la certeza del derecho y la seguridad jurídica que deben ser entendidos como pilares de la real vigencia de los derechos fundamentales de los asociados, en condiciones de igualdad.

En la misma dirección se encuentra la sentencia SU-1023 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, en la cual se decretaron efectos inter comunis, en el sentido de extender los efectos de una sentencia de tutela a todos aquellos exfuncionarios de la Flota Mercante Gran Colombiana que se encontraban en idénticas condiciones a la de los demandantes que habían interpuesto la acción. En ésta decisión se precisó que tal atribución la posee la Corte Constitucional más no el ad- quem en la medida en que la primera (...)puede señalar el alcance de sus sentencias y lo hará para evitar proliferación de decisiones encontradas, o equivocadas. Por consiguiente, determinar que la jurisprudencia que sustenta el presente fallo y la decisión que se tomará, produce efecto inter pares y, por tanto, debe ser aplicada a todos los casos que reúnan los supuestos legales analizados en esta sentencia." [83] Teniendo en cuenta todo lo anterior y en virtud de la protección del derecho a la igualdad, los efectos de este fallo habrán de ser inter pares , tal como lo establece la sentencia anteriormente citada y de conformidad con casos anteriores en los que se realiza la inaplicación de una norma legal por la excepción de inconstitucionalidad. Así las cosas, la decisión que se tome en este caso será extendida a todos los casos que reúnan los supuestos legales de este fallo.

Procedencia de la Acción de Tutela. La Corte Constitucional ha sostenido que, en principio, la acción de tutela no procede para la protección de derechos prestacionales. Sin embargo, en reiteradas oportunidades ha señalado también las circunstancias en las que la negativa a reconocer un derecho prestacional puede comprometer los derechos fundamentales, situación en la que la tutela tendría lugar como mecanismo transitorio.

La Corte se pronunció concretamente sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la sentencia T-378-97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, estableciendo las condiciones de procedibilidad de la tutela así:

“ (...), la tutela constitucional de la prestación es procedente si se dan las siguientes condiciones: (1) que el derecho prestacional alegado pueda, efectivamente, radicarse, en los términos predeterminados por la ley, en cabeza del actor; (2) que la negativa del Estado comprometa, directamente, un derecho de carácter fundamental y; (3) que se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la acción de tutela .” [84] En el presente caso se cumplen dichas condiciones de la siguiente forma: en primer lugar, los términos predeterminados por la ley para este caso, tal y como se concluyó del juicio estricto de razonabilidad, deben aplicarse excluyendo la aplicación del artículo 10 del Decreto 1889 de 1994, así como cualquier interpretación de la Ley 100 de 1993 que se base en la orientación sexual del accionante. Así las cosas, si el actor efectivamente cumple con los requisitos establecidos en la legislación, tal como se concluye del material probatorio, el derecho a la pensión de sobrevivientes puede radicarse en cabeza suya; es decir, que el actor efectivamente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su compañero fallecido.

En segundo lugar, la negativa del Estado a reconocer la pensión viola el derecho fundamental a la igualdad, pues como se evidenció, la respuesta se basa en la aplicación de una norma legal discriminatoria. Ha dicho la Corte en sentencia T-1283 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda, con respecto a la pensión de sobrevivientes y el derecho a la igualdad, que:

“los conflictos surgidos con ocasión del derecho a la pensión de sobrevivientes “tienen relevancia constitucional en la medida en que su resolución pueda afectar derechos fundamentales como la igualdad y la familia entre otros.” [85] La Corte Constitucional también ha reconocido el carácter fundamental de la pensión de sobrevivientes, de forma que aún sin el criterio de conexidad, la tutela procede para la protección de éste derecho [86] .

Esta posición fue reiterada en la sentencia T-695-00 M.P. Álvaro Tafur Galvis en donde se enfatizó que esta prestación brinda un resguardo en la situación de debilidad manifiesta y desprotección.

[87] Lo que configura en últimas una garantía de un mínimo vital para el sobreviviente. Se concluye entonces que la acción de tutela se erige como una de las formas de protección del derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial idóneo para la protección efectiva y eficaz del derecho, lo cual puede suceder aún cuando procedan otros medios de defensa pero en cuyo caso la protección obtenida no sea suficiente, o, implique la materialización de un perjuicio irremediable.

Con respecto a la existencia de otro medio de defensa judicial la Corte Constitucional, refiriéndose concretamente a derechos pensionales, ha afirmado que la tutela es el medio idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida; pero no una que no tenga tal carácter, pues se trata de un derecho litigioso de carácter legal, como es el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes [88] .

Sin embargo, también ha establecido una línea jurisprudencial en la que se acepta la ineptitud del medio judicial para estos efectos [89] o cuando a lo que se enfrenta es a la ocurrencia de un perjuicio irremediable [90] . Ha dicho la Corte:

“Ha sido ese el sentir de la jurisprudencia por cuanto el análisis en sede de tutela adquiere relevancia constitucional, cuando las circunstancias de quienes activan el mecanismo excepcional de la tutela se muestran graves y el medio judicial ordinario se torna de tal manera ineficaz que amenaza el mínimo vital del accionante.

[91] En otras palabras, la controversia trasciende el mero plano legal para adquirir un carácter constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener la pensión de sobreviviente de una persona disminuida físicamente.” [92] Como ya se evidenció, en la controversia que suscitó la tutela interpuesta, el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes va más allá de lo meramente legal en tanto está en juego la protección del derecho a la igualdad del accionante, asunto indiscutiblemente de carácter constitucional. Adicionalmente, el accionante se encuentra dentro de un grupo tradicionalmente discriminado y en una situación de debilidad manifiesta por su estado de salud al padecer del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

Los jueces de instancia negaron la acción de tutela por considerar tres aspectos: Primero, que el accionante contaba con otros medios de defensa judicial dentro de la jurisdicción contencioso administrativa. Segundo, que no había propuesto la acción de tutela como mecanismo transitorio; y, tercero, que no había demostrado la existencia de un perjuicio irremediable. La conjunción de estos tres aspectos, con especial luz sobre el segundo, determinaba la no procedencia del amparo. En la sentencia de segunda instancia también se argumenta que no es posible realizar el juicio de valor sobre el trato diferente pues no existen personas a las que se les haya reconocido la pensión estando en la misma situación del accionante, denegando la petición de protección del derecho a la igualdad.

Descartaron los fallos de instancia el carácter constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes y el examen del derecho a la igualdad, razones suficientes para que la tutela aparezca como el medio idóneo para solucionar la controversia. Adicionalmente, desconocieron la situación de debilidad manifiesta del accionante por enfermedad física, al padecer del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y valorar con ello, el perjuicio irremediable en el caso concreto. De esperar a entablar las acciones respectivas y su resolución, el accionante sufriría un perjuicio irremediable, pues se le expondría a una violación del derecho a la igualdad durante todo el tiempo que dure el proceso e igualmente, se le sometería a sobrellevar por sí mismo la carga de su enfermedad, con la consecuente vulneración de otros derechos relacionados, como la salud y la vida digna.

Por lo tanto, la remisión del accionante a la jurisdicción contencioso-administrativa por parte de los jueces de tutela lleva a someter a una persona en condiciones de debilidad manifiesta por enfermedad física, a muchas cargas procesales, personales y temporales. Por todo lo anterior, debió haberse estudiado la procedencia de la acción de tutela de la referencia, no sólo como mecanismo transitorio para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, si no como medida definitiva que garantizara a una persona en condiciones de debilidad manifiesta y a la que se le está vulnerando el derecho a la igualdad, los únicos ingresos con los que cuenta para satisfacer sus necesidades más básicas de sustento y salud.

Tal como se indicó anteriormente, en este caso debía decretarse la inaplicación del artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 por su incompatibilidad con la Constitución y tal decisión debía tener efectos inter pares . En esa medida, la protección del juez de tutela en este caso, no era provisional sino definitiva pues la controversia trascendía el plano legal y la perspectiva de análisis era constitucional, con el fin de garantizar la protección de los derechos vulnerados.

No sobra decir que reconozco que la Corte en su jurisprudencia vigente ha negado los beneficios de la seguridad social a las personas homosexuales, pese a reconocer que existe un mandato claro de prohibición a toda forma de discriminación. Por ello la propuesta en este salvamento es provocar un cambio en la jurisprudencia para extender las bondades y beneficios de la seguridad social al colectivo de homosexuales.

Desde la axiología constitucional que aquí se ha explicitado es posible concluir que la unión de dos personas del mismo sexo en el marco de una solidaridad, dependencia y ayuda mutua no puede quedar excluida de la respuesta del Estado en lo que a Seguridad Social concierne.

En consecuencia, debieron las sentencias de instancia ser revocadas para dar paso al amparo solicitado por el accionante en torno a su derecho a la pensión de sobreviviente e inaplicarse por inconstitucional, y para todos los casos similares, el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994.

Estos los motivos de mi disentimiento, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado Fecha ut supra [1] Cfr. Corte Constitucional sentencias SU -082 de 1995, T- 477 de 1995, M.P. T- 618 de 2000, T- 220 de 2004, T-539 de 2004, T-436 de 2004 y T-810 de 2004.

[2] Para lo cual cita la Sentencia T-539/94 de la Corte Constitucional. [3] Sentencia C-251 de 1997 [4] Sentencias C-086 de 2002 y C-107 de 2002.

[5] Ley 100 de 1993 y disposiciones complementarias. [6] Ley 797 de 2003, artículo 2° [7] Ver entre otras sentencias C-967 de 2003, C-126 de 2000 y C-1089 de 2003.

[8] Cf. Sentencia C-967 de 2003. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. [9] Cf. Ley 797 de 2003, artículo 2° [10] Ley 797 de 2003, art. 17. [11] Cf. Ley 797 de 2003, artículo 20.

[12] Ley 797 de 2003, artículo 2° [13] Cf. Ley 100 de 1993, arts. 25 y siguientes y Ley 797 de 2003, art. 20. [14] Ley 797 de 2003, artículo 8, parágrafo 1°.

[15] Cf. Ley 100 de 1993, artículo 65 modificado por el artículo 14 de la Ley 797 de 2003. [16] La pensión mínima es la definida en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y corresponde al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

[17] Sentencia C-1054 de 2004 [18] Sentencia C-177 de 1998 [19] Cfr. Sentencia C-1054 de 2004 [20] Ver Sentencia C-617 de 2001 [21] La pensión de sobrevivientes, de manera general contempla el derecho a una pensión que, en ciertas condiciones tiene el grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca.

[22] La sustitución pensional es "… es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho." Sentencia T-190 de 1993 [23] En la Sentencia T-780 de 1999, la Corte explicó que "… la sustitución pensional también busca proteger la educación como forma de dar cumplimiento a un fin esencial del Estado (asegurar la vigencia de un orden justo), y de asegurar la dimensión positiva del principio de igualdad para proteger a quienes se hallan en una situación de vulnerabilidad y a causa de sus estudios requieren durante algún tiempo un tratamiento diferencial". Sentencia C-451 de 2005 [24] Sentencia C-451 de 2005 [25] Ibid.

[26] Sentencia T-780 de 1999 [27] Sentencia C-451 de 2005 [28] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997.. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

[29] Sentencia C-617 de 2002 [30] Un paso en la dirección de limitar la pensión de sobrevivientes de los cónyuges y compañeros o compañeras permanentes, se encuentra en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para establecer unas condiciones especiales de acceso a la pensión de sobrevivientes en atención a factores como la edad del beneficiario, el tiempo de convivencia con el pensionado fallecido o el hecho de haber procreado hijos en común. El literal a) de esa disposición fue estudiado por la Corte en la Sentencia C-1094 de 2003, y en lo demandado fue declarado exequible.

[31] Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176 de 2001.

[32] Sentencia C-002 de 1999 [33] SU-623 de 2001 [34] Ibid. [35] Ibid. [36] Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación Nº 941/2000: Australia.

18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000. (Jurisprudencia) [37] Sentencia SU-623 de 2001 [38] VEA es la sigla por su nombre en inglés, de la ley sobre los derechos de los ex combatientes (Veteran's Entitlement Act) .

[39] Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación Nº 941/2000 [40] Sentencia C-408/94, M.P. Fabio Morón Díaz. [41] Sentencia T-190/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[42] Sentencia T-292/95 M.P. Fabio Morón Díaz. [43] El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-827 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[44] Sentencia T-173/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero. [45] Sentencia C-002/99. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [46] Sentencia C-080/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero [47] Sentencia T-190/93, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver sentencia T-553/94, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; sentencia C-617/01, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálvis.

[48] Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. [49] Sentencia C-1176/01.Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-1094/03. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[50] Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. [51] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2406, Pág.

518. [52] Sentencia C-1176/01.Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. [53] Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. [54] Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[55] Sentencia C-002/99, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. [56] Al respecto pueden consultarse: C-371-02, T-277-01, T-324-01, T-719-03, entre otras.

[57] Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa. [58] Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Álvaro Tafur Galvis y Fabio Morón Díaz.

[59] Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis. [60] Esta conclusión es la reiteración de lo dicho por la Corte en la sentencia C-098-96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se analiza la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, por la cual se extienden los beneficios del matrimonio a las uniones maritales de hecho. En esta sentencia, la Corte consideró que no había un trato discriminatorio con respecto a las parejas homosexuales, pues el legislador tiene autonomía para extender los beneficios a determinados grupos discriminados históricamente, y que el hecho de que no extienda los beneficios a todos los grupos discriminados configura una omisión legislativa que no es contraria a la Constitución.

[61] El salvamento de voto fue firmado por los magistrados Jaime Araújo Rentaría, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett.

[62] El artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 que reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993 establece: Artículo 10.- Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.

Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 . [63] Sentencias C-098/96 M.P.

Eduardo Cifuentes y C-371/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz. [64] Folio 24-70, Resolución del 16 de julio de 2003. [65] ARTICULO 3o. Del Derecho a la Seguridad Social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

[66] ARTICULO 6o. Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.

2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente Ley. 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

[67] Las disposiciones relativas al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, fue reformada por la Ley 797 de 2003, que fue promulgada el 29 de enero de 2003. Los hechos de este caso son anteriores a esta reforma, como puede verificarse en el expediente. Por esa razón, la normatividad aplicable es el texto de la Ley 100 de 1993 anterior a la reforma del año 2003. Es este texto el que se analizará.

[68] Las expresiones señaladas con negrilla en este literal, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-1176 del 8 de noviembre de 2001 .

[69] Fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que merecen citarse en torno a la prohibición de discriminación por razón del sexo, entre otros : sentencias de 17 de octubre de 1986 Caso Rees contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990 Caso Cossey contra Reino Unido, de 27 de septiembre de 1999 Caso Smith y Grady contra Reino Unido, de 31 de julio de 2000 caso ADT contra Reino Unido en el que se afirmó la existencia de violación del derecho a la igualdad por apreciar la existencia de una discriminación por razón de la orientación sexual.

[70] Sentencias C-010-00 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-004-03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-453-05 M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

[71] Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación Nº 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000. (Jurisprudencia). [72] Cfr. Ibídem, fundamento Nº 9.3.

[73] VEA es la sigla por su nombre en inglés, de la legislación aplicable al caso, por tratarse de un excombatiente. [74] Fundamento 10.4. [75] La jurisprudencia comparada ilustra este tópico con pronunciamientos que merecen citarse. En Argentina, la sentencia de 9 de marzo de 2005 del Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de la Plata, reconoció que un hombre homosexual que convivió con otro durante 11 años, tenía derecho a recibir una pensión por viudez después del fallecimiento de su pareja. El beneficiario de la decisión judicial presentó una reclamación ante la entidad a la que estaba afiliado el causante y ante la negativa, presentó un recurso de amparo reclamando el beneficio. Los abogados del demandante alegaron que la Caja le negó la pensión exclusivamente por la condición de homosexual, aunque la entidad esgrimió en sus resoluciones otro tipo de impedimentos administrativos.

El demandante alegó que desde la muerte de su compañero se vió envuelto en una situación de total desamparo, afectivo y material, y que por tal motivo, el 28 de abril de 2003 inició el reclamo administrativo a fin de obtener el cobro de la prestación de pensión por fallecimiento. Dentro del texto del fallo se resalta que es la relación de ayuda mutua, en términos afectivos y materiales, y la convivencia permanente, lo que define el ámbito de protección de la norma de seguridad social aplicable. Por ende, no se trataba de determinar si el vínculo existente entre la pareja descrita constituía un matrimonio o un concubinato, sino de verificar si las condiciones exigidas por la ley de “aparente matrimonio”, se cumplían. Lo anterior en el sentido de que, al involucrar a la dignidad humana, la relación homosexual no es un asunto, en exclusiva, de la órbita del derecho civil. En consecuencia, no debe hacerse ninguna discriminación con base en la orientación sexual, y el hecho de negar la pensión de sobreviviente al accionante, justamente por ello, configura una interpretación restrictiva que se traduce en una discriminación negativa, prohibida por las normas internas y por el derecho internacional. Situación que convierte en responsable internacional al Estado Argentino por incumplimiento de los pactos y tratados relacionados.

(fallo consultado en www.lexisnexis.com.ar). La jurisprudencia brasileña ofrece otros ejemplos interesantes sobre la orientación que debe tomar la protección de la pareja homosexual. Es así que en Río Grande do Norte, Brasil, el juez Almiro Lemus, mediante una decisión de febrero de 2004 protegió el derecho de un gay, cuyo compañero (militar) había fallecido, a percibir la pensión correspondiente a la prevista para el concubino, afirmando que desconocer ese derecho sería ejercer un acto discriminatorio contrario a la Constitución.

Por su parte, en Santa Catarina, Brasil, en fecha 16 de agosto de 2004, el Tribunal de Justicia del Estado amparó el derecho de CCA a ser beneficiario de la pensión de su compañero fallecido. La empresa privada Omissis se había negado a pagar la pensión aduciendo que la unión estable entre personas del mismo sexo no está reconocida por la Constitución del país. El relator del Tribunal, juez Silveira Lenzi escribió en su veredicto es " inadmisible que la sociedad moderna imponga dogmas medievales, repudio social y una visión polarizada y estigmatizada, marginando a las personas por su orientación sexual y fomentando la homofobia cuando lo que debe prevalecer es la garantía de igualdad en el trato y la dignidad de la persona humana." Caso consultado en: Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas. Programa para América Latina y el Caribe. Resumen informe año 2004.

[76] Ver la Sentencia T-049/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [77] Sentencia T-925-04 M.P. Álvaro Tafur Gálvis. [78] Sentencia T-397/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[79] Ver entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, C-113/93, MP: Jorge Arango Mejía (sobre efectos de la parte resolutiva de las sentencias).

[80] Corte Constitucional, Sentencia C-109/95, MP: Alejandro Martínez Caballero (modulación de los efectos de las sentencias de control abstracto).

[81] De conformidad con el Auto 071 de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, las condiciones para que la inaplicación del Decreto 1382 de 2000 tuviera efectos inter pares eran las siguientes: "a) Que la excepción de inconstitucionalidad resulte de la simple comparación de la norma inferior con la Constitución, de la cual surja una violación, no sólo palmaria, sino inmediata y directa de una norma constitucional específica, tal y como ocurre en este caso. b) Que la norma constitucional violada, según la interpretación sentada por la Corte Constitucional, defina de manera clara la regla jurídica que debe ser aplicada, como sucede en este caso porque el artículo 86 de la Constitución dice que la acción de tutela puede ser presentada "ante los jueces, en todo momento y lugar". c) Que la inconstitucionalidad pueda ser apreciada claramente, sin que sea necesario sopesar los hechos particulares del caso y, por lo tanto, la inconstitucionalidad no dependa de tales hechos. La inaplicación del Decreto 1382 de 2000 no resulta de los derechos invocados, ni de la naturaleza del conflicto, ni de la condición de las partes en este caso. Del conflicto de su texto con la Constitución, independientemente de las particularidades del caso, es posible observar su manifiesta inconstitucionalidad. d) Que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte Constitucional ha sido investida por la Constitución de una responsabilidad especial, como es el caso de la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 241 numeral 9 y del inciso 2 del artículo 86 de la Carta. e) Que la decisión haya sido adoptada por la Sala Plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella. Hasta la fecha, como ya se dijo, la Corte en Sala Plena y por unanimidad, ha proferido cerca de 90 autos reiterando su jurisprudencia sentada inicialmente en el auto 085 del 26 de septiembre de 2000, ICC-118 MP. Alfredo Beltrán Sierra." [82] Corte Constitucional, Sentencia SU-783-03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[83] Corte Constitucional, Sentencia SU-783-03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [84] Corte Constitucional, Sentencia T-378/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Derecho a la sustitución pensional de hijo mayor inválido, luego de que la madre de ella, quien disfrutaba de la pensión sustitución falleciera.

[85] Corte Constitucional, Sentencia T-660/98, MP: Alejandro Martínez Caballero. Ver también las sentencias T-1103/00, MP Alvaro Tafur Galvis, T 695/00, MP: Alvaro Tafur Galvis; T-323/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-283/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-263/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo;

T-122/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-566 /98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1006/99, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-842/99, MP: Fabio Morón Díaz; T-660/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-528/98, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-556/97, MP: Hernando Herrera Vergara. T-378/97, MP:

Eduardo Cifuentes Muñoz; T-328/97, MP: Hernando Herrera Vergara; T-355/95, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-292/95, MP: Fabio Morón Díaz; T-173/94, MP:

Alejandro Martínez Caballero; T-521/92, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-426/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz [86] Corte Constitucional, Sentencia T-355-95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[87] Corte Constitucional, Sentencia T-695-00, M.P. Álvaro Tafur Galvis. [88] Corte Constitucional, Sentencia T-038-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

[89] La Sentencia T-842 de 199 ordena el reconocimiento de una pensión de sobreviviente. [90] Ver la Sentencia T-001 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[91] T-378 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ordena el reconocimiento de una pensión de sobreviviente. [92] Corte Constitucional, Sentencia T-401-04, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 14 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.