

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA
DEL RECONOCIMIENTO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA
PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**ROXANA HAJJAT FLOREZ
MARIA DEL MAR MARIN MUÑOZ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA
DEL RECONOCIMIENTO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA
PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**ROXANA HAJJAT FLOREZ
MARIA DEL MAR MARIN MUÑOZ**

**PROYECTO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE
ABOGADO**

**DIRECTOR:
LEON GUILLERMO MARIN ORTEGA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

Tabla de contenido

1. Título.....	1
2. Planteamiento del problema.....	1
3. Justificación e Introducción	2
4. Metodología	5
4.1. Componente Instrumental.....	7
5. Marco teórico	8
5.1. El derecho al trabajo desde un enfoque a la seguridad social.....	13
5.2. Jurisprudencia de la corte constitucional con respecto a las características del derecho al trabajo	15
5.3. Normatividad internacional que regula el derecho al trabajo	29
5.4. Normatividad nacional correspondiente a la seguridad social.....	33
5.4.1. Código Sustantivo del Trabajo.....	36
5.4.2. Ley 100 de 1993.....	37
6. Reconocimiento del derecho a la seguridad social para parejas del mismo sexo	38
6.1. Construcción y corrección de la Linea Jurisprudencial.....	38
6.1.2. Nicho citacional	92
6.1.3. Grafica de resultados.....	100
7. Análisis Crítico sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional	102
8. Conclusiones	107

Bibliografia	111
--------------------	-----

1. Título

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA DEL RECONOCIMIENTO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO

2. Planteamiento del problema

Este estudio pretende analizar de manera directa, la problemática presentada con las parejas homosexuales, con respecto al beneficio que se ha otorgado de la seguridad social en el tema pensional, y los avances que ha tenido la Corte Constitucional en el pronunciamiento de sus sentencias al respecto.

Se han reclamado vulneraciones a los derechos de parejas homosexuales a la igualdad, pensión de sobrevivientes y mínimo vital cuando las entidades encargadas de reconocer y pagar la prestación social de la pensión, les niegan el acceso en las mismas condiciones en que se reconocen estos derechos a parejas heterosexuales.

El tema objeto de estudio es bastante sensible, pues estamos hablando de personas históricamente vulneradas y rechazadas por la sociedad, que han tenido que soportar la discriminación en todo el sentido de la palabra y que el ordenamiento jurídico ha ido teniendo en cuenta como sujetos de especial protección a partir de la Constitución Política

de 1991. Las parejas del mismo sexo se han comparado con sujetos como los drogadictos y antisociales, se ha tomado como causal de mala conducta en diferentes instituciones tanto públicas como privadas, entre otros actos que han sido degradantes y vulnerables a los derechos de esta población. Pero al respecto al Corte Constitucional ha ido trabajando, y tratando de ser más proteccionista para tratar de equilibrar la situación, y que las parejas homosexuales alcancen el mismo nivel que las heterosexuales en todos los aspectos, incluyendo el de la seguridad social, que es un derecho fundamental irrenunciable de toda persona para garantizar la dignidad humana y otros derechos fundamentales que por conexidad pueden verse afectados al no reconocerse esta prestación.

En este tema se ven enfrentados derechos como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, Vs. La familia según la Constitución Política y los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente, el de la seguridad social. En principio la posición de la Corte es más conservadora, intenta mostrar una diferencia entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, pero con el tiempo va evolucionando un poco, y tomando una posición mucho más proteccionista para los homosexuales, considerando su situación de vulnerabilidad y dándole un concepto más amplio a la familia, hecho que ha sido en varias ocasiones obstaculizado por diferentes instituciones y ha impedido un desarrollo fuerte y tranquilo del tema.

3. Justificación e Introducción

La Constitución de 1991 en su artículo 15 establece la facultad natural que tiene cada persona para desarrollarse libremente, tanto en su esfera social, cultural, religiosa,

sexual, entre otros. No obstante, la aparente claridad de este enunciado la realidad ha mostrado que en Colombia se está lejos de haber comprendido la noción de libre desarrollo de la personalidad.

Ello se comprueba, entre otros hechos, a partir de las problemáticas que han tenido que soportar las personas homosexuales, que deja en evidencia la falta de conocimiento de los supuestos básicos que configuran el Estado Social de Derecho, entre ellos la necesidad del respeto por los derechos.

Acorde a lo anterior, la finalidad de este escrito es ilustrar el marco general, en el cual se pueda desplegar la idea de una Constitución que desarrolle a cabalidad con el principio de la dignidad humana, y a partir de ello hacer efectivos los mandatos constitucionales. Entonces, se trata de establecer los elementos principales del Estado Social de Derecho que permitan llevar a cabo la idea de una Constitución incluyente y participativa.

La problemática que elegimos investigar, es referente al desarrollo que ha tenido la jurisprudencia frente al reconocimiento de los derechos a la seguridad social de las parejas del mismo sexo; se ha analizado que a lo largo del tiempo a este grupo de personas se le han violentado sus derechos a la igualdad, la familia, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad porque no se les equiparan sus derechos en contraste con los derechos de las parejas heterosexuales.

Conforme a lo anterior, las parejas conformadas por personas del mismo sexo se han sido consideradas como focos de discriminación y/o criterio sospechoso de discriminación en nuestro país y esta una comunidad que ha tenido la aspiración de avanzar en la inclusión, el respeto y el reconocimiento de sus derechos; para estudiar a fondo lo anterior es importante realizar un estudio respecto a los comunicados que ha realizado el órgano encargado de velar por mantener la integridad y esencia de la Constitución Política de Colombia es decir efectuaré la investigación a partir de las sentencias de la Corte Constitucional.

Durante todo el recorrido y existencia de la Corte Constitucional, se han reclamado vulneraciones a los derechos de parejas homosexuales a la igualdad, pensión de sobrevivientes y mínimo vital cuando las entidades encargadas de reconocer y pagar la prestación social de la pensión, les niegan el acceso en las mismas condiciones en que se reconocen estos derechos a parejas heterosexuales.

Este tema es bastante sensible, pues estamos hablando de personas históricamente vulneradas y rechazadas por la sociedad, que han tenido que soportar la discriminación en todo el sentido de la palabra y que la ley las ha ido teniendo en cuenta como sujetos de especial protección a partir de la Constitución Política de 1991. Se han comparado con sujetos como los drogadictos y antisociales, se ha tomado como causal de mala conducta en diferentes instituciones tanto públicas como privadas, entre otros actos que han sido degradantes y vulnerables a los derechos de esta población. Pero al respecto al Corte Constitucional ha ido trabajando, y tratando de ser más proteccionista para tratar de

equilibrar y que las parejas homosexuales alcancen el mismo nivel que las heterosexuales en todos los aspectos, incluyendo el de la seguridad social, que es un derecho social irrenunciable de toda persona para garantizar la dignidad humana y otros derechos que por conexidad pueden verse afectados al no reconocerse esta prestación.

En principio la posición de la Corte es más conservadora, intenta mostrar una diferencia entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, pero con el tiempo va evolucionando un poco, y tomando una posición mucho más proteccionista para los homosexuales, considerando su situación de vulnerabilidad y dándole un concepto más amplio a la conformación de la familia, hecho que ha sido en varias ocasiones obstaculizado por diferentes instituciones y ha impedido un desarrollo fuerte y tranquilo sobre el tema.

Lo que pretendemos entonces determinar durante el desarrollo de este tema es, si ha sido la homosexualidad un obstáculo para la aceptación del reconocimiento de pensiones en el sistema de seguridad social colombiano, pues las vulneraciones y negativas a su reconocimiento han sido constantes hasta hoy, cuando ya se ha brindado una “protección” a los derechos de esta población.

4. Metodología

Durante el desarrollo de este trabajo, utilizaremos un método de tipo documental y cualitativo, partiendo de los pronunciamientos de los diferentes doctrinantes y la

jurisprudencia constitucional para así de manera descriptiva darle forma y desarrollar las fuentes en las que encuentran sustento el problema jurídico a tratar.

Decidimos partir de un tema específico, desarrollado desde diferentes puntos de vista, además de jurisprudenciales, normativos y doctrinales, integrándolos hasta acercarnos a un resultado de nuestra investigación y cumpliendo con el objetivo de ésta, aproximándonos a una respuesta al interrogante que dio origen a su desarrollo, y observando hasta qué punto ha sido la homosexualidad un obstáculo para el reconocimiento de la seguridad social, y más específicamente, derechos pensionales, a parejas del mismo sexo. Es nuestro deber, conectar y analizar de manera integral los elementos que fueron encontrados y que son la base fundante de nuestro tema, para así llegar a entender como ha sido ese desarrollo y esa aceptación en Colombia y finalmente proponer aspectos y soluciones a esta problemática.

4.1.Componente Instrumental

Las herramientas utilizadas para la construcción de esta línea, comprenden los lineamientos establecidos en el libro El derecho de los jueces (Medina, 2001), donde se inicia con una limitación y formulación del encabezamiento y problema jurídico a tratar en la línea, evitando confusiones y generalidades.

Seguidamente se hará un rastreo jurisprudencial de la Corte Constitucional, para determinar el grupo de sentencias donde esta Corporación ha tomado posición frente al tema o problemática que estamos estudiando, es decir las sentencias hito, tratándose para Diego López Médina, de “...aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de Derecho Constitucional.” Adicionalmente, luego de tener la sentencia arquidémica, es decir, la más reciente que se adecúe a la pregunta que pretende resolver la línea jurisprudencial, comenzaremos a extraer las sentencias hito de esta inicial, que han sido citadas en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional y que han servido como fundamento para los fallos posteriores. Estas sentencias deben ser analizadas de manera más profunda toda vez que de la *ratio decidendi* se construye un precedente constitucional importante, para así realizar una citación interna. Se establece luego una lista de jurisprudencia de la sentencia arquidémica realiza para comenzar a construir el nicho citacional y analizarlo, para finalmente extraer de allí las definiciones hechas por la Corte Constitucional respecto al tema.

La sentencia arquidémica es la que el investigador utiliza para identificar las demás sentencias para estudiar la estructura de citas del punto inicial. La sentencia fundadora de línea, es aquella proferida entre los años 1991 y 1993, en las cuales no existe ningún precedente en que fundarse.

La sentencia hito es aquella en la que se debaten sus fallos al interior de la línea, con gran importancia estructural y temática, y la sentencia confirmadora de línea es en la

que se aplica un caso nuevo del principio contenido en la sentencia inmediatamente anterior.

Fases de la investigación:

1. Rastreo de la información y construcción del marco teórico
2. Construcción y corrección de la línea jurisprudencial
3. Planteamiento de las posturas doctrinales y jurisprudenciales
4. Conclusiones

5. Marco teórico

Colombia al ser un Estado Social de Derecho, está en la obligación de velar, respetar y hacer cumplir los derechos de cada una de las personas que conforman el territorio nacional, de igual manera, debe propender por la garantía de medidas que diferencien a personas que tradicionalmente son excluidas principalmente, por razones de raza, sexo, religión, etnia, etc.

Estas medidas, son llamadas “acciones afirmativas” (*equal protection clause*), las cuales nacen en la Constitución Norteamericana como aquella “fórmulas para combatir la marginación social y económica de los negros, otorgando medidas de protección en el empleo y la educación a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido tradicionalmente discriminado en ese país” (Ramírez, 2008).

De igual forma, la Corte Constitucional define a estas acciones, de la siguiente manera:

Por acciones afirmativas se entiende todo tipo de medidas o políticas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación, con el fin de conseguir una mayor igualdad sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades. (Corte Constitucional , 2000)

Ahora, las acciones afirmativas, consagra el mismo Tribunal, tienen las siguientes características:

- Tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades.
- Son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales, pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio.
- Son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta.

- Se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicios.
- Son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichosos.
(Corte Constitucional , 2006)

La Constitución Política de 1991, consagró la dignidad humana como pilar fundante del Estado Social de Derecho, es así como en su artículo 1 establece que Colombia es una República “fundada en el respeto por la dignidad humana”; por tanto, este derecho se convierte en un principio rector, el cual debe ser respetado y observado por todas las autoridades. De acuerdo con el artículo 5 de la Carta, los derechos fundamentales inalienables tienen primacía frente a cualquier situación, y de igual forma, conservan intacta e intocable siempre su aplicabilidad, la Corte Constitucional establece:

La dignidad humana es un valor superior y un principio fundante del Estado social de derecho, conforme al cual todas las personas deben recibir un trato acorde con su naturaleza humana. (Corte Constitucional, 2007)

La dignidad humana, no solo tiene un contenido fundante como principio y derecho fundamental, sino que ésta también involucra un contenido prestacional, el cual obliga y exige a todas las autoridades estatales a garantizarle en este caso a los internos en centros penitenciarios o carcelarios, condiciones de vida digna, que garanticen la

subsistencia de los reclusos, por cuanto estos al estar privados de su libertad, se les imposibilita acceder o conseguir estos mínimos por medios propios.

Lo anterior, lo consagra la Corte Constitucional al manifestar que

El principio de dignidad humana, el cual irradia todo el ordenamiento constitucional colombiano goza también de un contenido prestacional que exige a las autoridades de la República involucradas, la adopción de políticas públicas que conlleven a garantizar a las personas las condiciones mínimas de vida digna y subsistencia. (Corte Constitucional, 2013)

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos, reza:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. (ONU, 1949)

De este modo se ha sostenido que la dignidad humana equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal, y se convierte en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Kant, establece en su imperativo categórico “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio”. (Kant, 1785)

En conclusión, el hombre tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él. La dignidad humana es un principio fundante del Estado colombiano, que tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia.

La igualdad toma fuerza normativa, con la aparición de la Constitución de 1991, pues se le da un contenido material a este derecho, dándole protección desde tres ámbitos: el primero, de *trato igual frente a la ley*, que es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley). La segunda, consistente en la *igualdad de trato o igualdad en la ley*, que indica que la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales. Y la tercera es la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (C-185 de 2011)

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-530 de 1993 define el derecho a la igualdad desde tres niveles o perspectivas:

1. Como valor fundante, es decir que este derecho opera como pauta interpretativa cuando no se tenga claro la aplicación de una norma.
2. Como derecho fundamental, es un límite a toda actuación de los poderes públicos.
3. Como principio constitucional, el artículo 13 Superior, establece la obligación del Estado de promover la igualdad.

5.1.El derecho al trabajo desde un enfoque a la seguridad social

El derecho al trabajo debe siempre asociarse a la realización de una actividad productiva que va de la mano con el desarrollo de la sociedad y que siempre debe ser proteccionista para el trabajador. Esa protección se fundamenta en unos derechos mínimos irrenunciables entre ellos la seguridad social que ha sido internacionalmente reconocida a todos los trabajadores y sancionada su omisión.

El derecho de las personas a la subsistencia ha sido reconocido por la Corte Constitucional como derivado de los derechos a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49

C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.), y como derecho fundamental.

Para la Corte Constitucional, aunque la Constitución no consagra la subsistencia como un derecho, éste puede colegirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social, ya que la persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La existencia de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad. El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP. art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

La violación al derecho a un salario oportuno, se vulnera también en forma grave el derecho a la subsistencia, la acción de tutela no sólo procede, sino que, para hacer efectivos el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la vida, el juez ordenará el pago inmediato de los salarios y prestaciones injustamente dejados de pagar.

El Ministerio del Trabajo de Colombia ha definido el derecho al trabajo como “una actividad exclusiva del hombre, donde quienes intervienen en la relación lo hacen bajo el

interés de recibir algo a cambio. El empleador se beneficia con la tarea realizada y el trabajador con su paga” (Ministerio del Trabajo, 2016).

Según el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Derecho a trabajar comprende el tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado (Organización de Naciones Unidas, 1966).

El autor Domingo Campos ha dicho que no es posible concebir al hombre sin asociarlo a alguna actividad productiva, “ni se concebiría el estado actual de desarrollo de la sociedad si no se tiene presente el papel que el trabajo ha tenido en la creación de bienes para la satisfacción de las necesidades de la humanidad” (Rivera, s.f).

La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y es prestado por entidades públicas y privadas. Evita desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, significarían la reducción o la pérdida de los ingresos a causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras.

5.2. Jurisprudencia de la corte constitucional con respecto a las características del derecho al trabajo

En sentencias T-592/098 y C-149 de 1995 la Corte se ha referido a la irrenunciabilidad en el derecho al trabajo y al respecto ha dicho que “Por derechos

irrenunciables se entienden todos aquellos que no son materia de negociación o de discusión”.

Los artículos 53 de la Constitución Política y el 13 del Código Sustantivo del Trabajo consagran como garantía fundamental en materia laboral la irrenunciabilidad de los derechos mínimos a favor del trabajador. Refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria”, pues se busca asegurarle al trabajador un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana, siendo por lo tanto de orden público las disposiciones legales que regulan el trabajo humano y sustraídos de la autonomía de la voluntad privada los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley. Según el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, los derechos mínimos irrenunciables del trabajador son las garantías que la ley laboral ha consagrado a su favor, entre los que se encuentran el salario mínimo y algunas prestaciones sociales básicas. Todo pacto individual o colectivo por debajo de esos mínimos irrenunciables es nulo y carece de efectos.

Los derechos mínimos laborales son los consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, como irrenunciables. De suerte que los derechos mínimos irrenunciables del trabajador son de consagración legal y no convencional, como lo ha sostenido la jurisprudencia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 4 de febrero de 2009, señaló:

“Tratándose aquí de una reclamación por derechos convencionales, no se está en el evento por el que se invoca un antecedente jurisprudencial constitucional, pues el supuesto de este es para cuando se afectan los derechos mínimos de los trabajadores, concepto en el que no se comprenden los convencionales que por definición son los que mejoran los mínimos de ley (Corte Suprema de Justicia, 2009)”.

Como la mutación del contrato a término fijo en contrato a término indefinido que reclamaba el demandante en el proceso de fuero sindical es de reconocimiento meramente convencional, más no legal, se concluye que, en este caso, no se trata de un derecho mínimo irrenunciable. (Corte Suprema de Justicia, 2009)

El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, y prohíbe que, a través de la ley, de los contratos o de los acuerdos y convenios de trabajo, puedan menoscabarse la libertad, la dignidad o los derechos de los trabajadores. Este principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley (CP art. 53; C.S.T, art. 14). La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del

trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana.

Para la Corte Constitucional es importante resaltar que al hablar de irrenunciabilidad se debe tener en cuenta los beneficios que se le otorgan a un trabajador para que tenga un nivel de vida digno, respetando todos los derechos que se desprenden del derecho al trabajo, y que hacen parte de la persona humana, pues con esto se pretende proteger un mínimo de derechos que son fundamentales hasta para el desarrollo del proyecto de vida de la persona.

Si bien es cierto el Derecho Laboral surge bajo el supuesto de que el vínculo empleador-trabajador es abiertamente desigual y, en consecuencia, se requiere de un ordenamiento jurídico que nivele las cargas entre las partes, debemos dejar de lado el imaginario de que siempre debe existir una protección absoluta e incondicional al trabajador, considerándolo como la parte débil, y al empleador como la parte ventajosa de esta particular relación. La norma laboral compensa la desigualdad mediante la definición de un contenido mínimo que constituye el grupo de garantías básicas del trabajador, pero de ahí en adelante tanto empleador como trabajador se conciben iguales.

Se atribuye como causa de tal idea (la del Derecho Laboral como instrumento para favorecer al trabajador) el principio de la favorabilidad previsto inicialmente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). Indica

la norma que “en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”. La favorabilidad contenida en el artículo 21 del CST se establece como método para resolver conflictos entre disposiciones normativas, cuando estas regulan una misma situación fáctica. Así las cosas, cuando dos normas se enfrentan para atribuirse la facultad de ser aplicables en determinada situación particular, corresponde al juez optar por aquella cuya aproximación resulte más favorable al trabajador.

Este mismo artículo contiene el denominado principio de la integridad de la norma laboral, o en otras palabras, que la disposición normativa es inescindible. En virtud de este mandato legal, la norma que se escoja como aplicable debe serlo de manera integral, no siendo posible, so pretexto de consultar la favorabilidad del trabajador, tomar únicamente la parte conveniente de las disposiciones en conflicto.

El principio de la favorabilidad fue elevado a rango constitucional a través de lo dispuesto en el artículo 53 de nuestra Carta Política. El aparte respectivo reza: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...); situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

Es así como el artículo 53 de la Constitución y el 25 del CST consagran el principio de favorabilidad, o de “condición más benéfica” para el trabajador. Este principio

corresponde a una norma de interpretación en escenarios de conflicto normativo o jurisprudencial, siendo un criterio orientador para el juez del trabajo y una premisa que debe aplicarse solo cuando concurren los presupuestos exigidos para su utilización. Es decir, se debe acudir a la orientación más benéfica para el trabajador cuando exista un conflicto de normas vigentes y que regulen idénticas situaciones, o en materia jurisprudencial, cuando exista una duda entre dos o más interpretaciones, o que las mismas sean concurrentes. Es ahí donde puede predicarse la favorabilidad como principio para resolver conflictos entre fuentes jurídicas o interpretaciones, mas no como criterio absoluto para observar las normas laborales.

En la sentencia T-792 de 2010 la Corporación reiteró que la aplicación del principio de favorabilidad “obedece a uno de los dispositivos que la Carta Política establece para la resolución de conflictos surgidos con ocasión de la interpretación o aplicación de las normas que regulan las relaciones del trabajo; dicho principio está previsto en el artículo 53 Superior y en el artículo 21 del Código Sustantivo del trabajo. De conformidad con estos preceptos, constituye principio mínimo del trabajo la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.”

El carácter tuitivo del derecho laboral se refiere a la protección que se le da a los trabajadores para que no sean vulnerado sus derechos, pues son considerados como la parte más débil de la relación laboral y por tanto susceptibles de sin números de

violaciones de derechos laborales irrenunciables. A pesar de que no existe en la jurisprudencia constitucional ni en la doctrina, una definición exacta del carácter tuitivo de la norma laboral, sí se ha precisado la finalidad de la misma, y así como en la sentencia C- 968/03 y reiterada en la sentencia C-070/2010, la corte Constitucional se refirió a éste carácter tuitivo, como fuente de inspiración para el principio de irrenunciabilidad en los siguientes términos “(...)el principio de irrenunciabilidad “se inspira en el carácter esencialmente tuitivo de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana”. Como se observa, la Corte precisa que el principio de irrenunciabilidad de derechos lleva inmerso el carácter tuitivo, pues es de ella, quién se fundamenta y se desarrolla.

Por tanto, nuestro análisis del carácter tuitivo se realizará con base a éste principio del derecho laboral.

La Sentencia escogida para tal análisis es la T-389/06, en la cual el accionante considera se le están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por parte del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, al declarar desierto el recurso de apelación y negar el grado de consulta. En esta oportunidad la Corte establece que se vulneraron los derechos alegados por el accionante, por parte de los accionados, en razón de negar el grado de consulta, pues dice el máximo tribunal, que “el

grado jurisdiccional de consulta desarrolla el principio constitucional consagrado en el artículo 53, según el cual deben protegerse los derechos mínimos, ciertos, indiscutibles e irrenunciables de los trabajadores. De la misma manera es una protección al más débil de la relación jurídico-laboral, toda vez que este grado jurisdiccional procede cuando las sentencias de primera instancia “fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador”, siempre y cuando dicha providencia no haya sido apelada.”.

Por lo anterior, en virtud de los derechos irrenunciables que tienen los trabajadores por ser la parte más débil de la relación laboral (Carácter tuitivo), toda sentencia adversa a los intereses alegados por los trabajadores debe ir al grado de consulta para que el superior verifique que efectivamente no se le están vulnerando ninguno de sus derechos mínimos irrenunciables del derecho laboral. El carácter tuitivo de la norma laboral es fundamento de la mayoría de los derechos establecidos en procura del bienestar de los trabajadores, pues reconoce la desprotección que por años éstos han sufrido por parte de sus empleadores y de la justicia, quién en ocasiones como la antes descrita en la sentencia en referencia, niegan la protección que la ley les han otorgado.

En Sentencia C-781/03 la Corte resalta el artículo 25 de la Constitución que dispone que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, y agrega que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Es decir, que la ley debe rodear el trabajo humano de especiales condiciones de cuidado, estímulo, garantía y respeto. Acorde con este imperativo, la ley laboral ha desarrollado como una de sus normas rectoras el que sus

disposiciones son de orden público, por lo que tienen “efecto general e inmediato” y por tanto afectan los contratos de trabajo vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, “pero no tienen efecto retroactivo, esto es no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores”

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Ello significa, entonces, que en virtud de la norma acabada de mencionar, las leyes que regulan un contrato en cuanto sean supletivas de la voluntad de los particulares, o sean de carácter imperativo por razones de orden público, forman parte de ese contrato ante el silencio de las partes, por expresa disposición del legislador en la primera hipótesis y, desde luego si se trata de normas de orden público no pueden ser desconocidas ni alteradas por los contratantes, pues en tal caso nada pueden convenir en contrario los particulares. Dichas normas que enmarcan el derecho fundamental del trabajo, por su mera condición de ser normas de orden público, no pueden ser desconocidas, ni tienen que ser normas taxativas, por el contrario, en contrato se encienden integradas y por tanto pactadas. Las normas de orden público no pueden ser renunciadas por las partes contratantes.

La sentencia C-401 de 2005, particularmente porque no solo se definió con claridad que los convenios internacionales en materia de derecho al trabajo ratificados por Colombia se incorporan al orden jurídico interno, con la plenitud de sus efectos vinculantes e imperativos. Existen también “obligaciones de derecho internacional

imperativo o de *ius cogens*, que el Estado colombiano no puede desconocer bajo ninguna circunstancia.

La Sentencia C-153/07 dice que todas las normas fueron pensadas para alcanzar el objetivo que consideran inconstitucional por un vicio de competencia por parte del Congreso, quien no podía prohibir el derecho a la negociación colectiva en pensiones por ser parte del bloque de constitucionalidad, por ser una norma de derecho imperativo y por ser un elemento esencial del Estado social de derecho. Con la jurisprudencia de la Corte es posible afirmar que existe un derecho internacional imperativo que puede ser parámetro de control por ser obligatorio para todos los Estados ya que contiene los acuerdos de la humanidad en torno a ciertos temas.

La sentencia T 592 de 2009 habla de los artículos 53 de la Constitución Política y el 13 del Código Sustantivo del Trabajo que consagran como garantía fundamental en materia laboral la irrenunciabilidad de los derechos mínimos a favor del trabajador. Esta Corporación ha manifestado que este principio “refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria”. Es una sentencia que, aunque no lo expresa de forma directa, hace en su reflexión acerca de la irrenunciabilidad, hace una referencia indirecta a la característica de imperativo de la legislación laboral.

Con respecto al carácter dinámico del derecho al trabajo, en nuestra sociedad, y sin temor a equivocarnos, en todas las sociedades, el derecho que más principios lleva consigo es el derecho al trabajo, desde el inicio de nuestros tiempos hablamos del trabajo, una manera de preservar y regular las relaciones laborales, podemos mencionar el carácter dinámico del derecho al trabajo, el cual nos adentra en la forma como el derecho laboral se ajusta, a todas las características diferentes en las relaciones humanas y sobre todo laborales para permitir garantizar los derechos y garantías constitucionales, adicionalmente se manifiesta también a los aspectos históricos y políticos, es este el llamado carácter dinámico, para dar más claridad, tenemos un concepto de la Dirección general de promoción del trabajo; observatorio del mercado del trabajo, Ministerio de la protección social hoy Ministerio del Trabajo (Colombia) “Con la relación laboral surge la diferencia de condiciones entre las partes intervinientes, lo cual hace necesario a lo largo de la historia, establecer reglas y principios que garanticen el equilibrio en el contexto en que se ejecuta la relación de trabajo. Los sectores trabajadores se han venido organizando con el fin de manifestarse y hacer que se respeten sus derechos , lo que ha dado lugar a que la protección de dichos derechos trascienda los límites de las normas de los propios Estados, para lograr que se instituyan cánones y organismos de carácter inter y supranacional; en este sentido abordamos el carácter dinámico del derecho laboral, el cual tiene como fin adaptarse a las situaciones sociales, económicas, históricas y políticas dando paso a su constante evolución, permitiendo así que se pueda materializar lo expuesto anteriormente”.

Adicionalmente, nos encontramos con un concepto del doctrinante Gustavo Molina Ramos en su trabajo “Las características y los principios del derecho Mexicano del trabajo” en donde se manifiesta que “El derecho al trabajo ha ido gradualmente ampliando su ámbito subjetivo de aplicación, y dicha ampliación continuará hasta que regule todos los supuestos en que una persona entra en relación con otra, con motivo de prestar su trabajo, dado que la misión del derecho al trabajo es, precisamente, garantizar la dignidad de todo hombre que trabaja”

Ante la importancia de esta característica del derecho laboral acudimos a la jurisprudencia para establecer el tratamiento que se le da a la misma en nuestro país, por eso traemos lo expuesto en la Sentencia T 344 de 2013 donde se dijo que:

Colombia ya no será indiferente a los nuevos cambios progresistas que han motivado mayor dinamismo al derecho, constituyendo precedentes judiciales que avalan la protección de los individuos, especialmente del trabajador, en el sentido de otorgarle herramientas ágiles, expeditas, que le garanticen un juicio justo. Aquellas épocas en que la reclamación de las acreencias laborales de un trabajador que hubiese prestado sus servicios a una Embajada o Misión Diplomática, con la consecuente precariedad para acceder a la reclamación y con las limitaciones de distancia, cultura, etc., que aumentaban los costos, fue superada. Sin duda, la paulatina implementación en diversos países de la tesis relativa de inmunidad de jurisdicción, contribuyó a repensar un sistema en que lo vital, es decir, las garantías del acceso a la justicia de los trabajadores, fuera lo fundamental.

Sumado a lo anterior, la figura jurídica de la aplicación de la costumbre internacional, a falta de instrumento idóneo que regulara la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, constituyó un referente obligado para que esta Corte aceptara tal tesis y concluyera que, cuando habitantes nacionales prestaran servicios a Misiones Diplomáticas de otros países, y existiera controversia laboral, es procedente su conocimiento bajo las leyes extranjeras si se acreditare sometimiento a las normas laborales del país contratante; a las leyes colombianas si ello no se demostrare o las partes así lo acordaren”.

La idea del trabajo como un derecho social universal no es otra que la de la construcción cierta en materia de reconocimiento formal y material de los derechos humanos que de él se derivan, impulsados por el Derecho internacional y el Derecho interno de casi la totalidad de los Estados democráticos, que ha servido de base para la propulsión de estos como una realidad en todo el mundo; esto es, que gozan, tras el curso de sus logros en la historia, de una especie de “omnipresencia” ...

Para la Corte Constitucional, la universalidad del derecho al trabajo ha sido entendida como la imposibilidad que tienen el Estado y la sociedad como garantes de los derechos sociales, de limitarlos o restringirlos con fines nugatorios, insustanciales o discriminatorios. Así los expresó recientemente en la sentencia C-871 de 2014 de este modo: “Sin embargo, en otro conjunto de pronunciamientos la Corporación ha analizado otros problemas de igualdad relacionados con la prima de servicios, o mejor, con los apartes normativos del artículo 306 que privaban a algunos empleados de la recepción del

beneficio. Entre esos pronunciamientos, se destacan las sentencias C-034 de 2003, en la que se declaró inexecutable el aparte que privaba de la prima de servicios a las personas que hubieran sido despedidas con justa causa; la sentencia C-042 de 2003, en la que se declaró inconstitucional la distinción derivada del tiempo de servicios cumplido dentro de un semestre, como fundamento para el pago de la prestación; la ya citada sentencia C-100 de 2005, en la que se consideró discriminatorio excluir del pago de la prima a los empleados de empresas ocasionales; y la sentencia C-825 de 2006 en la que se llegó a idéntica conclusión, al evaluar la constitucionalidad de la exclusión del beneficio laboral mencionado a los trabajadores ‘ocasionales’ o ‘transitorios’. Estas sentencias comparten la misma orientación argumentativa, en la que se destaca la prohibición de establecer tratos distintos entre diversos grupos de trabajadores y la obligación correlativa de propiciar la igualdad de oportunidades entre ellos. Además, se inspiran en el principio de universalidad de los derechos humanos, y en el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura de las prestaciones sociales (o, en general, de los beneficios laborales y de la seguridad social), en los términos prescritos por el principio de progresividad”

Esta característica está ligada al trabajo como derecho social, pero encuentra mayor aplicación en el plano de la seguridad social, así la sentencia C-714 de 1998 expresa:

La seguridad social es un servicio público obligatorio prestado en los términos y condiciones establecidos por la ley, cuya estructura está conformada por un conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la comunidad

para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo y sistemático de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de la contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el propósito de lograr el bienestar y la integración en la comunidad”.(...)

También ha sostenido esta Corte que el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de las personas y la comunidad para obtener un mejor vivir acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que los afecten; por lo tanto, el sistema implica el cumplimiento y el desarrollo de unos principios como los de universalidad, progresividad, eficacia, eficiencia y solidaridad, y comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura territorial hasta lograr que toda la población acceda al sistema mediante mecanismos que, en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permiten que sectores con o sin capacidad económica se vinculen al sistema y puedan gozar del otorgamiento de las prestaciones en forma integral en materia de salarios y pensiones”.

5.3. Normatividad internacional que regula el derecho al trabajo

En la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encontramos la regulación al derecho al trabajo y su libre elección, en su art. 23. Menciona una igualdad para los trabajadores y protección al desempleo. Seguidamente en su art. 24

habla del derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure tanto para el trabajador como para su familia una vida digna.

En la Carta de la Organización de los Estados Americanos se proclama el trabajo como derecho y deber social, respetando la dignidad de quien lo realiza, teniendo condiciones de seguridad a la vida, la salud y un nivel económico estable. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en su art. 6º, dice que todos los Estados partes reconocen el derecho a trabajar, comprendiendo la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo escogido libremente y tomando las medidas adecuadas para garantizar ese derecho. Y en su art. 7º se reconoce la necesidad de proteger la dignidad humana tanto del trabajador como de su familia. Por otro lado, en el Convenio de Roma de 1950 en su art. 4ª, proscribire la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados.

La Convención Americana de Derechos Humanos, evidencia la necesidad y supervisión del desarrollo progresivo y de garantizar el derecho al trabajo, para lo que establece una cantidad de elementos y reglamentos correspondientes al desarrollo económico de los Estados partes, muchos de ellos relacionados con el trabajo como elemento esencial y determinante para dicho desarrollo. Con respecto al tema, se habla de salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables.

En la OIT encontramos también algunos tratados ratificados por Colombia relacionados con el derecho al trabajo, entre ellos están el Convenio 2 correspondiente al desempleo, que tiene como fin tratarlo y disminuirlo, el Convenio 29 es otro que también

ratifico Colombia sobre el trabajo forzoso, prohibiéndolo y garantizando su no ejecución. Igualmente, el Convenio 88 sobre el servicio de empleo, el 111 que trata la discriminación y el 138 que regula la edad para iniciar una vida laboral sin que esto constituya trabajo infantil. Lo curioso es que, de los tratados de la OIT, correspondientes a la seguridad social, los cuales la protegen y garantizan, Colombia no ha ratificado ninguno de estos, aun sabiendo que, para nuestra Nación, como Estado Social de Derecho, la Seguridad Social es un Derecho fundamental de todo trabajador y de carácter constitucional. De forma general tenemos 61 convenios ratificados por Colombia en la OIT, de ellos, hay 8 fundamentales relacionados con el trabajo forzoso, libertad y derecho sindical, igualdad de remuneración, discriminación y trabajo infantil. Luego encontramos 3 convenios de gobernanza, sobre la inspección del trabajo, y 50 convenios técnicos que entre otros temas regulan la maternidad en el trabajo, jornada laboral, indemnizaciones, descansos obligatorios, enfermedades profesionales, fijación de salarios mínimos y trabajadores domésticos. Estos son entonces los 61 convenios de la OIT ratificados por Colombia que, como vemos, en ninguno de ellos se habla de la seguridad social de manera específica.

Hay 21 Convenios internacionales de la OIT que hacen referencia al tema de la seguridad social de manera específica, entre ellos tenemos el convenio 102 de 1952, habla en su integridad de la seguridad social, el 202 de 2012 hace unas especificaciones con respecto a los límites y mínimos del derecho a la seguridad social, al igual que su carácter expansivo a la mayor población posible. El convenio 157 de 1982 que regula la seguridad social de los migrantes, y finalmente el 118 de 1962 que establece la igualdad de trato en materia de seguridad social para los Estados partes. Los demás convenios, hacen

referencia a temas como la asistencia médica, prestaciones de desempleo, vejez y enfermedad, accidentes y enfermedades laborales, prestaciones familiares, de invalidez y sobrevivientes. Aunque existe una regulación bastante completa en el régimen internacional, Colombia desafortunadamente no hace parte de esta regulación.

Finalmente, según información tomada de la página web de la OIT, vamos a establecer una lista con algunos de los 52 convenios de la OIT no ratificados por Colombia, que son de gran importancia para nuestro estudio (Organización Internacional del Trabajo, 2016):

✓ C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)
✓ C118 - Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118)
✓ C121 - Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964
✓ C128 - Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967 (núm. 128)
✓ C130 - Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130)
✓ C157 - Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157)
✓ C165 - Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987 (núm. 165)

5.4. Normatividad nacional correspondiente a la seguridad social

Desde la Constitución Nacional encontramos la protección al derecho al trabajo y la seguridad social. Partimos del preámbulo donde de entrada se menciona el trabajo como garantía y fin del Estado Colombiano. De manera específica y con respecto al caso que nos ocupa, tenemos ya el artículo 44 de la misma Constitución, que establece la seguridad social como derecho fundamental de los niños, igualmente en el artículo 46 para las personas de la tercera edad, a quienes el Estado les garantizará los servicios de seguridad social integral en caso de indigencia. Ya es en el artículo 48 cuando de forma muy general se dice que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Y habla de la progresividad de cobertura de la seguridad social con la participación del Estado y los particulares, siendo prestado el servicio tanto por entidades públicas como privadas conforme a la ley y que no podrán destinarse los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella. Concluye este artículo diciendo que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo.

Adicionalmente, con el acto legislativo 01 de 2005, se agregan otras disposiciones, se habla de la obligación del Estado de garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional y que por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de las mesadas de pensiones reconocidas conforme a derecho. Se establecen los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de vejez al igual que el respeto por los derechos adquiridos. Se dice también que los requisitos y

beneficios pensionales se establecerán en la ley del sistema general de pensiones. Con respecto a la liquidación de las pensiones se dice que solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones y que la pensión mínima será del salario mínimo a menos que no se cumplan con los requisitos para acceder al derecho y se concedan beneficios periódicos inferiores por ser persona de escasos recursos, en el caso de la pensión máxima, esta no podrá exceder de 25 salarios mínimos. Con este acto legislativo se eliminan los regímenes especiales y exceptuados diferentes a la fuerza pública y el presidente. Se eliminó de igual forma la mesada 14 a partir de su entrada en vigencia y la acusación de la pensión sería inmediatamente se cumplan los requisitos. De otro lado se elimina la posibilidad de establecer en pactos o convenciones colectivas de trabajo condiciones pensionales diferentes a las legales.

En su parágrafo primero establece el régimen para los docentes, que corresponde a los del magisterio preestablecido, pero para quienes se vinculen a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003, tendrán los derechos a prima media del sistema general de pensiones (Constitución Política, 1991).

En el caso de la Fuerza Pública, se establece que en el régimen aplicable a estos al igual que el presidente, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes expirará el 31 de julio del año 2010 (Constitución Política 1991)".

Para el régimen de transición de la Ley 100, se dice que no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen,

tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá el régimen hasta el 2014".

Para los miembros del INPEC De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este decreto, se les aplicará el régimen de alto riesgo. A quienes ingresaron con antes a dicha fecha se aplicará el régimen vigente a esa fecha.

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

El artículo 50 de la Constitución, establece una atención obligatoria a los menores de un año que no estén cobijados por un régimen de seguridad social, y el artículo 53 establece la normatividad del derecho laboral y la garantía a la Seguridad Social. El artículo 64, se refiere a los trabajadores agrarios y habla del deber del Estado de promover su ingreso a la seguridad social. El artículo 299 habla de los miembros de la asamblea departamental, quienes también deberán estar apartados por el régimen de seguridad social.

5.4.1. Código sustantivo del trabajo

Nuestro código establece la exigencia de unos mínimos irrenunciables y que deben cumplirse sin perjuicio alguno a los trabajadores, y dentro de estos mínimos de derechos

obligatorios e irrenunciables, encontramos la afiliación y pago de la seguridad social. Encontramos en esta norma el derecho al trabajo y la igualdad de los trabajadores, que para nuestro estudio es de gran importancia, pues al tratarse de la seguridad social para parejas del mismo sexo, es fundamental hablar de una igualdad y una protección al derecho fundamental del trabajo y la seguridad social. Aunque el código sustantivo del trabajo no habla de seguridad social de manera específica y reiterada, tenemos que tener bien claro, que entre los derechos y garantías mínimas que reconoce el código a los trabajadores, se encuentra inmersa la seguridad social integral. Posteriormente estudiaremos una ley que es de suma importancia y relación al tema, pues se encargó de regular la seguridad social de forma muy específica. En el código tenemos la protección y garantía a la seguridad social, incluso durante el cese de actividades por motivo de huelga, allí se evidencia nuevamente ese carácter de irrenunciable y fundamental de la seguridad social.

5.4.2. Ley 100 de 1993

En la ley 100 tenemos una regulación específica a la seguridad social, sin dejar de reconocer su contenido esencial y de carácter fundamental. Con la mencionada ley se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las

contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. Igualmente encontramos en ella los principios generales del sistema de la seguridad social; objeto, características, afiliación, cotizaciones, fondo de solidaridad del sistema pensional; pensión de vejez; pensión de invalidez por riesgo común; pensión de sobrevivientes; prestaciones adicionales; entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; régimen de ahorro individual con solidaridad; modalidades de pensión; pensiones mínimas; prestación y beneficios adicionales; entidades administrativas del régimen de ahorro individual con solidaridad; bonos pensionales; disposiciones aplicables a los servidores públicos; el sistema general de seguridad social en salud; de los afiliados al sistema; del régimen de beneficios; de la dirección del sistema y de la seguridad social en salud; de las instituciones prestadoras de servicios de salud; régimen de la empresas sociales del Estado; de los usuarios; del régimen contributivo; del régimen subsidiado; del fondo de solidaridad y garantía; de la vigilancia y control del sistema; y normas sobre transición del sistema y otras disposiciones afines o complementarias; sistema general de riesgos laborales, accidente y enfermedad laboral, y servicios sociales complementarios. Ley 1562 de 2012.

La ley 100 de 1993 ha sufrido algunas modificaciones, se han creado diferentes leyes y decretos que no serán nuestro objeto de estudio por el momento, como por ejemplo, con la ley 797 de 2003 que modificó el régimen pensional anteriormente establecido.

6. Reconocimiento del derecho a la seguridad social para parejas del mismo sexo

6.1.Construcción y corrección de la línea jurisprudencial

Identificación: Sentencia C-098/96

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

En esta sentencia se realiza un estudio de constitucionalidad, sobre el artículo primero y segundo de la ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acusada ya que le legislador cumplió con el mandato constitucional de protección de la familia y otorgarle igualdad de condiciones tanto al hombre como la mujer. Sostuvo que para todos los efectos civiles se denominan compañero y compañera permanente al hombre y a la mujer que mantienen una unión marital de hecho, y agrega que dicha jurisprudencia se aplica al sistema de Seguridad Social “como lo menciona el Decreto 1889 de 1994” (reglamentario de la Ley 100 de 1993).

Identificación: Sentencia T-1426/00

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Acción de tutela en contra del Instituto de Seguridad Social de Bogotá, por considerar vulnerado el derecho a la seguridad social de la pareja del accionante, al negársele el acceso a los tratamientos necesarios para tratar su enfermedad.

La Corte negó en el fallo el amparo solicitado por el accionante, en defensa de los derechos de su pareja

Extracto:

Problema jurídico ¿el demandado vulneró el derecho a la seguridad social de una persona homosexual cuando se negó a reconocerla como beneficiaria de su pareja, argumentando que el artículo 42 consagra una forma de familia diferente, y que las parejas homosexuales no conforman uniones maritales?

La Corte al examinar las pretensiones de la acción, consagra que no se vulnera el derecho a la seguridad social, en tanto que, la Constitución establece una ampliación gradual frente a la cobertura del sistema, subordinada ésta a la existencia de recursos que permitan la ampliación de esta cobertura; por tanto, la inclusión que se realizó al sistema de seguridad social de los compañeros y compañeras permanentes obedeció, al mandato constitucional de darle a la persona de distinto sexo, que hace vida marital con el afiliado, el mismo trato que se daba a las personas casadas.

De igual manera, no se vulnera el derecho a la seguridad social, pues la persona homosexual que tiene vida marital con el afiliado, en tanto que no fue esta constitucionalmente asimilada a la vida de casado, en consecuencia, no puede acceder al sistema como beneficiario, pues la normas que regulan este tema no lo tienen previsto.

Por lo anterior, establece la Corte que el actor no tiene razón cuando este invoca la protección del derecho a la seguridad social de su pareja, por haberse negado por parte de la E.P.S Seguro Social, ya que esta no puede vincular a personas que no cumplan

con los requisitos establecidos para ingresar al régimen contributivo. Además, que la pareja del actor, puede vincularse al régimen subsidiado, con lo que no se le estaría vulnerando el derecho a la salud.

De otra parte, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 estipula que el Plan de Salud Obligatorio tendrá cobertura familiar. Agrega que serán beneficiarios del Sistema, entre otros, el compañero o compañera permanente del afiliado, siempre que la unión sea superior a dos años, sin detenerse en su sexo. Es el artículo 111 del Decreto 1889 de 1994, reglamentario del sistema de pensiones, el que dispone que para efectos de la pensión de sobrevivientes ostenta 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 años.

En consecuencia, resulta pertinente precisar que, por compañero o compañera permanente, en los términos de la Ley 100, debe entenderse la persona de diferente sexo que convive con el afiliado, conforme a lo precisado por el Decreto 1889 de 1994 y no por lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, como va a explicarse:

De conformidad con el artículo 158 de la Constitución Política toda ley debe referirse a un misma materia, de tal suerte que no por la utilización de vocablos que aparentan amplitud es dable afirmar que en una ley destinada a regular las uniones maritales de hecho y su régimen patrimonial, se encuentran disposiciones aplicables al Sistema de Seguridad Social, porque mientras los mentados “efectos civiles” deben necesariamente circunscribirse al contexto mismo de la ley que los invoca: las relaciones patrimoniales existentes entre el hombre y la mujer que mantienen entre si unión permanente y

singular, la Ley 100 de 1993 reglamenta el Sistema de Seguridad Social erigido por la Constitución Política como servicio público de carácter obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, unidad y participación en forma progresiva, de toda la población colombiana, circunstancia que de suyo excluye aplicarle a las disposiciones que regulan el acceso a dicho Sistema precisiones propias de una institución de derecho privado.

Por idénticas razones, no sería dable afirmar que como la Ley 100 de 1993 no determina el sexo de quien ostenta la calidad de compañero permanente, cabría, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, aplicar la precisión -ya referida- utilizada por la ley para la conformación de la sociedad patrimonial de hecho porque, sabido es, y así lo ha sostenido la Corporación, que la aplicación analógica requiere, de manera ineludible, no solo la existencia de un vacío legislativo sino que el asunto legislado que se pretende aplicar sea semejante al carente de regulación, de tal manera que el segundo caso permita el mismo raciocinio que el primero y -como quedó dicho-, la regulación de la situación patrimonial entre compañeros permanentes no pertenece al mismo orden en el cual se ubican aquellas normas que regulan la prestación de un servicio público como la seguridad social.

No obstante, para establecer qué se entiende por compañero o compañera permanente, en los términos del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 111 del Decreto 1889 de 1994, por cuya virtud se debe entender que el vocablo distingue a la última persona, de sexo diferente al del causante, que hizo vida marital con él. Lo

anterior por cuanto al parecer de la Sala la ratio juris que acompaña a esta última disposición desarrolla el artículo 48 de la Constitución Política, en lo relativo a la necesidad de que el Estado diseñe mecanismos que permitan el acceso gradual de la población al Sistema de Seguridad Social, en concordancia con la política social del Estado, con el propósito de que la asunción de riesgos responda a la posibilidad cierta de atenderlos.

Al respecto, al parecer de la Corte, con las precisiones ya realizadas, corresponde confirmar la decisión del Juez de instancia, puesto que si la Constitución Política prevé una ampliación gradual de la cobertura, subordinada a la existencia de los recursos que así lo permitan, ha de entenderse que la inclusión del compañero y compañera permanente, en calidad de beneficiarios, al Sistema de Seguridad Social obedeció, en sus inicios, al imperativo constitucional de darle a la persona de distinto sexo, que hace vida marital con el afiliado, el mismo tratamiento que se le veía dando al cónyuge. Y que, la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto.

Ahora bien, el principio constitucional de "universalidad", impuesto al Sistema de Seguridad Social por la Constitución Política, ha sido desarrollado por la Ley 100 de 1993 mediante la inclusión de la población en uno de dos regímenes: el contributivo o el subsidiado, de tal manera que ninguna persona pueda estar sin protección, como tampoco puede quedar doblemente protegida. Al primero acceden quienes se afilian mediante el pago de una cotización financiada por el afiliado o por éste y el empleador,

al segundo se vinculan quienes no están en capacidad de cotizar, a través del pago de una unidad por capitación, subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o del fondo de solidaridad y garantía.

La Corporación en este fallo consagra dos reglas, las cuales son: 1. Que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no pueden ser asimilables al concepto de familia consagrado en la Artículo 42 de la Constitución. Puesto que, hay supuestos de hechos diferentes, por tanto, pueden ser tratados de diversa manera, y 2. La pareja homosexual del cotizante no puede acceder al sistema de seguridad social como beneficiario, ya que este sistema solo permite el ingreso de familiares del cotizante.

Identificación: Sentencia SU- 623/01

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Acción de tutela. El actor solicitó a una E.P.S que lo afiliara como beneficiario al sistema de seguridad social en salud, teniendo en cuenta su calidad de compañero permanente de quien cotiza. La solicitud fue denegada, con el argumento de que la unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo no se encuentra consagrada en la Constitución ni en la ley.

Por lo tanto, el accionante recurrió a la acción de tutela para que sus derechos a la igualdad, a la seguridad social, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad fueran protegidos.

La Corte denegó la tutela para la protección de los derechos considerados como violentados por parte de accionante.

Extracto: Considera la Corte, que en el caso no se vulnera el derecho a la seguridad social, ya que cualquier persona puede entrar al sistema de seguridad social en salud, sin importar

su sexualidad, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado. La figura de unión marital de hecho de personas del mismo sexo, no puede ser asimilable al concepto de familia que trae la Constitución y la ley, por tanto, el actor no puede acceder al sistema de seguridad social como beneficiario, dado que la ley previene que el beneficiario debe pertenecer al grupo familiar del cotizante. Pretender ingresar por este medio al sistema, es inadecuado, ya que existen otros medios más idóneos para que este pueda ingresar.

Los Art. 157/160/161/ 162 y 163 de la Ley 100 de 1993 establecen quienes son los afiliados al régimen contributivo, los deberes del afiliado y sus beneficiarios el plan obligatorio que se presta a los afiliados y beneficiarios y por último, la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud que “serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.”

“(…) podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual

de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque, como ya se dijo, la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque 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.

Como se ve, 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 se justifica, no sólo por la progresividad que caracteriza la ampliación de la cobertura del servicio, sino porque ésta es objeto de protección integral por parte del constituyente y por la garantía de que hombres y mujeres tengan iguales derechos y oportunidades. De tal modo, este constituye otro fin constitucionalmente válido

de la decisión de no incluir a las parejas permanentes homosexuales de los afiliados al sistema contributivo de seguridad social en salud como beneficiarios del mismo.

Por otra parte, teniendo en cuenta la diferencia entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente, cabe preguntarse si aun así, la diferencia de trato entre estos dos grupos diferentes es proporcional y está justificada. A este respecto, cabe decir que dentro de nuestra sociedad existen diferentes tipos de relación que comparten muchos de los aspectos que caracterizan a las relaciones familiares, como pueden serlo la comunidad de vida, o la unión mediante lazos afectivos o sexuales, pero que no por ello otorgan el derecho a recibir prestaciones sociales por parte del Estado. En esa medida, ni la convivencia, ni la unión mediante una diversidad de vínculos emocionales igualmente válidos y respetables constituyen títulos suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud. La no inclusión de dichas relaciones, o de algunas de sus características, como criterios para beneficiar a ciertas personas dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud no significa un desconocimiento ni una segregación de las personas que deciden optar por cualquier tipo de relación afectiva o de convivencia, ni comportan impedimentos para el libre desarrollo de su personalidad.

Finalmente, resta decir que con la decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no se está contradiciendo el principio de universalidad que informa el sistema de seguridad social en salud, ni se los está excluyendo con fundamento en su orientación sexual, pues existen diversas formas de incorporarse al sistema. Además del de

beneficiarios del régimen contributivo, cualquier persona puede afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo, si tiene la capacidad de pago, al régimen subsidiado si carece de ellos, o de no estar dentro de estas dos categorías, en todo caso podría estar vinculado al sistema sin atención a su orientación sexual.” (...)

Por ello sería inexacto afirmar que hay discriminación cuando al compañero o compañera de un afiliado o afiliada homosexual se le niega el acceso al régimen contributivo en salud a través de este mecanismo particular de afiliación, que como ya se dijo, conlleva la noción de familia que no puede ser desconocida, dado que evidentemente puede acceder al sistema por otro de los mecanismos regulados en la ley, dentro del régimen contributivo, régimen subsidiado o asistencia pública (como vinculado al sistema de seguridad social en salud).

“La ley no niega el acceso a los servicios en salud por el hecho de la “orientación sexual de una persona” lo cual conllevaría un trato discriminatorio evidente. No. Simplemente le dice que la forma escogida - “como beneficiario afiliado de su pareja homosexual cotizante”, no es el camino idóneo para ingresar al sistema, por esta razón no cabría consideración alguna sobre la igualdad (artículo 13 C.P.). (...)” La Corte Constitucional, dice que tampoco se desconoce el derecho a la igualdad, no se ve vulnerado, pues el trato diferenciado que se le da a las parejas del mismo sexo frente a parejas heterosexuales, está justificado en la Constitución, pues en esta solo se consagra un concepto de familia, dejando excluidas a las parejas del mismo sexo.

No se vulnera de igual modo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto el ingreso o no al sistema de seguridad social no es presupuesto para el ejercicio de este derecho.

De esta sentencia, se extrae las siguientes conclusiones: 1. La unión marital de hecho conformada por personas del mismo sexo no puede asimilarse al concepto de familia consagrado en la Constitución.

2. El sistema de seguridad social exige que las únicas personas que pueden acceder a este son los familiares del cotizante, por tanto, los miembros de parejas homosexuales no pueden acceder a este sistema como beneficiarios.

Salvamento de voto

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

Quienes salvamos el voto no entendemos de dónde surge esta definición de universalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que no sólo va en contra del texto constitucional y de su espíritu, sino que desconoce la propia definición de la Ley 100 de 1993 y la posición jurisprudencial ampliamente reiterada por la Sala Plena y por las distintas Salas de Revisión de la Corte. En efecto, en 1992, en una de sus primeras sentencias, dijo la Corte, “*el artículo 48 de la Carta fundamental consagra los tres principios que determinan la Seguridad Social: eficiencia, solidaridad y universalidad, así*”:

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que

unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas".

La universalidad entonces, implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de salud. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una discriminación. Esta definición fue reiterada en la sentencia C-112 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la cual se dijo,

Para concluir, cabe agregar que el principio constitucional de "universalidad" que rige la seguridad social se relaciona con la garantía de protección a todas las personas, sin discriminación alguna. Es decir, que los servicios de salud deben cubrir a toda la población, como en efecto ocurre en el sistema de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, que ampara a todos los habitantes del país tengan o no capacidad de pago.”

Estas definiciones han sido acogidas en varias sentencias, convirtiéndose en parte del sustento jurídico central de las decisiones que en ellas se tomaron.

En conclusión, en ninguna norma constitucional se prohíbe que los homosexuales accedan al derecho a la salud. Por el contrario, este derecho es garantizado expresamente a todas las personas. En ninguna norma de rango legal se restringe el acceso a la salud a los heterosexuales. Las disposiciones sobre la materia son neutrales en cuanto al sexo y la orientación sexual. Por el contrario, las normas legales hacen obligatoria la afiliación al

sistema e irrenunciable el derecho a la salud y consagran una definición amplia del principio de universalidad que incluye una prohibición tajante a cualquier forma de discriminación. Cabe preguntarse si la restricción constitucional en materia matrimonial es una barrera para que la pareja de un homosexual acceda, no a la institución del matrimonio, sino a la salud en sus diversos regímenes.

Sentencia: T-618 de 2000

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

Se determina por parte de la Corte Constitucional, si la expulsión del sistema de seguridad social en salud, vulnera los derechos fundamentales del demandante.

Extracto:

Problema jurídico: ¿Determinar si se vulnera los derechos a la dignidad humana, a la salud, a la vida y al mínimo vital, por parte del ISS por la expulsión del sistema de seguridad social en salud?

La universalidad del sistema de seguridad social en salud, implica para la Corte Constitucional

El objetivo es ampliar la cobertura y no restringirla, de ahí que es obligatorio para los empleadores incluir a sus trabajadores en el sistema, y el Estado no puede permitir la expulsión del sistema de persona alguna salvo que haya razón legal para

ello y previo un procedimiento. Como corolario, hay que prestar a los afiliados la atención integral en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

Sobre, el principio de solidaridad en el sistema de seguridad social en salud, establece la Corte que

El primer encargado de su salud es la propia persona y si es mayor de edad con mayor razón. Sin embargo, el Estado, la familia y la sociedad solidariamente deben contribuir a un eficiente cubrimiento universal en salud. En materia de salud la solidaridad tiene como una de sus manifestaciones el cubrimiento de quienes la ley considera como beneficiarios del servicio. La solidaridad también aparece dentro de los deberes constitucionales.

Frente a la dignidad humana, la Corte Constitucional establece que:

La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

La naturaleza de principio que ostenta la dignidad humana, impide que su desconocimiento pueda ser alegado de manera principal y única como causa de la acción de tutela. Sin embargo, ella se resiente cada vez que una acción u omisión de una autoridad pública viola o pone en peligro un derecho fundamental. Además del quebrantamiento de un derecho fundamental, el accionante de la tutela puede invocar - como ocurre en el presente caso - el agravio infligido a su dignidad humana, y así el Juez podrá apreciar en su fallo tanto la conculcación del derecho como la profanación a la dignidad.

La dignidad humana exige pues que, al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal.

La aplicación de los principios, según este Alto Tribunal, se evidencia en la Constitución, de esto se consagra, que:

En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado “garantizar la efectividad de los principios”. Luego, el principio de la continuidad en el servicio

público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P.

La Corte Constitucional, determinó que no era competente en este caso, para establecer si el término “compañero permanente”, se predica de las personas del mismo sexo, por lo que este tema quedó sin resolver en mencionada sentencia.

Sentencia: C-075 de 2007

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

Extracto:

Problema jurídico: ¿La ley 979 de 2005, al consagrar que el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, solo es aquel conformado por hombre y mujer, vulnera los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo

vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo?

El nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo.

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

fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección para la mujer.

Frente al tratamiento diferencial a las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

1. De acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual;
2. Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras;
3. Corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y
4. Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente

La protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por

el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

Para la Corte, la dignidad humana, es el principio fundante del Estado Social de Derecho, y, por tanto, este debe evidenciarse dentro de todas las actuaciones del Estado, en el caso concreto, la decisión de las personas de elegir su plan de vida, y por ende, la libertad de estos para escoger su orientación sexual. Sobre esto expone la Corte:

Que a la noción jurídica de dignidad humana se integra la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. La dignidad humana se refleja de manera más inmediata en aquellos derechos que se fundan en las decisiones racionales y autónomas del sujeto, y que encuentran expresión en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha mostrado cómo, a partir del enunciado normativo contenido en el artículo 16, es posible delimitar el objeto de protección de la dignidad entendida como posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia.

Según la Corte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, se vulnera en los siguientes casos:

Cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”, y, por consiguiente, “...las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho.

La Corte, al resolver el problema jurídico que suscitó esta sentencia, consagró lo siguiente:

La falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros

permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.

De este modo se tiene que se puede identificar en este caso un mínimo de protección que resulta constitucionalmente obligado porque la ausencia de un régimen jurídico que, en el ámbito patrimonial, se aplique de manera específica a las parejas homosexuales, implica que sus integrantes deban regirse por el régimen ordinario civil, lo cual limita su autonomía para autorregular las consecuencias patrimoniales de su decisión de vivir como pareja y deja en un limbo jurídico la dimensión patrimonial de esa decisión, con consecuencias potencialmente lesivas en el evento en que termine la cohabitación. Esto es, el déficit de protección al que se hace alusión se deriva de la existencia de una regulación imperativa para la disposición del patrimonio de los integrantes de la pareja, que no consulta su propia realidad; de la imposibilidad de acceder voluntariamente a un sistema de regulación sino es a través de procedimientos no específicos y altamente engorrosos, y de las consecuencias potencialmente lesivas que las anteriores circunstancias pueden tener para los integrantes de la pareja. Dicho de otra manera, la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Salvamento de voto

Magistrado: Jaime Araujo Rentería

La norma demandada se refiere a todos los “efectos civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil: por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión “efectos civiles” a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia. A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todos las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional ha debido ocuparse de todos los aspectos jurídicos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se haga por fuera de las normas, por cuanto, como quedó anotado, aún la expresión “efectos civiles” tiene una connotación amplia. A mi juicio, el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 se refiere a Todos los efectos “civiles”, que como se señaló, no son únicamente los patrimoniales.

La Ley 54 de 1990 representa no sólo una discriminación frente a las parejas homosexuales sino incluso frente a las parejas heterosexuales, por cuanto dicha ley restringe los efectos jurídicos y el reconocimiento de los derechos que hay que reconocer a las uniones maritales de hecho, sólo a los efectos civiles, y de otro lado, la interpretación restringida que se hace de esa ley en este sentencia es que los efectos civiles se reducen a los efectos patrimoniales, dejando de este modo de lado, toda una gama de efectos civiles como el matrimonio, la adopción, la sucesión, los aspectos laborales, pensionales, para nombrar solo algunos de ellos. A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término “o” consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

Aclaración de voto

Magistrados: Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla

En diversas oportunidades la Corte ha estudiado el concepto de familia que emana de los dos primeros incisos del artículo 42 de la Constitución, y la naturaleza de las relaciones paterno y materno filiales que se derivan de dicho concepto. Y con fundamento en el estudio de los antecedentes históricos que llevaron a la adopción de dicha norma superior, reiteradamente ha sostenido que la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

Sentencia: C-811 de 2007

Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993

Extracto:

Problema jurídico: ¿El concepto de familia es aplicable para las personas del mismo sexo?
¿Las parejas homosexuales pueden conformar familia?

La Corte considera que el argumento central de la demanda deja en claro que el ataque contra la norma acusada se dirige a cuestionar la exclusión que por vía de la expresión “familiar” se hace de las parejas del mismo sexo en cuanto al acceso a los servicios del sistema de seguridad social en salud. Efectivamente, la determinación de que la cobertura del sistema de seguridad social en salud es “familiar” implica la exclusión, per se, de la pareja homosexual como beneficiaria del régimen, pues la jurisprudencial vigente precisa que la familia se configura por la unión de un hombre y una mujer, mediante vínculos naturales o jurídicos

La demanda denuncia una comisión legislativa relativa proveniente directamente del concepto de “familia”, que consiste en que, por vía de sólo incluir a la familia en el ámbito de protección de la seguridad social, el legislador deja por fuera una célula de composición social que también debe estar incluida en dicha protección.

De la norma objeto de estudio se desprende que la pareja homosexual no tiene derecho, en cuanto a pareja, a recibir los beneficios del régimen contributivo del sistema general de salud, por cuanto la disposición limita el alcance de la misma al ámbito familiar. El alcance preciso de la disposición implica que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria.

Acogiendo los criterios doctrinales esbozados por la Corte en la Sentencia C-075 de 2007, que marcan la perspectiva actual en el tratamiento jurídico del tema, el impedimento que tiene la pareja del mismo sexo de vincularse al sistema de Seguridad Social en Salud por el régimen contributivo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad -en la concepción de la autodeterminación sexual-, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo.

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

individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo.

En punto a la conservación del principio de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha señalado que dicho concepto es elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición. La Corte ha dicho que “... dentro del sistema constitucional colombiano, el principio de dignidad constituye el centro axiológico a partir del cual se derivan las obligaciones de protección, respeto y promoción de los derechos constitucionales y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes constitucionales, bajo la égida del orden justo.”

La dignidad humana implica el reconocimiento de la autonomía del ser humano, enfocada al diseño de un plan personal de vida. La libertad de “elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.” De allí que la dignidad humana se refleje de manera inmediata en el ámbito de ejercicio de derechos que dependen de las decisiones racionales y libres del individuo, reunidos todos en el concepto de libre desarrollo de la personalidad. Para la Corte, la dignidad humana se manifiesta en tanto libertad en la “posibilidad de autodeterminarse según el propio destino o la idea particular de perfección, con el fin de darle sentido a la propia existencia.”

Para la Sala es claro que la norma aquí acusada impone al ejercicio de la libertad en la elección sexual una carga que no se compagina con el derecho que aquella libertad encarna. La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

Efectivamente, la Corte considera que la exclusión derivada de la norma sub judice somete a una presión desproporcionada, y por tanto inconstitucional, el libre ejercicio de la opción sexual (art. 16 C.P.), en cuanto que impide que personas que han decidido conformar una pareja estable -en un modelo que la Constitución acepta y ampara-, reciban los beneficios de un sistema que se ofrece a otros individuos –de distinto sexo- que también han decidido hacerlo.

La privación de dichos beneficios deriva, como se dijo, en un déficit de protección que afecta derechos de jerarquía fundamental. Ciertamente, la privación de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales afecta directamente el derecho a la salud de los miembros de la pareja del mismo sexo y compromete en última instancia su derecho a la vida (art. 11 C.P), con lo cual se quiere significar que, en su caso, los derechos a la salud y a la vida se ven afectados por el ejercicio legítimo de su libertad.

Recientemente, la Corte ha dicho que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas

estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura.

En el mismo contexto, en Sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión de la Corte señaló que el derecho a la salud es fundamental y se convierte en derecho directamente amparado por la acción de tutela cuando la desprotección de la víctima implica, al mismo tiempo, una afectación de su dignidad humana.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, podría decirse que la exclusión del régimen de seguridad social en salud del miembro homosexual de la pareja constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, pues la exclusión está fundada esencialmente en su libre opción sexual, lo cual hace de su derecho una garantía directamente protegida por la Carta. En tanto que la Corporación reconoce que la protección del derecho a la salud puede ser amparada directamente por vía de tutela, cuando la misma implica la violación de la dignidad humana, la Corte infiere que la medida que excluye de la prestación del servicio de salud se encuentra en abierta contradicción con la dignidad humana del individuo y, por tanto, contraria al texto de la Carta, razón de más para considerar que el vacío detectado resulta inconstitucional.

Para la Corte es claro que el perjuicio que se deriva de la exclusión de la pareja homosexual de la cobertura del régimen de seguridad social en salud es de mayor gravedad que el que generaba la exclusión de la pareja homosexual de las normas sobre régimen patrimonial.

Además de lo dicho, la Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo del sistema de salud tampoco es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la indefectible desprotección del núcleo familiar. La Sala considera que la detección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no necesariamente implica la reducción de beneficios a la célula familiar, ni la disminución de los niveles de atención a los miembros de la pareja heterosexual, por lo que no existe justificación alguna para señalar que una medida como la que ahora se impone involucre afectación de la protección que la Constitución ofrece en esta materia.

Este avance de la cobertura de protección a las parejas del mismo sexo es consecuencia también de la aplicación del principio de progresividad en materia de seguridad social, reconocido expresamente por la Carta en su artículo 48, que señala que “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social”, así como por la jurisprudencia constitucional, que en sentencias como las C-251 de 1997, SU.225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, ha dicho que el sistema de seguridad social debe avanzar hacia una cobertura universal, que garantice una atención oportuna y eficiente para todos.

En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la

discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja.

Salvamento de voto:

Jaime Araujo Rentería

La presente sentencia se limita a la afiliación al régimen contributivo de seguridad social del núcleo familiar, también de parejas homosexuales, y no tiene en cuenta el régimen subsidiado, que debe proteger también las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

No se puede llegar a proteger solamente los derechos patrimoniales y de salud, dejando de lado otros derechos que sí se reconocen a las parejas heterosexuales, por lo en mi concepto continúa la discriminación frente a las parejas del mismo sexo y su núcleo familiar.

A la luz de la Constitución Política, las parejas homosexuales tienen plenitud de derechos que deben ser restablecidos por el tribunal constitucional, tales como, la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar hijos.

Desconoce de todas maneras los valores, principios y derechos constitucionales, por cuanto mantiene un trato diferente y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se reconoce que también conforma una familia. De forma contraria a esto, el suscrito magistrado considera que la Constitución Política consagra diferentes vías y caminos para

la conformación de la familia y que el matrimonio es tan sólo uno de ellos, pudiendo por tanto legítimamente las parejas de homosexuales conformar una familia con la plenitud de los derechos otorgados a ésta en materia de matrimonio, adopción, seguridad social, etc.

Aclaración de voto:

Catalina Botero Marino

Tanto la sentencia C-075 de 2007 como la presente decisión, extienden la protección de la Constitución a ciertos aspectos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir.

En este sentido, encuentro que, a partir de una nueva y más realista y plural concepción de la familia, es posible concebir un universo muy diverso de formas de relación entre personas que merecen protección constitucional. Allí no sólo habría que incluir a las parejas del mismo sexo, sino, también, por ejemplo, al núcleo afectivo que se establece entre la madre cabeza de familia y su(s) hijo(s), entre los abuelos y los nietos de los que,

por múltiples motivos, deben hacerse cargo, de los tíos y tías que, por diversas circunstancias, se hacen responsables de sus sobrinos. La lista de relaciones entre personas que no tienen ninguna similitud con las parejas heterosexuales pero que se vinculan entre sí por nexos permanentes de amor, afecto y solidaridad incluye, sin duda, a las parejas del mismo sexo. Negar que esas relaciones sean familias implicaría, a mi juicio, desconocer el sentido profundo del principio constitucional de solidaridad social.

Contra la visión de familia que encuentro más acorde a la Constitución, se ha sostenido que la institución familiar sólo puede surgir de la unión entre un hombre y una mujer y de las relaciones de consanguinidad que se desplieguen a partir de esta unión. En este sentido, los datos distintivos de la familia serían la heterosexualidad, la función reproductiva y las relaciones de consanguinidad correspondientes. Encuentro que esta visión de familia es profundamente excluyente e injusta y que termina negando protección constitucional a verdaderos núcleos familiares que constituyen la primera y en muchos casos la única red de protección de muchas personas en nuestro país.

Vale la pena recordar que la jurisprudencia constitucional vigente ha protegido el libre ejercicio de la sexualidad, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP, art. 16), siempre y cuando las decisiones, opciones y prácticas sexuales específicas no violen el orden jurídico y los derechos de los demás. La Corte Constitucional ha protegido, incluso, un derecho a la identidad sexual que ampara opciones tan radicales como la de decidir si se quiere ser hombre o mujer. A la luz de esta jurisprudencia sería

difícil sostener un privilegio intrínseco de la heterosexualidad sobre otras formas de ejercicio legítimo de la sexualidad. Salvo que se demuestre que un ejercicio específico de la sexualidad viola derechos de terceros o contraría el orden jurídico constitucional, éste no puede ser prohibido o menospreciado.

En particular, es llamativa la disyunción entre la familia conformada por el matrimonio heterosexual y la familia que se origina en “la voluntad responsable de conformarla” sin referencia alguna al sexo de quienes la conforman. Entre estas dos hipótesis la Constitución establece una opción clarísima (o la una o la otra) que permitiría preguntar cuáles son las familias que surgen de la voluntad responsable de conformarlas. Sin mayor esfuerzo argumentativo, es posible responder que, entre otras muchas formas de unión entre personas, las parejas conformadas por personas del mismo sexo que, de modo responsable, deciden conformar una familia, constituyen, de manera inequívoca, una familia.

Sentencia: C-521 de 2007

Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993

Extracto:

Problema jurídico: ¿Se vulnera los derechos a la dignidad humana y los derechos a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud, lo mismo que a la

protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes del afiliado, cuando aquellos no hayan cumplido con la condición establecida en la norma?

La exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. El artículo 42 superior sirve a la Sala como fundamento para afirmar que mediante la expresión demandada el legislador desbordó el ámbito de protección previsto en la Carta Política en favor de la familia, sea ésta constituida por vínculos naturales o jurídicos, por cuanto estableció una categoría, la de los compañeros (as) permanentes no beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, generando una clara discriminación respecto de los cónyuges,

quienes son beneficiarios del sistema de seguridad social en salud desde el momento mismo en que adquieren el mencionado estatus.

La medida adoptada por el legislador no prevé una diferencia de tratamiento, sino una discriminación en contra de quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, optan por constituir una familia mediante vínculos naturales, personas que, al amparo del artículo 42 de la Carta Política, gozan de la misma protección dispensada a quienes deciden constituirla por vínculos jurídicos.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años.

Salvamento de voto

Magistrados: Nilson Pinilla Pinilla Y Rodrigo Escobar Gil

La finalidad a la cual apunta el condicionamiento impuesto a los compañeros (as) permanentes por la disposición acusada, ciertamente se aviene con los dictados de la Carta Política, por cuanto la estabilidad, eficiencia y sostenibilidad son principios que debe tener en cuenta el legislador al configurar el sistema de seguridad social, cuyos

finitos recursos deben ser aplicados en forma racional a esos cometidos y protegidos de eventuales prácticas fraudulentas que dificulten el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de las prestaciones correspondientes. El riesgo para las finanzas del sistema, que tiende a ser neutralizado con la medida impugnada, no es aparente sino real, si se tiene en cuenta que frente a la posibilidad de asegurar a todos los compañeros (as) permanentes, sin tener en consideración el término de duración de la unión de hecho, muchas personas podrían afiliarse masivamente como beneficiarios de afiliados, simplemente alegando tal condición, para así poder acceder a todos los beneficios del Plan Obligatorio de Salud con cargo a una sola cotización, privando así de los servicios de salud a quienes son sus básicos destinatarios, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

Aclaración de voto

Magistrado: Jaime Araujo Rentería

Desde el punto de vista de la Constitución no se debe aceptar que sólo es familia la conformada mediante el matrimonio y que ésta tiene más y mejores derechos que los demás tipos de familia, sino que, por el contrario, considero que, a partir de nuestra Constitución, con su definición de familia y la consagración del principio de igualdad, se debe deducir que todas las clases y tipos de familia tienen los mismos derechos y deberes. De esta forma, reitero que todas formas de familias y parejas tienen los mismos derechos, bien se trata de parejas heterosexuales u homosexuales. Igualmente, considero que así como en el caso de la sentencia sobre las uniones maritales de hecho

y los homosexuales se restringía el reconocimiento de derechos a los patrimoniales, en la presente sentencia se restringe el restablecimiento de la igualdad al derecho a la salud de los compañeros permanentes, y ello en cuanto a la cobertura familiar del plan de salud obligatorio, de cuya cobertura comenzaban a ser beneficiarios solo a partir de un periodo de dos años de unión, mientras que nuestra posición ha sido el reconocimiento de TODOS los derechos en forma igualitaria. Adicionalmente, considero que en el presente caso no se puede presentar válidamente el argumento en el sentido que el sistema de seguridad se desequilibra, si la afiliación de la pareja como beneficiario es antes de dos años de convivencia, pues de ser así se desequilibraría también con el matrimonio que tiene efectos jurídicos en este ámbito desde el momento de celebrado el contrato de matrimonio. A mi juicio, la norma demandada implica que se siga otorgándole un mayor y mejor status jurídico al matrimonio. Si se consagra la misma protección constitucional, no se puede ahora desvirtuar.

Salvamento de voto

Magistrado: Humberto Antonio Sierra Porto

Tal y como está diseñado en la práctica el manejo probatorio para acreditar la calidad de compañeros permanentes, para efectos distintos a la declaración de la sociedad patrimonial entre ellos, no resulta acertado afirmar – a mi juicio- que existe un trato discriminatorio a la figura del (a) compañero(a) permanente, respecto de la del cónyuge. Esto se explica porque, en vigencia del requisito que se declaró inexecutable, para ambas figuras existe la misma carga probatoria y las mismas consecuencias jurídicas en relación con dicha carga.

Ello es así, en razón a que no se puede asumir que el contenido normativo estudiado, establecía alguna imposición probatoria distinta a declarar la existencia de la relación de compañeros, tal y como al cónyuge se le exige presentar el documento que acredite su estado civil de casado. Ahora bien, el hecho de que la norma consignara en su texto que cuando se trate de la afiliación de un beneficiario de una relación de compañeros, dicha relación debía configurar una unión de mínimo dos años, resulta razonable en la medida en que un elemento de éstas es la vocación de permanencia. No es desproporcionado porque como acabo de explicar, no implica carga adicional alguna; y por el contrario, configura un criterio que brinda seguridad al sistema de afiliación en salud, consistente en que se genera un punto de control de aquellas situaciones en las que se pueda pretender “buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero(a) permanente”.

Sentencia C 336 de 2008

Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Extracto:

Problema jurídico: ¿El conjunto normativo limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo?

Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. En efecto, el Estado social de derecho reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16), considerado corolario del pluralismo y la diversidad, valores superiores que actualmente identifican a los Estados liberales y democráticos de derecho, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, según el cual se le permite a la persona escoger y adoptar un plan de comportamiento acorde con su concepción del mundo y de su entorno social.

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, *implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.*

Si de conformidad con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden buscar su propia identidad y la opción de vida que deseen llevar, inclusive respecto de su orientación sexual, y no pueden ser discriminados por ello, tales derechos fundamentales, *garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición.*

Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que, aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales

La pensión de sobrevivientes ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y como aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.

Si bien, el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de ésta depende la materialización de mandatos

constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Esta corporación ha considerado, que la potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera.

En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que “no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad”.

En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho, pues al redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución.

Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

En conclusión, como lo ha considerado esta corporación, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la

discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

Salvamento de Voto (parcial) y Aclaración de voto:

Magistrado: Jaime Araujo Rentería

Por consiguiente, me permito reiterar aquí mis argumentos expuestos en salvamentos de voto a las sentencias mencionadas, en donde me he apartado de los fallos restrictivos de esta Corte, por cuanto en mi concepto se debe conceder de una vez por todas a las parejas del mismo sexo, la totalidad de derechos constitucionales reconocidos por la Constitución a la familia, al matrimonio y a las parejas heterosexuales, para lo cual parto de un concepto de familia acorde con el artículo 42 Superior, y del principio de dignidad humana, el cual obliga al reconocimiento de todos los derechos fundamentales y constitucionales a las parejas del mismo sexo.

(i) En este sentido, me remito a las razones expuestas respecto de la sentencia C-075 del 2007, las cuales cito *in extenso*, ya que considero que siguen siendo válidas en el asunto que hoy nos ocupa

Se debe conceder de una vez por todas a las parejas del mismo sexo, la totalidad de derechos constitucionales reconocidos por la Constitución a la familia, al matrimonio y a las parejas heterosexuales, para lo cual parto de un concepto de familia acorde con el artículo 42

Superior, y del principio de dignidad humana, el cual obliga al reconocimiento de todos los derechos fundamentales y constitucionales a las parejas del mismo sexo.

Sentencia T-1241 de 2008

Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Establecer si el actor reúne las condiciones necesarias para reclamar a través de la acción de tutela la pensión de sobreviviente causada por su compañero permanente.

Extracto:

La Corte ha considerado en torno de la procedencia de la acción de tutela que

La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Entonces, tal y como se observa, la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes tiene como objetivo proteger a los seres queridos, que por causa del fallecimiento de la

persona que proveía el sustento del hogar, quedan en situación de indefensión, ya sea por razones de tipo económico, físico o mental. De igual forma, busca impedir que los beneficiarios se vean obligados a soportar cargas materiales y espirituales que no les corresponden. Lo anterior con la finalidad de que vivan en condiciones dignas y con un nivel de existencia similar al que disfrutaban antes del fenecimiento del pensionado.

La Sala considera que el escenario descrito por el actor cumple con las condiciones para justificar la procedencia transitoria de esta acción de tutela para reclamar la acreencia laboral. Sin embargo, a pesar de la importancia que tienen dichos argumentos para definir la existencia de los elementos del perjuicio irremediable, ninguna de las afirmaciones fue controvertida o refutada. En efecto, del expediente se puede inferir que las afirmaciones del actor, relativas a su status socio económico actual, no han perdido fuerza alguna y que la vulnerabilidad descrita logra acreditar la inminencia y la gravedad del perjuicio, así como la urgente necesidad de buscar una posible solución a sus requerimientos. Así, por ejemplo, de ninguno de los elementos apropiados en el expediente se puede derivar la existencia de, por lo menos, una sola fuente de ingresos o cualquier otro tipo de patrimonio que logre desvirtuar la pobreza alegada por el actor, a partir de la cual se pueda sustentar la posición asumida por el juez de instancia y que impida la procedencia de la tutela de los derechos fundamentales invocados.

Sin embargo, como se pasa a ver, la aplicación de la norma en esas condiciones deviene en inconstitucional, cuando excluye las demás formas de vínculo o unión, por

desconocer derechos como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. De entrada, es importante reiterar, como lo ha hecho este Tribunal en múltiples oportunidades, que la Constitución Política de 1991 dio igual valor a todas las formas de pareja, “*sin importar si ellas nacen por vínculos jurídicos o naturales*” y, de esa forma, nuestro sistema de derechos rechaza, por discriminatorio, todo acto u omisión que diferencie a las relaciones perfeccionadas a partir del matrimonio de las uniones de hecho. Bajo estas consideraciones la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte han extendido a los compañeros permanentes los derechos -como la pensión de sobrevivientes- que en otro marco constitucional sólo estaban restringidos a aquellas personas que ostentaban el título jurídico de cónyuge.

Así también, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de señalar los cauces mínimos que deben regir el sistema de seguridad social y los límites a los que están sometidos el legislador y los diferentes operadores administrativos cuando definen o aplican los lineamientos de acceso y los requisitos para aprovechar sus diferentes servicios y prestaciones. Una de las restricciones más importantes a las que se ha referido esta Corporación es la inserción de clasificaciones subjetivas irrazonables como, por ejemplo, aquellas que constituyen injerencias arbitrarias en el fuero interno de las personas. Una aplicación puntual de esta restricción es el respeto del derecho fundamental a la libre opción sexual o potestad de autodeterminación sexual, de acuerdo al cual

El comportamiento sexual, amén de pertenecer a la esfera más íntima del ser humano, hace parte estructural de su libertad personal, lo cual descarta cualquier intervención del Estado y la sociedad, pues no se trata de una situación en la que se entienda comprometido el interés público o de la que pueda derivarse un perjuicio social.

Así pues, nótese que en la actualidad es inconstitucional excluir a las parejas del mismo sexo del acceso a la pensión de sobreviviente, en razón a su condición sexual. La Corte, en varias providencias de constitucionalidad, ha aclarado que no existen fundamentos jurídicos legítimos a partir de los cuales se pueda sostener que dicha prestación (así como otros beneficios de la seguridad social) está limitada exclusivamente a las uniones heterosexuales sino que, en aplicación directa de la Constitución Política y con el objeto de corregir el déficit y la discriminación de dichos sujetos, la misma debe extenderse en iguales condiciones a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo. Por tanto, a partir de tales fundamentos, la Sala rechaza tajantemente la interpretación que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares efectuó sobre el orden de beneficiarios para acceder a la prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, y en su lugar, habrá de prevenirle para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008, permitiendo dentro del régimen prestacional de la fuerza pública el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera

permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales.

Sentencia T-860 de 2011

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social del peticionario al negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual.

Extracto:

Para determinar la existencia de la violación o amenaza a este derecho fundamental el juez constitucional debe comprobar que

(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y ii) los beneficiarios de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”

La posición según la cual no es posible reconocer la pensión de sobrevivientes al miembro de una pareja homosexual cuyo compañero(a) haya fallecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 confunde los efectos retroactivos y los efectos retrospectivos y, por ello, llega a una conclusión errada respecto de la aplicación de la sentencia de constitucionalidad referida.

La jurisprudencia ha explicado que a los efectos temporales de las sentencias de control de constitucionalidad se aplican los criterios generales que regulan los efectos de las normas en el tiempo. En este orden, se ha sostenido que *“la regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional”*. Una interpretación sistemática de las normas reseñadas permite concluir que el efecto temporal de sentencias de control, que coincide en lo esencial con los efectos en el tiempo de las proposiciones jurídicas, es (i) la aplicación general (*erga omnes*), inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, (ii) siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene *prima facie* la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Esto quiere decir que el efecto práctico de una sentencia de control sobre la norma controlada (inexequibilidad o exequibilidad condicionada) debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento en que se expide la sentencia. Tal como se explicó en la citada T-389 de 2009, este efecto temporal coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos *ex nunc*. Éstos suponen, justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. Por ello, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son *ex nunc*, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

Así las cosas, si no existe en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no constituye una razón admisible para negarle al miembro supérstite la pensión de sobrevivientes.

Algunas entidades del sistema de seguridad social en pensiones y algunos jueces de tutela de instancia, han señalado que la sentencia C-336 de 2008 debe ser interpretada en el sentido de que, en el caso de las parejas del mismo sexo que desean acceder a la pensión de sobrevivientes ante la muerte de alguno de sus miembros, la única prueba admisible para demostrar la existencia de una relación permanente de pareja es una

declaración ante notario de ambas personas; interpretación que fue incluso avalada por las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009.

Sin embargo, sentencias posteriores –T-051 de 2010 y T-592 de 2010- han acogido otra interpretación que, además de ser más favorable a los derechos fundamentales involucrados, es la acertada a juicio de la Sala, razón por la cual la reitera y refuerza en esta oportunidad. De acuerdo con esta interpretación el miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes.

La esencia de la categoría jurídica del compañero(a) permanente, así como la naturaleza de la figura de la unión marital, supone justamente la posibilidad de generar derechos y obligaciones propias de los cónyuges al margen del adelantamiento de las formalidades propias del matrimonio. La unión marital es una institución jurídica que cobra sentido en nuestro ordenamiento porque pretende funcionar la mayoría de las veces a prevención. Esto es, sólo cuando se quiere solicitar la adjudicación de consecuencias jurídicas propias de los compañeros resulta relevante probar su existencia; por lo cual su esencia es producir efectos jurídicos antes de ser certificada probatoriamente. Si no fuera de esta manera, sería idéntica a la figura del matrimonio, que solo produce efectos a partir de su celebración formal y, dicha formalidad es precisamente la prueba de

su existencia. En este orden, si los criterios jurisprudenciales expuestos se interpretan de la manera descrita, querría decir que se desconoce la posibilidad inherente a la figura de la unión marital, cual es que antes de acreditar jurídicamente la condición de compañero, tal condición existe y produce efectos para el derecho.

Así las cosas, la interpretación que se critica construye una distinción injustificada –violatoria del derecho a la igualdad- entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales pues supone que las primeras producen efectos jurídicos sólo a partir de la suscripción formal del requisito.

En segundo lugar, esta interpretación es constitutiva de otra distinción injustificada –también violatoria del derecho a la igualdad- entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales pues supone que las primeras disponen de un único modo de acreditación de su relación, mientras las segundas cuentan con varias alternativas para ello.

De conformidad con lo anterior, no hay razones constitucionalmente válidas para concluir que es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales dispone cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de

conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley.

Despejadas las dudas sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, encuentra la Sala que, tal como lo reconoció la sentencia C-336 de 2008, negarle el derecho a la pensión de sobrevivientes a una persona con base en que es miembro supérstite de una pareja del mismo sexo es ofrecerle un trato distinto de aquel que se otorga a las personas que conforman parejas heterosexuales; trato que resulta discriminatorio al no tener ningún fundamento razonable y objetivo. En ese sentido, dicha exclusión es violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad –que protege la libre opción sexual- y a la seguridad social. Ello fue precisamente lo que sucedió en el caso del señor AA pues el demandado le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento exclusivo en su orientación sexual homosexual.

Como se explicó con anterioridad, esto no constituye una aplicación retroactiva de la sentencia C-336 de 2008 pues en el caso *sub judice* no existe ninguna situación jurídica consolidada que se vea desconocida. Es, simplemente, la consecuencia del efecto inmediato y hacia el futuro de la sentencia de constitucionalidad mencionada, el cual incluye el efecto retrospectivo que permite modificar las situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado.

La Corte durante todo su recorrido y los pronunciamientos que ha tenido con respecto a la seguridad social, la ha reconocido como un derecho fundamental, en principio por conexidad y luego como fundamental en sí mismo, pues la Corte tampoco desconoce que este sea un derecho prestacional, sin embargo, y con el cumplimiento de ciertos requisitos legales preestablecidos para su reconocimiento, adquiere la jerarquía de derecho fundamental. Por tales motivos, ha permitido esa corporación que la tutela sea un mecanismo efectivo e idóneo para la protección de estos derechos.

Ha dicho la jurisprudencia constitucional, que la seguridad social además de constituir un servicio público obligatorio, es un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección coordinación y control estatal.

En el caso de la seguridad social reconocida a parejas homosexuales ha sido un poco lento el recorrido, apenas en sentencia C-098 de 1996, expresa la Corte que, desde el punto de vista constitucional, “la conducta y el comportamiento homosexuales, tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas. La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma

del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. En todo caso, la orientación sexual, en modo alguno impide a las personas a celebrar válidamente con sus pares o con terceros, contratos o negocios de contenido patrimonial, inclusive de naturaleza asociativa”.

A juicio de la Corte, desde el punto de vista constitucional,

Así la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual, por estos motivos no puede la ley, sin violar la Constitución, prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo y lo hagan en condiciones que no afecten los estándares mínimos y generales de decencia pública”.

En la misma sentencia se indica: “Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo. Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada identidad

sexual, conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.

El ser no puede sacrificarse por una razón de Estado, en un campo que no incumbe a éste y que no causa daño a terceros. La protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (C.P., art. 2) tiene forzosamente que concretarse, en esta materia, en el respeto a la libre opción sexual”.

En sentencia T-618 del 2000, se reconoce esa posibilidad de afiliarse al sistema de salud las parejas del mismo sexo, pues al ser recibido como beneficiario el compañero permanente, no es posible retirarlo sin una justificación de ley, en este caso el problema jurídico central no tiene nada que ver con la condición de homosexual del accionante. El artículo 48 de la Constitución Política establece que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. O sea que nadie puede ser excluido de tal derecho, salvo que una sentencia judicial, constitucional y razonablemente lo determine. Además, “la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y en la cláusula del Estado Social de Derecho”. “Por otro aspecto, la seguridad social es un servicio público, por lo tanto, sobre él se proyecta el artículo 365 de la C. P.: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado. Es deber del estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

La reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los derechos derivados de la seguridad social adquieren su connotación de fundamentales cuando las circunstancias fácticas hacen que su reconocimiento sea imprescindible para la vigencia de otros derechos este sí, de carácter fundamental.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, da un primer paso al reconocimiento de los derechos a parejas del mismo sexo entorno a la seguridad social. Se intenta establecer si las leyes que hablan de unión marital de hecho son inconstitucionales por no incluir a las parejas del mismo sexo, pues para afiliarse a una pareja homosexual como beneficiaria del régimen de salud o acceder a la pensión de sobreviviente, hay que dejar claro que la relación entre dos personas del mismo sexo tiene efectos jurídicos y es conforme a derecho. Además se estableció que “el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales puede corresponder a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, cuando a éstas no se les reconoce lo mismo sin suministrar una explicación objetiva y razonable”. De igual forma manifiesta que

(i) La Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentran en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre

personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.

Se llega a la conclusión de que la regulación de la unión marital de hecho deja sin protección a las parejas homosexuales restringiendo su autonomía, por lo tanto, se declara exequible la expresión entendiéndose incluidas en ella las parejas homosexuales.

En sentencia C-811 de 2007 se reconoce finalmente el derecho a acceder al sistema de seguridad social en salud como beneficiario de parejas homosexuales, considerando que es más grave excluirlas del régimen de salud que de las normas sobre régimen patrimonial.

En sentencia C 336 de 2008, la Corte sostiene que, aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que, en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales. Allí trae a colación la sentencia C 075 de 2007, donde se establecieron varios puntos sobre las parejas homosexuales. “En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están

excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual”

Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.” Esta sentencia no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión una declaración ante notario.

En sentencia T-051 de 2010, encuentra la Corte que “frente a esta interpretación restrictiva que impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión, existe

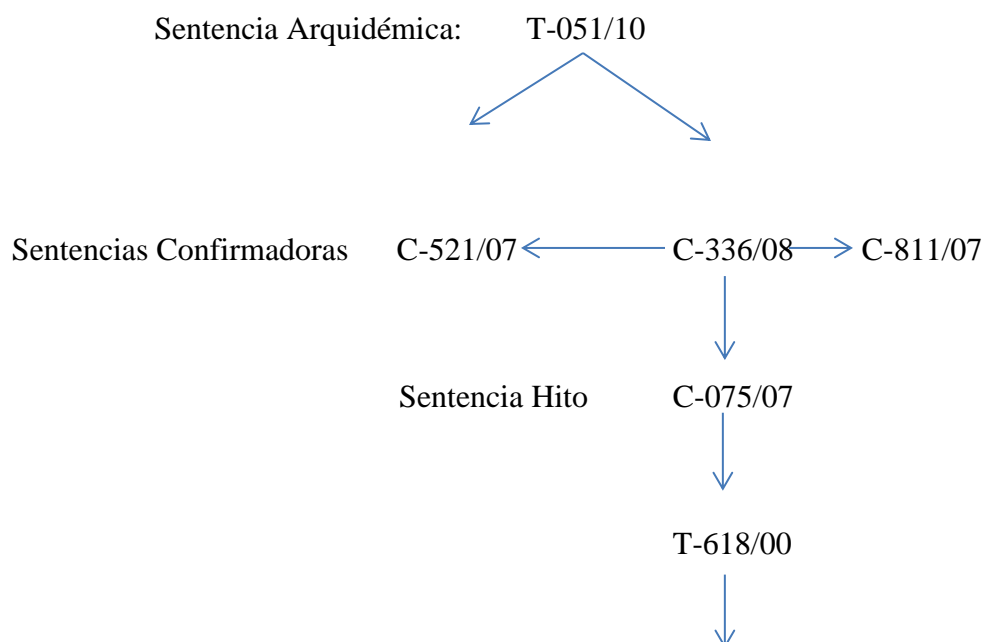
otra posibilidad de interpretación más compatible con las circunstancias que dan lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y más acorde con lo dispuesto por la Constitución y por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos así como con las Recomendaciones 112 y 113 que frente a Colombia emitiera el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”. Encuentra la Sala que la remisión hecha por la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo, fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

En el caso de la pensión de sobreviviente, es claro para la Sala, que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. De lo contrario, se impone una carga probatoria imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir que uno de los compañeros permanentes muere sin que haya podido la pareja acudir ante notario para acreditar la unión. la interpretación de conformidad con la cual la sentencia C-336 de 2008 exige como requisito sine qua non para que las personas del mismo sexo

accedan al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el que los integrantes de la pareja hayan acudido simultáneamente ante Notario para probar la condición de compañero o compañera permanente, carece de sustento jurídico alguno y apoyarse en tal interpretación desencadena un trato discriminatorio injustificado que conlleva al desconocimiento de pruebas pertinentes y conducentes, como lo es, a todas luces, la declaración extraprocésal de terceras personas ante notario.

Luego de realizar este recorrido, tenemos entonces que la sentencia fundante para el reconocimiento del derecho a la seguridad social para parejas homosexuales, fue la sentencia C-098 de 1996, quien siempre se toma como referencia a la hora de desarrollar dicho tema.

6.1.2. Nicho citacional



Sentencia Fundacional: C-098/96

6.1.3. Grafica de resultados

Problema jurídico: ¿Ha sido la homosexualidad un obstáculo para el reconocimiento de pensiones, en el sistema de seguridad social colombiano?		
Tesis A		Tesis B
De acuerdo al articulado constitucional, el cual establece que la familia se firma por la unión de un hombre y una mujer, es decir, relaciones heterosexuales, se justifica el trato desigual a las parejas del mismo sexo	<p style="text-align: center;">X</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>C-096 de 1996</p> <p>T-349 de 2006</p> <p style="text-align: center;">→ C-075 de 2007 ←</p> <p style="text-align: right;">X</p> <p style="text-align: center;">↓</p> <p>T-618 del 2000</p> <p>C-811 de 2007</p> <p>C-521 de 2007</p> <p>C 336 de 2008</p>	De acuerdo al concepto amplio de familia, se entiende que las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos y obligaciones que las parejas heterosexuales, por lo que deben ser protegidas y tratadas de forma igualitaria.

	T-1241 de 2008 T-051 de 2010 T-726 de 2011 T-860 de 2011	
--	---	--

7. Análisis Crítico sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional

A partir de la construcción de esta línea jurisprudencial y del proceso de investigación que se realizó respecto de la normatividad nacional e internacional, se han encontrado 3 rasgos fundamentales que casi podrían resumir cuál ha sido el proceso y evolución del tema que en este proyecto fue sometido a análisis.

En primer lugar, es necesario hablar sobre el derecho al trabajo en tanto que éste es el fundamento de todos aquellos derechos que de él se derivan como por ejemplo el acceso efectivo a la seguridad social. En este sentido, se ha visto como el derecho al trabajo es uno de los más progresivos y proteccionistas; su proceso evolutivo es innegable haciéndose cada vez más íntegro y completo no sólo en su alcance sino también en la regulación de las relaciones laborales y todas las situaciones adyacentes a ellas.

Se ha reconocido que es a partir del ejercicio del derecho al trabajo que el hombre, como ser humano, puede construir su proyecto de vida y el de su familia; este mismo ejercicio permite el despliegue de otros derechos incluso mucho más inherentes al ser humano como la dignidad humana en tanto que ésta no puede entenderse como el mero hecho de vivir dignamente sino que esta vida digna implica además que se viva bien, que se tengan los recursos (de todo tipo) necesarios para vivir y que se viva en un entorno apto para el desarrollo integral de la persona. Así, es a través del trabajo (y otras garantías) como pueden materializarse otros derechos sin los cuales el concepto de persona carece de sentido.

El ámbito que abarcan los efectos del ejercicio del derecho al trabajo han llevado a pensar que éste “afecta” no sólo a quien aplica el derecho sino también a quienes los rodean (sus familias) y en especial sus parejas que no necesariamente son parejas tradicionales (heterosexuales), sino que, pueden ser parejas de tipo homosexual, a quienes también se les debe garantizar los beneficios que trae consigo el derecho al trabajo en tanto que, desde el punto de vista constitucional, no existe un argumento que valide un acto de discriminación.

Aunque es necesario aclarar que incluso hasta el 2006, la Corte se ha puesto de la orilla de la negación del trato igualitario, en el reconocimiento de derechos para las parejas homosexuales, argumentando que, si bien la orientación sexual hace parte de la esfera privada de la persona y por lo tanto una forma de despliegue del libre desarrollo de la personalidad, éstas parejas son, incluso desde su formación, diferentes a las que constitucional y tradicionalmente se protegen.

En este mismo sentido, la Corte también esgrime que la negación de ciertos derechos para las parejas homosexuales, no constituye en sí misma una forma de discriminación en tanto que estas personas pueden acceder a la protección de los derechos, que reclaman por las mismas vías ordinarias que tiene cualquier otra persona, sin que sea necesario acudir a dicha protección bajo el argumento de su condición sexual. Situación que se presenta en el caso del derecho a la salud puesto que no se le está negando el acceso a éste, sino que se le pide que lo reclame por la misma vía que tiene otro ciudadano ordinario.

Respecto a los derechos patrimoniales y pensionales, el argumento de negación se refiere, a que la intención de la protección de dichos derechos es la protección de la familia y la búsqueda de su conservación y que si, en este sentido, las parejas homosexuales, no se reconocen como una forma de familia en tanto que no corresponde con el texto constitucional, no tendrían éstas acceso a la protección de este tipo de derechos.

Sin embargo, esta línea también ha mostrado que en el año 1996 la Corte constitucional, realizó su primer pronunciamiento sobre la imposibilidad estatal para inmiscuirse en asuntos que competen a la esfera privada como la libre elección sexual que, a su vez, es una de las aristas del derecho al libre desarrollo de la personalidad por lo que su restricción sería una clara vulneración a las disposiciones constitucionales.

A partir de ahí empezó a plantearse todo el argumento sobre la existencia o no de normatividad que discrimina las parejas homosexuales en cuanto a los derechos patrimoniales, el acceso a seguridad social y la pensión de sobrevivientes se refiere. Efectivamente, probada la existencia de dicha discriminación, la Corte constitucional se pronuncia, después de la sentencia C-075 de 2007, de una forma más favorable frente a las parejas homosexuales aduciendo, principalmente, que no existe un argumento razonable constitucional o legalmente que justifique la existencia del trato desigual.

También se ha dicho que la falta de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales es una violación contra la dignidad humana ya que esto desconoce de la persona su autonomía y capacidad de autodeterminación, al impedir que la decisión de estos de conformar una comunidad de vida produzca efectos jurídicos, en conclusión, quedan desprotegidos, situación que no están en capacidad de afrontar. El no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial consagrado para las uniones maritales de hecho, establece una limitante injustificada a la autonomía de los homosexuales, dado que puede poner en peligro su proyecto de vida, así mismo porque no da una respuesta adecuada a las situaciones de conflicto que se lleguen a dar cuando se cese la cohabitación.

La medida tomada por el legislador es inconstitucional, en tanto que la exclusión de la norma presupone una presión desproporcionada e innecesaria, en cuanto que imposibilita a las personas que han decidido formar un proyecto de vida común, reciban las prerrogativas de un sistema que se ofrece a otros individuos.

El reconocimiento de garantías a las parejas de diferente sexo, puede conllevar a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, ya que se establece la prohibición de discriminar en razón a la orientación sexual, la cual se constituye como un criterio sospechoso de discriminación, por tanto, alguna diferenciación que se haga frente a los compañeros de mismo sexo, debe fundarse en un criterio objetivo y razonable.

Al realizar el test de proporcionalidad en relación a la pensión de sobrevivientes respecto de las parejas homosexuales, determinó la Corte que no se encuentran razones

constitucionales ni objetivas validas que permitan la discriminación para las personas que tengan una unión marital homosexual. “El propósito de establecer un régimen acorde con el artículo 48 no autoriza al legislador para sacrificar derechos de mayor envergadura dentro del modelo del Estado Social de Derecho, como los valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opción sexual, que desde la perspectiva constitucional, no pueden abolirse en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como la libertad de configuración legislativa” (Constitucional, Corte, 2008).

Si bien el proceso de reconocimiento de los diferentes derechos de las parejas del mismo sexo ha sido lento, es importante reconocer que ha ocurrido y que ha sido evolutivo. La Corte constitucional ha sido consistente con su idea de erradicar todas aquellas disposiciones legales que constituyan discriminación y por tanto una limitación al desarrollo de derechos, incluso fundamentales, tanto para las parejas como para las personas homosexuales individualmente consideradas.

Finalmente, es importante decir, quizás a manera de reflexión e invitación, que la erradicación de conductas de discriminación no es una labor que compete únicamente al ente jurisdiccional. Es una tarea de todos; de educación en las familias, en las instituciones educativas, en las empresas, en las entidades públicas y demás porque si se motiva a que las relaciones interpersonales cotidianas sean más comprensivas, progresistas, respetuosas y menos conflictivas, así mismo serán los cambios jurídicos que vayan ocurriendo.

8. Conclusiones

Para Colombia es de suma importancia ratificar tratados o convenios internacionales que correspondan a la regulación en materia de Seguridad Social en general, para luego partiendo del principio y derecho de igualdad, se pueda establecer de forma mucho más clara y precisa una protección al beneficio de las prestaciones de seguridad social a las parejas homosexuales por parte de este Estado Social de Derecho que no nos cansamos de proclamar.

El tema de la homosexualidad, no ha sido aún aceptado por la sociedad, que es la encargada de darle la evolución y avances al derecho. Somos una sociedad retrograda, en el sentido de aceptar que una familia tiene múltiples formas de conformación y que ese tradicionalismo que parte de un matrimonio y hasta de la unión del hombre y la mujer con fines de procreación, ha quedado rezagado como mecanismo y forma única de existencia de un núcleo familiar.

Hace falta mucha educación con respecto al tema, la regulación debe separarse de la moral y la tradición, y comenzar a legislar desde lo que realmente es y lo que se vive en la actualidad, hay que crear una nueva tendencia del derecho que corresponda al hoy y al futuro, y no quedarnos en la legislación de antaño que, hacia presencia en unas condiciones sociales, económicas, y culturales completamente diferentes y alejadas de lo que ocurre en nuestra actualidad.

Casi que, desde el nacimiento, deberían educarnos a todos los colombianos, con la capacidad de evolucionar y aceptar dichos cambios sociales sin restricción alguna, pues desde los inicios y la creación del mundo según la historia que conocemos, vemos como la humanidad ha tenido avances a pasos agigantados tanto sociales como económicos y tecnológicos, entonces por qué cerrarnos y conservar una tradición que puede hacer daño en un futuro a quienes actúan y piensan de manera diferente. Esto no quiere decir que tenemos que vivir como vayan viniendo y aceptar todo lo que nos vayan imponiendo, pero si debemos aprender a ponderar al igual que se hace con los principios, qué pesa más en una sociedad, si una tradición conservadora que puede llegar a ser absurda, o los derechos fundamentales y hasta vitales de una persona que puede llegarse a ver muy perjudicada e inferiorizada por el no reconocimiento de su derecho en condiciones iguales a las de un tercero que únicamente por su condición sexual y de preferencias distintas, es aceptado y tenido como “normal” por la sociedad y el derecho.

Concluimos que la posición que ha tomado la Corte Constitucional referente al tema de la protección de la seguridad social de parejas del mismo sexo, es la misma que deberíamos tomar todos los colombianos y educar a nuestros niños de forma que se respete y acepte dicha situación, así como ocurrió en el pasado con la posibilidad de conformar una familia, sin existir un matrimonio católico o una unión civil, y que actualmente es tan normal que una pareja decida confirmar una familia sin acudir a un sacerdote o a un notario.

Ha sido un poco lento el proceso de reconocimiento del derecho a la seguridad social de parejas del mismo sexo, esto sin dejar de reconocer que la Corte Constitucional ha hecho un trabajo muy juicioso y constante sobre el tema, que ha permitido su evolución.

Con respecto a la normatividad internacional, es casi vergonzoso saber que, a pesar de que Colombia ha hecho un esfuerzo grande y ha sido cuidadoso con la ratificación de convenios y tratados internacionales que protegen derechos fundamentales, como aquellos relacionados con la abolición de la esclavitud, el trabajo infantil, la jornada laboral, entre otros, no ha ratificado convenios que correspondan a la Seguridad Social, siendo estos vitales para el desarrollo y buen funcionamiento del marco jurídico Colombiano. La ratificación de 61 convenios internacionales, por nuestro país y que ninguno de ellos corresponda a la protección y regulación de la seguridad social, aun considerando ésta como un derecho y a la vez deber existente en la relación empleador-trabajador, genera un poco de inquietud.

Por otro lado, vemos que es poca o casi nula la existencia de la seguridad social como tal en el Código Sustantivo del trabajo y que se vino a crear dicha figura con la ley 100 de 1993 que también ha sufrido grandes modificaciones que en muchos casos no han contribuido a la mejora de las condiciones con respecto al tema para el caso de los trabajadores, más aún al tratarse de una población tan vulnerada y discriminada como ha sido la comunidad o población LGBTI.

Ha sido entonces en últimas la Corte Constitucional quien en realidad se ha atrevido a regular el tema, tomándolo mucho más en serio y entendiendo que el derecho debe ir acorde al desarrollo, cambios, evoluciones y necesidades de la sociedad. Fue esta corporación quien tomó las “riendas” del tema y comenzó a moverse un poco más rápido ponderando el beneficio y la protección entre un derecho y otro.

Bibliografía

Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1948

Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948

Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.

Constitución Política de Colombia, 1991

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de Roma de 1950

Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 1995

Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996

Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 1998

Corte Constitucional, Sentencia C-714 de 1998

Corte Constitucional, Sentencia T-618 de 2000

Corte Constitucional, Sentencia C-731 de 2000

Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2003

Corte Constitucional, Sentencia C-042 de 2003

Corte Constitucional, Sentencia C-781 de 2003

Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005

Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2005

Corte Constitucional, Sentencia T-389 de 2006

Corte Constitucional, Sentencia C-825 de 2006

Corte Constitucional, Sentencia C-667 de 2006

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-153 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008

Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2009

Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 2010

Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2010

Corte Constitucional, Sentencia T-051 de 2010

Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 2013

Corte Constitucional, Sentencia T-861 de 2013

Corte Constitucional, Sentencia C-871 de 2014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 4 de febrero de 2009

Del trabajo y del derecho al trabajo, capítulo I; Ministerio de Protección Social, Dirección

General de promoción del trabajo, observatorio del Mercado de trabajo; rescatado de:

http://www.ut.edu.co/administrativos/images/DOCUMENTOS%20ADMINISTRATIVOS/OBSERVATORIOS/Del_Empleo_y_Recursos_Humanos/Legislaci%C3%B3n_laboral_documentos/derecho_al_trabajo.pdf

Rivera, D. C. (1974). *Derecho Laboral Colombiano*, Bogotá: Temis

Kant, I. (1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*,. Mare Nostrum
Comunicación.

Las características y los principios del derecho mexicano del trabajo, Gustavo Molina Ramos, rescatado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

Ley 100 de 1993

Ley 789 de 2002

Medina, D. L. (2001). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.

Ministerio de Protección Social. (2016). *Universidad del Tolima*. Recuperado en enero de 2016, de Universidad del Tolima: http://www.ut.edu.co/administrativos/images/DOCUMENTOS%20ADMINISTRATIVOS/OBSERVATORIOS/Del_Empleo_y_Recursos_Humanos/Legislaci%C3%B3n_laboral_documentos/derecho_al_trabajo.pdf

ONU. (1949). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

ONU. (1976). *Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

Organización de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Naciones Unidas*. Recuperado el febrero de 2016, de Naciones Unidas : <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 2*, 1919

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 29*, 1930

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 88*, 1948

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 111*, 1958

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 138*, 1973

Ramírez, M. F. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano, de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Rivera, D. C. (s.f). *Derecho Laboral Colombiano* . Bogotá: Temis.