



# Violencia y **DERECHOS** de la comunidad **LGBTI**

Cecilia De Alba  
Narváez

Alcira Isabel  
Muñoz Osorio



UNIVERSIDAD  
**AUTÓNOMA**  
**DEL CARIBE**  
Barranquilla, Atlántico



# **Violencia y DERECHOS de la comunidad LGBTI**

Grupo de investigación Estudios de Género, Niñez y Criminalidad



# **Violencia y DERECHOS de la comunidad LGBTI**

**Cecilia De Alba  
Narváez**

**Alcira Isabel  
Muñoz Osorio**



**UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DEL CARIBE**  
Barranquilla, Atlántico

---

Catalogación en la publicación.  
Universidad Autónoma del Caribe. Departamento de Bibliotecas

Alba Narváez, Cecilia, De  
Violencia y derechos de la comunidad LGBTI / Cecilia De Alba Narváez, Alcira Isabel Muñoz Osorio

Barranquilla, Colombia., Sello Editorial Uniautónoma, 2017.  
80 páginas.  
Incluye referencias bibliográficas.

**ISBN 978-958-8524-94-8**

1. Derechos de los homosexuales - Grupos sociales - 2. Integración social - Investigaciones socio jurídicas. 3. Derechos de los homosexuales - Aspectos constitucionales colombianos - 4. Parejas homosexuales - Legislación - Colombia. I. Muñoz Osorio, Alcira Isabel. -- II. Tit.

**CDD: 323.32 A325**

---

**Universidad Autónoma del Caribe, 2017**

[www.uniautonom.edu.co](http://www.uniautonom.edu.co)  
Calle 90 No. 46 112, Barranquilla, Col.

Violencia y derechos de la comunidad LGBTI

© Cecilia De Alba Narváez,  
© Alcira Isabel Muñoz Osorio  
© Editorial Uniautónoma, 2017

Profesional de Publicaciones Científicas: Adalberto Bolaño Sandoval  
Diseño y Diagramación: Carlos Colonna Ortega

Hecho en Colombia

© Reservados todos los derechos.

*Queda hecho el depósito legal (Ley 44 de 1993, el decreto 460 de 1995, el decreto 2150 de 1995 y el decreto 358 de 2000).  
Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del Copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía, microfilm, fotocopia, offset, fónico y el tratamiento informático (Ley 23 de 1982).*

# CONTENIDO

|                    |    |
|--------------------|----|
| Presentación ..... | 11 |
|--------------------|----|

## ***CAPÍTULO I***

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Estado del arte de la violencia de género en la comunidad LGBTI de Iberoamérica .....</b> | <b>13</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

*Cecilia De Alba Narváez*

|                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------|----|
| Introducción .....                                        | 13 |
| Algunas precisiones .....                                 | 15 |
| La violencia .....                                        | 15 |
| Género .....                                              | 15 |
| Una aproximación al estado del arte de la violencia ..... | 17 |
| de género en la comunidad LGBTI de Iberoamérica .....     | 17 |
| Conclusiones .....                                        | 26 |
| Referencias .....                                         | 27 |

## ***CAPÍTULO II***

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>La pensión de sobreviviente: un derecho fundamental en las parejas del mismo sexo .....</b> | <b>31</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

*Alcira Isabel Muñoz Osorio*

|                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción .....                                                                                                          | 31 |
| Constitucionalización de la seguridad social en Colombia y el reconocimiento de<br>los derechos de la comunidad LGBTI ..... | 33 |
| Principios de la seguridad social .....                                                                                     | 36 |
| Eficiencia .....                                                                                                            | 36 |
| Universalidad .....                                                                                                         | 37 |
| Solidaridad .....                                                                                                           | 37 |
| Integralidad .....                                                                                                          | 39 |
| Unidad .....                                                                                                                | 39 |
| Participación .....                                                                                                         | 39 |
| Progresividad .....                                                                                                         | 40 |
| Favorabilidad y respeto a los derechos adquiridos .....                                                                     | 40 |
| Problema jurídico y plan de resolución del caso concreto .....                                                              | 42 |

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Decisión .....                                                                                             | 42 |
| Sostenibilidad financiera .....                                                                            | 43 |
| La seguridad social como un derecho.....                                                                   | 44 |
| La seguridad social como un derecho exigible .....                                                         | 45 |
| La seguridad social como un derecho irrenunciable .....                                                    | 45 |
| La Corte Constitucional y el derecho a la seguridad social como<br>derecho fundamental irrenunciable ..... | 46 |
| La seguridad social como un derecho de rango constitucional .....                                          | 46 |
| La seguridad social como un servicio público esencial.....                                                 | 46 |
| La seguridad social un derecho fundamental.....                                                            | 47 |
| Evolución legal del derecho a la pensión en Colombia .....                                                 | 48 |
| Evolución legal de la pensión de sobreviviente.....                                                        | 52 |
| La pensión de sobreviviente .....                                                                          | 54 |
| Finalidad de la pensión de sobreviviente .....                                                             | 56 |
| Fuentes de la pensión de sobreviviente .....                                                               | 57 |
| Requisitos de la pensión de sobreviviente .....                                                            | 58 |
| Beneficiarios de la pensión de sobreviviente .....                                                         | 59 |
| Conclusiones .....                                                                                         | 61 |
| Referencias .....                                                                                          | 62 |

### **CAPÍTULO III**

|                                                                                                                |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>El derecho a la pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo .....</b>                            | <b>65</b> |
| Derechos fundamentales vulnerados .....                                                                        | 66        |
| Principio de dignidad humana.....                                                                              | 67        |
| Jurisprudencia nacional frente al derecho a la pensión de<br>sobreviviente en las parejas del mismo sexo ..... | 67        |
| Jurisprudencia de la Corte Constitucional .....                                                                | 68        |
| Sentencia C 336 de 2008 .....                                                                                  | 68        |
| Sentencia T- 860 DE 2011 .....                                                                                 | 69        |
| Sentencia T- 716 /2011.....                                                                                    | 70        |
| Otros beneficios que se han extendido a las parejas del mismo sexo.....                                        | 70        |
| Pensión familiar.....                                                                                          | 70        |
| Requisitos para obtener la pensión familiar .....                                                              | 71        |
| Pensión familiar en el régimen de ahorro individual .....                                                      | 71        |
| Pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida .....                                    | 73        |
| A manera de conclusiones .....                                                                                 | 75        |
| Referencias .....                                                                                              | 77        |





# PRESENTACIÓN

La Constitución de 1991 declara al Estado colombiano como un Estado social de derecho, presupuesto que desarrolla a través de la consagración de un catálogo de derechos divididos en “fundamentales”, “económicos, sociales y culturales” y “colectivos”, estableciendo además de leyes, ciertos mecanismos de protección como la acción de tutela y las acciones populares. Sin embargo, es de anotarse que en materia de derechos, no todas las personas han contado con una protección legislativa de sus derechos, es el caso de las personas con identidades de género diversa u orientación sexual diversa, que se autodenominan comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexual, transexual e Intersexual).

Esta población manifiesta sufrir de discriminación, de desventajas en el ejercicio de sus derechos y desarrollo personal. Además es una comunidad que en pocas situaciones ha sido objeto de investigaciones sociales, los estudios que se han realizado sobre ella, han estado relacionados mayoritariamente con el desarrollo legal de sus derechos y limitándose a medir el impacto de esta normatividad y al cumplimiento de las mismas, pero muy poco se ha investigado la dinámica interna de esta comunidad y las formas de relacionarse entre sus miembros.

Es un compromiso de la comunidad académica aportar al desarrollo de los grupos sociales marginados y discriminados como es la comunidad LGBTI, además debe promover el conocimiento científico de sus realidades familiares y sociales que sirvan para promulgar políticas públicas y programas que faciliten la convivencia pacífica, el reconocimiento de las diferencias de género y la utilización de los mecanismos de protección a las violencias de género que afecten estos grupos sociales.

A nivel regional o local no existen estudios relacionados con las relaciones intrafamiliares de parejas homosexuales y con la atención institucional a la problemática de violencia de género en estas parejas diversas. De ahí que desde el Grupo de investigación “Estudios de

género, niñez y criminalidad” se ha considerado importante realizar estudios de campo para determinar qué tipos de relaciones y de poder se dan entre las parejas homosexuales, si entre estas parejas del mismo sexo persiste la violencia intrafamiliar y de género que se da entre las parejas conformadas por hombres y mujeres y si el Estado presenta una oferta de atención a esta problemática y en qué forma se la brindan.

Por otro lado, como se ha señalado anteriormente en el país no se ha dado un desarrollo legislativo significativo de los derechos de esta comunidad, antes bien, podría decirse que éste ha sido prácticamente nulo. Las interminables discusiones y debates al respecto no se han traducido en resultados que garanticen el derecho de igualdad o que al menos signifiquen un avance en la cobertura de protección a la seguridad social de las parejas del mismo sexo, derecho reconocido expresamente y en forma general para todas las personas en el artículo 48 de la Constitución Política, que señala que “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social”. Como consecuencia de ese desinterés del legislador en relación a los derechos de la comunidad mencionada, los jueces han tenido que otorgar tales garantías constitucionales en forma alternativa, principalmente la Corte Constitucional que ha sido protagonista en esta materia en varias sentencias.

En esta obra se presenta en una primera parte, resultados del proyecto de investigación denominado ***“Estudio exploratorio sobre la violencia de género en la comunidad LGBTI del Distrito de Barranquilla”***. En una segunda parte se presentan los resultados del proyecto de investigación titulado ***“La pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo en Colombia; un derecho fundamental”*** desarrollados dentro del Grupo de investigación “Estudios de género, niñez y criminalidad

***Las autoras***

## CAPÍTULO I

# ESTADO DEL ARTE DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA COMUNIDAD LGBTI DE IBEROAMÉRICA<sup>1</sup>

**Cecilia De Alba Narváez**

*Abogada, trabajadora social, Magister en Estudios de Género y Violencia Intrafamiliar. Comisaría de Familia de Barranquilla*

*Miembro del Grupo de Investigación “Estudios de género, niñez y criminalidad” de la Universidad Autónoma del Caribe*

### Introducción

Uno de los logros más importantes que a nivel de derechos humanos que ha obtenido la sociedad, es el reconocimiento de los derechos de las personas con identidades de género diversa u orientación sexual diversa, que se autodenominan comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexual, transexual e intersexual).

La homosexualidad no es un fenómeno social de la modernidad; en efecto, desde la época antigua en la literatura griega y romana, se hacía referencia a la complacencia de la sociedad con la dominación sexual que ejercía el amo sobre sus sirvientes o esclavos más jóvenes; desde esa época se referían al macho – activo– quien tenía el poder adquisitivo y el dominio sobre el joven a quien la literatura denominaba como macho-pasivo (Mejía J. y Almanza M, 2010), denominaciones que reflejaban los valores propios de la época, asemejándola con las relaciones de poder entre la pareja heterosexual y así como el poder ejercido por el hombre, único jefe de la familia, con toda la potestad marital y filial y la mujer, como su sirviente, cuidadora de sus hijos y su complaciente sexual. En el hemisfe-

---

<sup>1</sup> Este capítulo es resultado del proyecto de investigación denominado “Estudio exploratorio sobre la violencia de género en la comunidad LGBTI del Distrito de Barranquilla”, realizado dentro del Grupo de investigación “Estudios de género, niñez y criminalidad de la Universidad Autónoma del Caribe

rio occidental con el cristianismo, se empezó a perseguir este tipo de relaciones sexuales entre varones, logrando que las naciones legislaran en contra de estas prácticas e, incluso, las sancionaran con cárcel.

Solo hasta mediados del siglo pasado, con el reconocimiento de los Derechos Humanos y el fortalecimiento del derecho constitucionalista, estas uniones homosexuales empezaron a hacerse visibles y a ser objeto de reconocimiento de derechos ya por la vía legal, ya por la vía jurisprudencial.

Acompañado de los movimientos sociales a favor de la diversidad sexual (grupos de comunidad LGBTI y Ongs identificadas con la causa), la academia empezó a estudiar el homosexualismo como un fenómeno social.

En Colombia, la población autodenominada LGBTI (gais, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales) es una comunidad que no ha sido objeto de muchas investigaciones sociales, especialmente aquellas sobre la dinámica interna de esta comunidad y las formas de relacionarse entre sus miembros. El capítulo que se presenta aquí, es resultado del proyecto de investigación titulado: “Estudio exploratorio sobre la violencia de género en la comunidad LGBTI del Distrito de Barranquilla”, realizado dentro del Grupo de investigación “Estudios de género, niñez y criminalidad” de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma del Caribe. Se ha entendido que es un compromiso de la comunidad académica aportar al desarrollo de los grupos sociales marginados y discriminados (en el caso que nos ocupa se trata de la comunidad LGBTI), además de promover el conocimiento científico de sus realidades familiares y sociales que sirvan para promulgar políticas públicas y programas que faciliten la convivencia pacífica, el reconocimiento de las diferencias de las personas y la utilización de los mecanismos de protección a las violencias de género que afectan estos grupos sociales.

Teniendo en cuenta que a nivel regional o local no existen estudios relacionados con las relaciones intrafamiliares de parejas homosexuales y de la atención institucional a la problemática de la violencia de género en estas parejas diversas, se consideró necesario realizar un estudio exploratorio para determinar qué tipos de relaciones y ejercicio de poder se dan entre las parejas de la comunidad LGBTI de la ciudad de Barranquilla, saber si entre estas parejas del mismo sexo también se manifiesta la violencia doméstica y de género tal como se presenta entre las parejas conformadas por hombre y mujer y si el Estado presenta una oferta de atención a esta problemática y en qué forma se brinda esta atención.

## Algunas precisiones

Para profundizar sobre el tema de la violencia de género entre las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, es importante precisar qué es la violencia, qué es el género y qué es la diversidad sexual.

### La violencia

La definición más completa sobre la violencia es la que hace la Organización Mundial de la Salud- OMS: “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como una amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones” (OMS, 2003). En esta definición la violencia además de estar condicionada con la intencionalidad de hacer un daño, también se condiciona al uso de la fuerza o de las relaciones de poder entre quien la ejerce y su víctima, la que consecuentemente deja unas secuelas o daños visibles o invisibles.

### Género

Sobre el concepto género, se toma el planteamiento de la feminista Joan Scott, quien en su obra más influyente, y traducida a diferentes idiomas, *El género: una categoría útil para el análisis histórico-1940*, introduce el concepto del género, como una categoría social y cultural impuesta sobre un cuerpo sexuado, que se impone acorde con la sexualidad biológica. A los niños y niñas, en concordancia con los órganos sexuales con que nacieron (pene-vagina), la sociedad y la familia les imponen unos valores, conductas y roles preestablecidos cultural e históricamente.

La interrelación entre estos dos conceptos ha sido objeto de estudio e investigaciones que se iniciaron con los debates de los movimientos feministas sobre la categoría género y las luchas de poder en las relaciones hombre-mujer, señalando de manera concluyente que el sexo es solo un componente biológico, que al nacer determina si es hombre o se es mujer y el género representa la construcción cultural de la sexualidad, es decir lo femenino y lo masculino.

La distinción entre sexo/género fue introducida por Robert Stoller, psiquiatra y estudioso de la sexualidad, quien en el 23º Congreso Psicoanalítico Internacional de Estocolmo (1963), afirmó que la palabra sexo incluye el sexo del hombre y de la mujer y a

los componentes de sus partes biológicas que determinan si uno es hombre o mujer, y la palabra sexual, tiene connotaciones de anatomía y fisiología. Que no existe relación biunívoca e inevitable entre géneros y sexo, porque pueden tomar vías independientes, profundizando en los aspectos psicológicos y el entorno del individuo (Flores Dávila J.).

Marta Lamas, investigadora feminista latinoamericana, define el género como el conjunto de ideas, representaciones, prácticas, valores sociales que culturalmente se imponen a hombre y mujeres basados en sus diferencia anatómicas, y se convierten en unos imaginarios e imperativos que determinan que es lo que les corresponde como “propio” a los hombres (lo masculino) y lo que les corresponde como “propio” a las mujeres (lo femenino) (Lamas, 2000). Lamas introduce como diferencia sexual la anatómica, que fija el sexo y la psicoanalítica, que es el inconsciente, es decir sexo y sexualidad.

Judith Butler (1999), en el prefacio de *Género en disputa*, plantea su propia experiencia de lucha por subvertir la normatividad heterosexual, de la violencia vivida, de la exclusión, la encarcelación de su propia vida, la suspensión de su vida; buscando con sus obras contrarrestar esa violencia normativa que conllevan las morfologías ideales del sexo, eliminar las suposiciones dominantes acerca de la heterosexualidad natural o presunta que se basan en los discursos ordinarios y académicos sobre la sexualidad (pag. 24).

Butler, considerada como una de las fundadoras de la teoría *queer*, planteó las nuevas formas de pensar en el género, más allá de las expresadas por las teóricas del feminismo, que solo reconocían la identidad masculina y femenina, además de aquellas que surgen desde la transexualidad, las identidades lésbicas y gays.

Sobre la violencia de género, la Organización de Naciones Unidas- ONU- la define como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.” (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. 1993). En este concepto se amplía la visión de la violencia de género en todos los espacios, sea familiar o social y con su intencionalidad de causar un daño en razón del género asumido por la víctima.

## Una aproximación al estado del arte de la violencia de género en la comunidad LGBTI de Iberoamérica

La violencia de género en parejas del mismo sexo es un tema muy poco investigado a nivel de Latinoamérica. A finales del siglo pasado la Ong Amnistía Internacional se atrevió a denunciar la violencia contra las personas homosexuales como un crimen de Estado y solo a partir del presente siglo algunas Ongs especialistas dedicadas a la defensa de los derechos de la comunidad LGBTI y la academia, han desarrollado algunos estudios destacables:

- Amnistía Internacional en el año 1991 declara como presos de conciencia a las personas encarceladas por su condición homosexual, incluyendo a los adultos que realizaban la práctica de actos homosexuales en privado y de común acuerdo.
- En 1994 Amnistía Internacional presentó un *informe sobre violaciones de los derechos humanos de los homosexuales*. Es una recopilación de casos de violación de derechos humanos por parte de las autoridades contra aquellos que ejercen la homosexualidad y contra aquellos que defienden los derechos de estas personas, y exhorta a los Estados al reconocimiento y respeto de los derechos de esta población y a acabar con la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la pena de muerte y las ejecuciones extrajudiciales. Solicita, además, la liberación como presos de conciencia de personas detenidas por abogar por los derechos de los homosexuales.
- Amnistía Internacional. (2001). *Crímenes de odio, conspiración de silencio tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*. Es un informe global relacionado con la violencia de Estado, especialmente la tortura y los malos tratos que cometen los funcionarios públicos contra las personas gais, lesbianas, bisexuales y transexuales a causa de su identidad sexual. Se reseñan casos específicos, sucedidos en muchos países con el objeto de informar, denunciar y exhortar a las autoridades de las Naciones para que adopten medidas tendientes a prevenir esta discriminación social.
- Olavarría J. (2003) en su artículo titulado *Los estudios sobre masculinidades en América Latina. Un punto de vista*, afirma que a partir de la epidemia del VIH/sida, la homosexualidad y la población homosexual pasan a ser visibles. Se reconoce la presencia de estas personas pertenecientes a la comunidad LGBTI en la familia, relaciones sociales, centros de diversión y encuentro, y empiezan a organizarse y asumir una

dinámica como comunidad con fuerte presencia social y con una demanda de derechos propios.

- Figari, C. (2004). *Sociabilidad, política, violencia y derechos La marcha del orgullo gay*. Es el análisis de una encuesta aplicada a los participantes de la marcha realizada en Buenos Aires en el 2004, que permitió la caracterización de las expresiones sexuales y de género de las personas que se movilizan en estas marchas y lo que los motiva a defender la diversidad sexual.
- Fajardo, L. (2004) *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Investigación auspiciada por la Fundación Colombia Diversa, que buscó hacer un diagnóstico detallado y analítico sobre los derechos reconocidos por la legislación y la jurisprudencia colombiana a las personas LGBT, analizándolo a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos y concluyendo que falta protección por parte del Estado, que son víctimas constantes de homicidios así como de torturas físicas, psicológicas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- García Suárez, C (2007), en su estudio *Sobre diversidad sexual en la escuela dinámicas pedagógicas para enfrentar la homofobia*, describe la discriminación contra La diversidad de género como un código moral radical que rechaza la diversidad, y especialmente se rechaza a quienes se atreven a transgredir la heterosexualidad, en la que el gay rompe el estereotipo del hombre y la lesbiana rompe el estereotipo de la mujer que la naturaleza o el poder divino ha dispuesto para ellos, además que se distancian de la misión natural del hombre y la mujer de constituir una familia para procrear la especie (Bogotá, 2007. P. 28).
- Una investigación realizada en México sobre *la diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión* (Flores Dávila 2007), producto del análisis de unas encuestas aplicadas a las diferentes organizaciones sociales compuesta por personas de orientación sexual diversa, con el objeto de conocer la realidad y las necesidades de los grupos de diversidad sexual en México, que sirva para sustentar las reformas legales y la elaboración de políticas públicas que garanticen a la población LGBTI el respeto y cumplimiento de sus derechos por parte del Estado y la sociedad mexicana. Como resultado de este trabajo, se recomendó al Estado mexicano ejercer un papel activo en la atención de las necesidades de estos grupos de diversidad sexual, y la adopción de una normatividad laica y neutral.

- Cárdenas M y Barrientos J. (2008) *Actitudes explícitas e implícitas hacia los hombres homosexuales en una muestra de estudiantes universitarios en Chile*. Se aplicó un test de actitudes a jóvenes universitarios chilenos hacia los hombres homosexuales, que arrojó como resultados la premisa de que los hombres muestran actitudes explícitas más desfavorables hacia los homosexuales que las mujeres, mientras que las mujeres tienen una actitud implícita negativa hacia los hombres homosexuales. La aparente disminución de los prejuicios hacia la homosexualidad no es indicativo que estos hayan desaparecido.
- Martínez, L. (2008). “*Transformación y renovación: los estudios lésbico-gays y “queer” latinoamericanos*”. Es una recopilación de estudios de sexualidad y género producidos en Latinoamérica en las últimas décadas, analizando las influencias de los conceptos extranjeros (gais, lesbianas, queer) en la identidad propia del movimiento de homosexuales latinoamericanos y los aportes propios de la cultura latina. La literatura latinoamericana sobre homosexualidad, es una crítica a la apropiación de teorías extranjeras realizadas por el movimiento de homosexuales y busca desentrañar las identidades propias de la cultura latinoamericana.
- Fosterel, D, (2008) *Estudio de los temas gay en América Latina desde 1980*. Plantea un análisis de los estudios académicos y teóricos latinoamericanos sobre el homosexualismo, que busca establecer una línea entre las teorías *queer* y la identidad propia del movimiento homosexual latinoamericano, cuestionado por la producción cultural e intelectual. Hace un recorrido histórico de las producciones latinas y la relación entre los estudios sobre género y estudios culturales homosexuales.
- Sarmiento, J.P. (2009) en su artículo *Sobre las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación*, concluyó que a pesar de estar reconocido el derecho de las parejas homosexuales a declarar la unión marital de hecho en las notarías públicas de Bogotá, aún se ejercen formas de violencia y discriminación hacia las parejas que intentan realizar el trámite conforme con lo establecido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional. (*Revista de Derecho* N.º 32 de la Universidad del Norte, 2009).
- La Asociación Internacional de Lesbianas y Gays de Latinoamérica y el Caribe (ILGA-LAC) publicó en el 2009 un informe sobre once países latinoamericanos que penalizan las prácticas asociadas a la homosexualidad, destacando que en el área de América

Central y el Caribe la persecución legislativa va desde la prohibición de recibir extranjeros homosexuales y la prohibición del matrimonio entre homosexuales hasta altas multas y la prisión de 5 a 25 años de cárcel,

- Mejía J. y Almanza M (2010), *Comunidad LGBT: Historia y reconocimientos jurídicos*. Es un recorrido por la historia del movimiento LGBTI y de los reconocimientos jurídicos obtenidos por la población homosexual en Colombia. Estudio que es un primer capítulo de la investigación cualitativa, teórica y práctica de la realidad colombiana, que parte de la premisa que pese a los reconocimientos jurídicos que han alcanzado la comunidad LGTB, siguen siendo una población de baja aceptación social. Concluye que la discriminación, los prejuicios o estereotipos contra la población homosexual, están presentes en el imaginario colectivo colombiano.
- Rodríguez, E. (2010) *El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina*. Aquí se elabora un análisis comparativo de las diversas instituciones jurídicas que reconocen las uniones homosexuales en América Latina, distintas a la del matrimonio. Se concluye que hay una tendencia internacional de reconocer jurídicamente las uniones homosexuales para combatir la discriminación en relación con las parejas heterosexuales, pero aún se rechaza el matrimonio homosexual; por lo que el nivel de protección no es pleno. Las uniones maritales de parejas homosexuales se han reconocido por vía legislativa o jurisprudencial.
- La trabajadora social Eva Reina Giménez, publicó en España en 2010 un artículo titulado: “¿Existe violencia en las parejas del mismo sexo? Buenas prácticas en la intervención en violencia en parejas del mismo sexo”, estudio en el que se buscó indagar si existe la violencia en parejas del mismo sexo y si es similar a la violencia que ejercen los hombres contra las mujeres. Esta investigadora trabajó con la comunidad LGBTQ. Parte la investigadora de la teoría *queer* que rechaza las clasificaciones absolutas de los individuos en categorías universales como “homosexual”, “heterosexual”, “hombre” o “mujer”, y sostiene que estas clasificaciones esconden un gran número de variaciones culturales y sociales, y todas son igual de importantes, rechazando el concepto clásico de género, que señala como normal lo aceptado socialmente como la heterosexualidad y clasifica de anómalo o anormal (*queer*) lo no aceptado. La teoría *Queer* parte de la premisa de que todas las identidades sociales son igualmente anómalas. Concluye que solo oficialmente se atiende la violencia entre pareja hete-

rosexuales y por esa razón es poca la información que existe sobre la violencia entre parejas homosexuales.

- Arboleda, P. (2010). *¿Ser o estar “queer” en Latinoamérica? El devenir emancipador en: Lemebel, Perlongher y Arenas*. Es un estudio que confronta las diferentes posturas de los homosexuales de occidente, analizando las estrategias propuestas por escritores y artistas latinoamericanos como Néstor Perlongher, Pedro Lemebel y Reinaldo Arenas para crear un proyecto **queer** latinoamericano; con una identidad propia, que se aparte de las posturas y modelos importados que permitan a las personas LGBTI tener una forma propia de transgredir los patrones y el género.
- Il Verduzco, R Díaz-Loving – 2010. *Medición de la homofobia en México: Desarrollo y validación*. Definen la homofobia como un prejuicio sexual que toma la forma de una actitud negativa hacia personas con una identidad sexual diferente a la heterosexual. Es decir, se trata de toda actitud (cognición, emoción y conducta) negativa dirigida hacia los conceptos que hagan referencia a preferencias sexuales y afectivas diferentes la heterosexual y a las personas con esta orientación en específico. Aplican una escala para medir la homofobia en México compuesta en cuatro factores: discriminación a la expresión homosexual, rechazo familiar, rechazo social y rechazo personal. Se agruparon, de manera teórica, los reactivos para conformar tres sub-escalas actitudinales hacia gays, hacia lesbianas y hacia la homosexualidad.
- *El primer Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (2011). Es una descripción de hechos relacionados con casos en el que se demuestra que en diferentes regiones del planeta se violenta y discrimina a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, en todos los ámbitos privados y públicos laboral, en los centros educativos, en centros de salud, en las calles y en lugares de encuentros. Además, se hacen unas recomendaciones dirigidas a los Estados encaminadas a reforzar la protección de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero y se acuña para estos grupos la sigla LGBT.

Otro estudio importante realizado en España es el de casos atendidos por violencia doméstica entre parejas y exparejas del mismo sexo, donde uno de los miembros de la pareja agrede al otro ya sea física, psicológica o sexualmente, sobre este tipo de modalidad se

concluyó que ese tipo de violencia no parece estar legitimada por un sistema ideológico o social, como ocurre con la violencia de género y el patriarcado, aunque sí presentan características similares a la violencia de género y otras específicas que se señalan en el presente informe. (Colectivo Lambda. 2011: pp. 7-8).

El Colectivo Lambda (2011) define la violencia “intragénero” como aquel “tipo de violencia familiar que se produce entre cónyuges, parejas, amantes, ex parejas del mismo sexo, con independencia de la duración de dicha relación, donde uno de los miembros de la pareja proporciona malos tratos (físicos, psicológicos, sexuales, etc.) a otro”. (Colectivo Lambda. 2011: p.7)

Pérez Á. (2011). La Universidad de Cartagena- Colombia- realizó un estudio cualitativo sobre *Las acciones de discriminación en espacios laborales hacia la población LGBTI en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cartagena (Colombia)*, con la participación de la ONG Caribe Afirmativo y la Escuela Nacional Sindical, con el objetivo de reconocer las acciones de discriminación y exclusión laboral hacia lesbianas, gays y trans, y concluyó que son acciones soterradas y muy silenciosas que se ven como naturales y se asocian a los prejuicios históricos que asocian la diversidad sexual como patología, peligrosidad y contagio. Que en lo laboral hay discriminación y exclusión para personas gays, lesbianas, y transexuales; sugirió que se debe dialogar en los espacios laborales sobre estos hechos de discriminación para que sean castigados y deje de verse como “naturales”, de igual manera proponen la creación de observatorios laborales y de seguimiento a prácticas homofóbicas y transfóbicas en los lugares de trabajo, la escuela y la sociedad en general.

- Un estudio realizado en Puerto Rico con mujeres lesbiana reclutadas, concluyó que en las estadísticas oficiales de ese país sobre la violencia doméstica no se incluían datos sobre la violencia entre parejas del mismo sexo, porque debido a la discriminación que persiste en ese país contra las personas LGBT, las invisibilizan y por esa razón no tienen una política social para esta población (López, M. y Ayala, D. 2010).
- Quinche, M. y Armenta, A. (2012). *Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho*. Se profundiza sobre los elementos estructurales del derecho a la igualdad como un principio o valor y como una garantía constitucional; se analiza el concepto de razonabilidad y de la igualdad en relación con los derechos de género y la regulación de estos en la jurisprudencia cons-

titucional colombiana. Enfatiza el estudio en el análisis de los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho a nivel de Latinoamérica.

- **Estudios sobre diversidad sexual en Iberoamérica** (España. 2012). Constituye una compilación de las investigaciones sobre la sexualidad y el género, que fueron presentadas en el I Congreso Internacional sobre Estudios de Diversidad Sexual en Iberoamérica, celebrado en la Universidad Pablo de Olavide. Y plantea que la sexualidad, como parte de la cultura y la globalización de esta, ha facilitado la exportación e importación de prácticas culturales, que pueden estar dando paso a un fenómeno de hegemonía mundial sobre el concepto de la homosexualidad y abriéndose las posibilidades de aparición de nuevas categorías sexo/género.
- Toro, J.A. (2012), en su estudio sobre *El estado actual de la investigación sobre la discriminación sexual*; plantea que la globalización de las comunicaciones ha acentuado en la sociedad las diferencias, la exclusión y el rechazo hacia las personas que pertenecen a las comunidades de lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros; que el odio contra las personas que transgreden el género puede llevar al homicidio y propone a la psicología elaborar estándares éticos para las intervenciones con esta población. Plantea que hay países con legislación que protege los derechos de las comunidades LGBT, pero aún subsisten países conservadores que se niegan a reconocer esos derechos e instan a los profesionales de la psicología a establecer estándares de atención psicológica a las personas LGBT.
- Rodríguez, L.M. (2013), en su artículo “Desmitificación de la violencia en parejas del mismo sexo”, elabora un análisis de los mitos que existen en España alrededor de las personas de la comunidad LGBT, sus causas y efectos que producen sobre las personas, para determinar una intervención que permita erradicarlos.
- Falconí D, Castellanos S y Viteri A. (2013). *Resentir lo queer en América Latina: diálogos desde/con el Sur*. Recopila producciones latinoamericanas sobre la teoría s queer y el identitario latinoamericano, en el que evidencia que el discurso y debate académico sobre la homosexualidad en Latinoamérica, no se puede sustraer de teorías globales como la teoría *queer* y que las identidades y prácticas sexuales de la región exigen un re-sentir de lo queer.

- **Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano** (2015): es un informe elaborado por el Centro Nacional de Memoria Histórica, que busca construir la memoria histórica desde la voces de quienes se reconocen como personas lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas y otras variaciones de la identidad, que tienen en común apartarse de la heteronormatividad (pag. 20). Se trabajó con personas de la comunidad LGBT que fueron víctimas del conflicto armado colombiano, que además de contar los horrores vividos en la guerra, también contaron de las violencias padecidas en el seno de la familia, escuelas, barrios, centros de salud, medios de comunicación y otros espacios.
- Reyes E. (2015), en su estudio sobre *Protección jurídica familiar de las parejas homo-afectivas*, hace un análisis histórico de las dos posturas que se manejan en la sociedad; por un lado, la que reconoce y otorga derechos fundamentales y sociales de las parejas homo-afectivas y los que los rechazan, sobre la característica de variabilidades de las familias, las que en muchas legislaciones no son reconocidas, especialmente las familias homo-afectivas.
- Rodríguez L. Carrera M y otros (2015). *Violencia en parejas transexuales, transgénero e intersexuales: Una revisión bibliográfica*. Es una revisión de 28 estudios realizados sobre la violencia de pareja que afecta a transexuales, transgénero e intersexuales, *queer* o indeterminados. Se profundizó en los tipos de muestra, metodología, instrumentos utilizados y los resultados de estas investigaciones. Se concluyó que en los programas de prevención de la violencia de género se debe incluir la violencia de pareja en las relaciones en las que, al menos uno de los miembros es transexual, transgénero o intersexuales.
- Jessica Jara, del semillero de investigadores/as con perspectiva de género, del Instituto de Cultura Jurídica, de FCJ, publicó un artículo sobre “Las situaciones de violencias en parejas del mismo sexo”, en la revista *Derecho y Ciencias Sociales* (2016), en el cual busca visibilizar la problemática de la violencia que aparece en las parejas del mismo sexo, para demostrar que existe la violencia y que se reproduce a través de los estereotipos culturales de género. Se aborda el tema de las violencias en parejas homosexuales y sus consecuencias, plantea las diferentes violencias que presentan dentro de una relación entre personas de igual sexo -homosexuales y lesbianas- y las consecuencias para la víctima. Se concluye en este estudio que la violencia existe en todas las rela-

ciones sin importar sexo, orientación sexual, situación económica, raza, etc. y plantea diferentes violencias tanto físicas como psicológicas, económicas y sexuales. Además manifiesta que la relación de poder y dominio se encuentra presente en las relaciones homosexuales, porque las personas eligen sus parejas con el enfoque tradicionalista aprendido desde casa, tomando de referencia lo masculino y lo femenino, asumiendo el uno como el sexual activo, que ejerce el poder y al otro como el pasivo, sobre el cual no emplea el poder.

- Robledo P. (2016). *La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2015: la discriminación por razón de la orientación sexual*. Es un análisis de dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana, que concluye que, a pesar de los adelantos de la jurisprudencia nacional en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, la discriminación con motivo de la orientación sexual aún está presente en la sociedad colombiana y que esta violencia no solo se materializa en actos de violencia física y verbal, sino en actitudes diferenciadoras negativas hacia personas de inclinación sexual no heterosexual. Conmina la Corte Constitucional colombiana y las organizaciones defensoras de los derechos de la Comunidad LGTBI, por el respeto y la igualdad de género, raza, edad, religión y sexo; sin embargo, se solicita un cambio cultural para eliminar la discriminación social.
- En España, A. Carratalá (2016) publicó en la *Revista Latina de Comunicación Social*, (pp. 40 a 65), el artículo titulado “La información en prensa española sobre casos de violencia en parejas del mismo sexo” en el cual hace un análisis y categorización de las noticias relacionadas con la violencia en parejas del mismo sexo que han sido publicados en los medios de comunicación españoles, durante los últimos años. Esta violencia es debatida por las organizaciones que trabajan por la defensa de los derechos de las personas homosexuales, algunas la denominan violencia de género y otros afirman que estas agresiones son diferentes a la que sufren las mujeres de sus parejas heterosexuales (hombres) y que se debe denominar violencia intragénero. Proponen algunos colectivos que las medidas legislativas que amparan a las mujeres que son víctimas de la violencia de género también amparasen a las víctimas de violencia en parejas del mismo sexo. Mientras que otras organizaciones sociales (LGTBI) proponen que se emita una ley específica para estas parejas, o que se modifique la Ley integral contra la violencia de género.

- Idahot (2016), en *Actualización del Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TMM) 2016* –, publicado el 12 de mayo de 2016, indica que, de los 65 países que reportaron, entre el primero de enero de 2008 y el 30 de abril de 2016, el 78% de las muertes violentas de personas trans ocurrieron en América Latina. En esta región, algunos estudios han comenzado a evidenciar la violencia homofóbica y transfóbica en el sector educativo; la prevalencia del **bullying** general puede estar entre el 40% y el 70%. La violencia en el entorno escolar aumenta el riesgo de depresión, abuso de sustancias y suicidio. En América Latina, entre el 44 al 70 % de las mujeres trans ha sentido la necesidad de salir de su casa o fueron obligadas a irse de sus hogares. Las mujeres lesbianas son vulnerables a la violencia física y emocional en sus comunidades. Mientras que las personas intersexuales son sometidas a cirugías de reasignación de sexo sin su consentimiento y la mayoría de estos procedimientos causan daños irreversibles: La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI.

La Organización Mundial de la Salud, en su página web, informa que las seis regiones del mundo con los números más altos de homicidios de personas homosexuales, de datos que son suministrados por movimientos trans y organizaciones de la sociedad civil que llevan a cabo las formas de monitoreo profesional, son a través de las cifras al 17 de mayo de 2016: Brasil (845), México (247), Colombia (108), Venezuela (104) y Honduras (80) en el central y América del Sur; los Estados Unidos (141) en América del Norte; Turquía (43) e Italia (34) en Europa; y la India (55), Filipinas (40) y Pakistán (35) en Asia. [3].

## Conclusiones

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ofrecen a la comunidad de las naciones una hoja de ruta para eliminar la pobreza, el hambre y la desigualdad; mejorar el acceso a la salud y la educación; y lograr la paz y la justicia para todos. Es imposible construir una sociedad equitativa si algunos segmentos de nuestras poblaciones se ven privados de sus derechos humanos, la dignidad y las oportunidades que deben ser universalmente reconocidas para todos y todas, y que tanto el Estado como los actores no gubernamentales deben respetar. La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI.

En Latinoamérica, a pesar de los avances jurídicos que en la última década han reconocido a la comunidad LGBT, aún persiste en la ciudadanía el imaginario de inmoralidad de

la homosexualidad que se revierte en las actitudes de ignorar a estos grupos, excluirlos o violentarlos. Comportamiento social que ha motivado a la resistencia legal de activistas defensores de los derechos humanos de esta población.

Entre los nuevos retos universales en la lucha contra la pobreza, se suscribió como un compromiso de toda la sociedad entender que el desarrollo no es solo cosa de los gobiernos, sino de todos: sector privado, sociedad civil e individuos. Se dice que cada país es el primer responsable de su propio desarrollo, pero todos somos corresponsables del desarrollo de todos apoyando a aquellos que lo tienen más difícil. Como es el caso de la población LGBTI, que forma parte de los grupos minoritarios en la mayoría de los países del mundo, especialmente en los menos desarrollados, situación que los coloca en situación de vulnerabilidad y discriminación social y legal.

Es un reto para los académicos apoyar a las minorías en su lucha por la equidad y justicia social, estudiar con profundidad este tópico es un compromiso que nos circunscribe en la gran meta de aportar a la construcción de nuevas ciudadanías y la formulación de información básica para la elaboración de políticas públicas encaminadas a la superación de la desigualdad y discriminación de las personas que se reconocen a sí mismas como gays, lesbianas, transgénero, bisexuales, *queer*.

## Referencias

- Aldarte (2009). Estudio sobre violencia intragénero. Bilbao. Consultado: noviembre 28 de 2016. Disponible en; <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/>.
- Aldarte, (2012) “Informe para la inclusión de la Perspectiva LGTBQ en los planteamientos sobre violencia de género: propuestas para el debate”. Bilbao. Consultado: 11 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/buenostratos.pdf>
- Amnistía Internacional. *Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*. 2003. Disponible En: [http://www.amnistiainternacional.org/publica/ISBN\\_8486874734.html](http://www.amnistiainternacional.org/publica/ISBN_8486874734.html).
- Arboleda Ríos, P. 2010. ¿Sero estar “queer” en Latinoamérica? El devenir emancipador en: Lemebel, Perlonghery Arenas. Revista Flacso-Ecuador. No. 39.
- Butler, J. (1999). *El género en disputa*. Barcelona. Editorial Paidós.
- Carratalá, A. (2016) La información en prensa española sobre casos de violencia en parejas del mismo sexo. Revista Latina de Comunicación Social, 71, pp. 40 a 65. Disponible en : <http://www.revistalatinacs.org/071/paper/1083/03es.html> DOI: 10.4185/RLCS-2016-1083
- Cárdenas, M. y Barrientos, J. (2008) *Actitudes explícitas e implícitas hacia los hombres homosexuales en una muestra de estudiantes Universitarios en Chile*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Colombia Diversa & Diakonia (2005), Voces excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia, Bogotá.
- Falconí, D.; Castellanos Sy Viteri M.A. (2013) *Resentir lo queer en América Latina: diálogos desde/con el Sur*. Barcelona. Editorial Egales.

- Figari, C. (2005) *Sociabilidad, política, violencia y derechos. La marcha GLTTB de Buenos Aires*. Primera Encuesta. Buenos Aires.
- Flores Dávila, J. (2007) *La diversidad sexual y los retos de la igualdad y la inclusión*. México.
- García C.I. (2007) *Diversidad sexual en la escuela dinámicas pedagógicas para enfrentar la homofobia*. Bogotá.
- IDAHOT (2016) Actualización del Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TMM) consultado: enero 27 de 2017 disponible en <http://transrespect.org/es/idahot-2016-tmm-update/>
- ILGALAC (2009) Informe: A 40 años de Stonewall: Lesbofobia, transfobia, homofobia, bifobia en Latino américa y el Caribe. Disponible en: [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com\\_content&Itemid=127-&id=16175&task=view](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&Itemid=127-&id=16175&task=view) Acceso: 10/04/2009.
- Jara, J. Situaciones de violencias en parejas del mismo sexo. *Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2016. N° 14 (Semillero de investigadores/as con perspectiva de género Instituto de Cultura Jurídica, FCJyS.UNLP) Pgs 104 - 116. ISSN 1852-2971.
- Lamas M, (2000) *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual*. México.
- LAMBDA (2012) Violencia doméstica en parejas de mujeres ;Todas merecemos vivir en paz! Disponible en: [http://www.lambdavalencia.org/wpcontent/uploads/2013/04/Violencia-domestica-entre-mujeres\\_pazparalamujerorg.pdf](http://www.lambdavalencia.org/wpcontent/uploads/2013/04/Violencia-domestica-entre-mujeres_pazparalamujerorg.pdf)
- López Ortiz M y Ayala Morales D. *Intimidad y las múltiples manifestaciones de la violencia doméstica entre mujeres lesbianas*. Puerto Rico. 2001.
- Lozano I y Rolando D, L. Medición de la homofobia en México: *Desarrollo y validación*. N° 30, Vol. 2, 2010
- Martínez, L. (2008). Transformación y renovación: los estudios lésbico-gays y “queer”. latinoamericanos. *Revista Iberoamericana*. Volume 74, Issue 225. 861-876.
- Mejía Turizo J, y Almanza Iglesia M. (2010) Comunidad Lgbt: Historia y reconocimientos jurídicos. *Revista Justicia Juris*. Barranquilla.
- Olavarría, J. Los estudios sobre masculinidades en América Latina. Un punto de vista. *Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe* Nro. 6, Flasco / Unesco / Nueva Sociedad, Caracas, 2003, pp 91-98.
- OMS - Organización Mundial De La Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, DC: OPS, 2002 consultado: diciembre de 2016. Disponible en <[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/abstract\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_es.pdf)>[http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12035%63Aonu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12035%63Aonu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es)
- Pérez Álvarez, A. (2011) *El autocontrol y las acciones de discriminación en espacios laborales hacia la población Lgbt en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cartagena (Colombia)*,
- Reina Giménez, E. (2010) ¿Existe violencia en las parejas del mismo sexo?: buenas prácticas en la intervención en violencia en parejas del mismo sexo? TSnova, Valencia, v. 1, n. 1, p. 27-37.
- Reyes Castillo, E. (2015) Protección jurídica familiar de las parejas homoafectivas. URL: disponible en: <http://dspace.unitru.edu.pe/xmlui/handle/UNITRU/1070>
- Rodríguez L. Carrera, M y otros (2015) Violencia en parejas transexuales, transgénero e intersexuales: Una Revisión bibliográfica. Sao Paulo. Fuente: *Saúde e Sociedade*. Jul-Sep2015, vol. 24 Número 3, p914-935. 22p.
- Rodríguez Martínez, E. (2010) El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina.
- Rodríguez O, L.M; Carrera F, M.V; Fernández, M.I.; Rodríguez, C., (2015) Centro Nacional de Memoria Histórica. *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá, CNMH - UARIV - USAID - OIM.
- Scott, J. (2012) Una categoría útil para el análisis histórico. En: Lamas Marta Compiladora. *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. PUEG, México. 265-302.
- Toro, J.A. (2012). *El Estado Actual de la Investigación sobre la discriminación sexual*. Universidad de Puerto Rico.
- Quinche Ramírez, M.F. y Armenta Ariza, A. (2012). La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En: *Revista Pensamiento Jurídico*, N° 15. Bogotá.
- Valcuede Del Rio, J. (2013). *Estudios sobre diversidad sexual en Iberoamérica*. 1ª ed. Sevilla: Aconcagua Libros. 385 p.





## CAPÍTULO II

# LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE: UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO<sup>2</sup>

**Alcira Isabel Muñoz Osorio**

*Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, Magister en Derecho Administrativo, Docente Universitaria*

*Miembro del Grupo de Investigación Estudios de Género, Niñez y Criminalidad de la Universidad Autónoma del Caribe*

### Introducción

En Colombia, con la Constitución de 1991, se consagra al Estado como un Estado social de derecho, lo que trajo avances con relación a los derechos humanos, concediéndosele importancia a estos derechos. Teniendo en cuenta que el constitucionalismo moderno establece “un estado social de derecho” y lo desarrolló a través de la consagración de un catálogo de derechos divididos en “fundamentales”, “económicos, sociales y culturales” y “colectivos”, estableciendo mecanismos de protección como la acción de tutela y las acciones populares.

La legislación colombiana, en materia pensional, tiene por objeto el cubrimiento de las contingencias derivadas de la vejez, de la invalidez y de la muerte, para hacerle frente a las situaciones que se presenten con ocasión a los riesgos antes mencionados. Por esta razón, se vio la necesidad de estudiar la pensión de sobreviviente como derecho funda-

---

<sup>2</sup> Este capítulo es resultado del proyecto de investigación denominado “La pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo en Colombia: un derecho fundamental” realizado dentro del Grupo de investigación “Estudios de género, niñez y criminalidad”, de la Universidad Autónoma del Caribe

mental referente a las parejas del mismo sexo, por ser hoy en día un tema muy controvertido a pesar de que la Constitución Nacional así los consagra, y además proporciona los mecanismos para hacerlos efectivos, tales como la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 y las jurisprudencias de la Corte Constitucional.

Antiguamente, en Colombia, los hombres que se atrevían a demostrar una orientación sexual diferente a los estándares religiosos y moralistas, eran penalmente sancionados ya que el código penal de 1936 establecía sanciones a estas conductas homosexuales. La Constitución actual es muy amplia en cuanto a derechos humanos y derechos fundamentales, pero en cuanto a los derechos de las personas homosexuales no se cuenta con una normatividad que proteja los derechos de estas personas, y no es diferente en lo relativo al Sistema Pensional colombiano, en donde se dejaron de lado a las personas que tenían preferencias sexuales diferentes, referente a los derechos de obtener una pensión de sobreviviente, aun cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley 100/1993. Por ello se hace necesario que en Colombia se legisle de forma más incluyente frente a esta comunidad que cada día lucha más porque se le reconozcan sus derechos.

Referente a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo, son pocos los avances legales o legislativos que se tienen, ante lo cual ha sido necesario que las Altas Cortes se pronuncien respecto a las personas que tienen una orientación sexual diferente a la de las parejas heterosexuales, las cuales se han visto rechazadas socialmente, aparte de que se le han desconocido sus derechos. De ahí que formulamos la siguiente pregunta problema:

¿Cuáles son los fundamentos para considerar la pensión de sobreviviente como un derecho fundamental en las parejas del mismo sexo desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional?

Partiendo del análisis de la doctrina y jurisprudencia de las Altas Cortes, específicamente el análisis de jurisprudencias relativo a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo, se propusieron los siguientes objetivos:

Determinar si la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo en Colombia constituye un derecho fundamental.

- Analizar la evolución legal del derecho a la pensión de sobreviviente en Colombia.

- Establecer la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional referente al derecho de pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo.
- Analizar la vulneración los derechos de la comunidad LGTBI en Colombia.

Para la recolección de la información, se realizó una revisión bibliográfica sobre el saber acumulado en los últimos años por las distintas disciplinas y las experiencias de organismos e instituciones oficiales, así como de organizaciones no gubernamentales con respecto al tema propuesto. La revisión bibliográfica ha estado constituida por las actividades de búsqueda de información sobre el tema ya establecido, y para su desarrollo se combinó la recuperación automatizada, la revisión manual y la utilización de *internet*, al igual que las exploraciones amplias y focalizadas. Se utilizaron las fichas bibliográficas, para consignar la información contenida en los documentos.

Esta investigación se realiza bajo el paradigma interpretativo. Los objetivos de la investigación han sido los siguientes:

### **Constitucionalización de la seguridad social en Colombia y el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI**

De acuerdo con el al preámbulo y el artículo 1º de la Constitución Política de 1991,

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Además, tal y como lo consagra el preámbulo de la ley 100 de 1993,

La Seguridad Social Integral es 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.

Hoy en día, se puede decir que muy a pesar de que el sistema de seguridad social colombiano no es perfecto, ya que adolece de aspectos importantes para la comunidad,

se ha dado un gran avance en cuanto a los derechos consagrados en la Constitución Política del país, si se compara con lo establecido en la centenaria Constitución de 1886, en la que solo se podía encontrar un artículo que hacía mención a la seguridad social, reconociendo la asistencia pública en cabeza del estado, pero solo en unos casos muy puntuales. Como son aquellos casos donde la persona no tuviera medios de subsistencia, medios de derecho para exigírselo a otro y en aquellos casos en donde las personas estuviesen físicamente incapacitadas para trabajar. Esto quedó establecido en el artículo 19 de dicha constitución. La Constitución de 1991 dio un giro total a esa interpretación constitucional y desde ese momento se empiezan a planificar, a crear programas, políticas y entidades que permitieron dar a la comunidad una mejor calidad de vida.

La Constitución lo consagra en su artículo 48, donde expresa el derecho a la seguridad social como “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”. (Constitución Política, Art, 48).

No obstante, es innegable que en nuestro país, en muchos casos, se requiere acudir al mecanismo de amparo constitucional de la tutela para lograr el reconocimiento de los derechos y el cumplimiento de los principios de la seguridad social. Esto es así para la gran mayoría de la sociedad colombiana de orientación heterosexual; pero en mucha mayor medida para los miembros de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexual, transexual, intersexual) o identidades de género diversa u orientación sexual diversa.

Siendo así, es de vital importancia revisar la jurisprudencia y seguir los cambios que se han presentado en lo que respecta a los derechos prestacionales de las parejas del mismo sexo.

Ha sido muy largo el camino jurídico, con obstáculos y discriminación, que ha recorrido este grupo, por ello se hace evidente la negación de sus derechos y la desprotección, al compararla con la protección legal que la Ley brinda a los grupos heterosexuales. Esto ha conducido a una flagrante vulneración del derecho a la igualdad, instituido en el artículo 13 de la Constitución, que reza que

todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportuni-

dades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados (Constitución Política, Art 13).

Además, se vulnera lo declarado en el artículo 16 de la Carta Política que dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

Citar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad siempre ha significado facilitar y viabilizar el empleo de la libertad, el acaecimiento y urgencia de subjetividades, aun cuándo sobre ello no se ha redactado la última palabra, ya que cada ser humano es un nuevo texto, un nuevo argumento, un nuevo discurso, un nuevo libro. Por ello, observamos que en situaciones de vulneración a los derechos, se hace necesaria la interposición e injerencia de la Corte Constitucional, en razón a los conflictos que se dan al surgir la pluralidad, la variedad, las ciudadanías nuevas, todo lo cual requiere elucidación casuística a fin de garantizar los derechos esenciales.

La lucha de las parejas del mismo sexo por unos derechos igualitarios en materia jurídica ha sido ardua, ya que, solamente hasta comienzos del año 2000 fue que se vino a considerar desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional, el tema de la pensión de sobreviviente como un derecho fundamental en este grupo.

Los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo se reconocen en la Constitución Política por el hecho de ser ciudadanos y ciudadanas colombianas. No obstante, los prejuicios existentes y mostrados por una gran parte de la sociedad, a lo largo de la historia, denotan que su ciudadanía formal se niega o se vulnera.

Ha sido largo el camino recorrido por la comunidad LGBTI en la búsqueda del reconocimiento a sus derechos y para ello han contado con el valioso aporte y compromiso de la guardiana de la carta política, la Corte Constitucional colombiana, que ha proferido más de 40 sentencias, desde la T-594 de 1993, donde el tema tratado fue el “cambio de nombre masculino por femenino o femenino por masculino en atención al libre desarrollo de la personalidad” y que fue concedida, hasta la última Sentencia de 2013, la T-357, en la acción de tutela interpuesta por Colombia Diversa en alianza con el **Programa País** de la Universidad de los Andes, contra Porvenir S.A a responder por la pensión de un hom-

bre, después de haber vulnerado sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional revisó y ordenó la protección inmediata de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo, vulnerados por el fondo de pensiones al exigirle una prueba especial que no aplica para las personas heterosexuales y las parejas de diferente sexo. No obstante, posterior a esta última sentencia, la Corte Constitucional ha mantenido su línea jurisprudencial con nuevas sentencias en las que ha mantenido y ampliado el reconocimiento de los derechos de esta comunidad.

### Principios de la seguridad social

La seguridad social goza de unos principios que constituyen la base del sistema integral de seguridad social, los cuales se encuentran en el capítulo I, artículo 2 de la ley 100 de 1993 que estableció que el Sistema de Seguridad Social Integral se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Además, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia estableció: “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”.

Cabe anotar, que, de los principios de la seguridad social, existen tres de rango constitucional, establecidos en la Carta Magna. Ellos son:

### Eficiencia

Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Según Leonardo Cañón Ortigón, en su texto *La seguridad Social en la Constitución colombiana*, establece que la eficiencia no es un principio propio de la seguridad social, sino una característica que debe tener la administración del servicio público, la inclusión del mismo en la Constitución Política uno de los principios que deben regular el funcionamiento de las instituciones de seguridad social, nos obliga forzosamente a comprender que en la operación del servicio debe estar incluido todo lo relacionado con las di-

versas formas de prestación del servicio público, y las condiciones que garanticen tanto la accesibilidad al servicio como la calidad, la cantidad y la oportunidad con las cuales se deben prestar los servicios, con el propósito de que las necesidades de la población sean atendidas (Cañón, 2013, pág., 59)

Lo anterior hace referencia a que los servicios que ofrece el sistema deben ser prestados de la mejor manera posible en cantidad, calidad y oportunidad, es decir, el usuario del sistema deberá recibir lo necesario para el cubrimiento del riesgo o contingencia que lo afecte, por lo cual el servicio recibido debe ser óptimo y en el momento oportuno, cuando la persona lo requiera.

La Corte Constitucional tiene una nutrida jurisprudencia respecto al principio de eficiencia, en la que se establece que la atención a los usuarios debe ser en forma oportuna a fin de evitar que las consecuencias sean nefastas para aquellos que requieren de atención.

### **Universalidad**

Otro principio es el de Universalidad, que establece la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida (Constitución Política de Colombia, art. 48).

Este principio indica que todos los seres humanos, sin ningún distingo, deben estar cubiertos por el sistema, cubrimiento que contribuye a hacer más soportables las contingencias y riesgos que se puedan presentar en todas las etapas de la vida. Para ello se deben implementar políticas, planes y programas que permitan ampliar la cobertura a fin de que los servicios y beneficios de la seguridad social lleguen a toda la población.

### **Solidaridad**

El principio de Solidaridad se constituye en la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Por lo anterior es deber del Estado garantizar la solidaridad en el sistema de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo. De allí que los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. (Constitución Política de Colombia, art. 48)

Según Cañón Ortega, la solidaridad

Se constituyó como la razón de ser de la seguridad social, como un fenómeno de interdependencia vinculante natural, social o jurídicamente a individuos o grupo de individuos entre sí para lograr la atención de las necesidades sociales. Se instituye constitucionalmente en el fundamento filosófico y de ética social fundamentado en que cada individuo tiene el derecho a un nivel de protección que le demande sus necesidades, para librarlo de la inseguridad que estas generan (Cañón, 2013, pág., 57).

Esta disposición constitucional, se constituye en el marco de referencia para la construcción e implantación del sistema de seguridad social integral en Colombia. Indica cañón “En este orden de ideas, la transferencia de recursos entre los diversos sectores de la población y la vinculación de los esfuerzos que se requieran para atender las varias necesidades de la población más pobre, deberán ser siempre amplias, generales e indiscriminadas y por ningún motivo limitadas a determinados sectores, grupos o individuos de la población” (Cañón, 2013, pág., 57).

La seguridad social, hoy por hoy, se ha convertido en una garantía constitucional de tal manera que hablar de la solidaridad en el sistema de seguridad social en Colombia es involucrar a los miembros de la sociedad y al Estado para así poder repartir las cargas y lograr que toda la población esté cubierta por el sistema, dando aplicabilidad al principio de universalidad, que es otro de los principios básicos del sistema.

Todas aquellas personas dependientes de un contrato de trabajo, cualquiera que este sea, independientemente de en qué sector se encuentren vinculadas, y así como las personas independientes con capacidad económica, son afiliados obligatorios al sistema integral de seguridad social, dándose de esta manera la ayuda mutua entre estos, que económicamente son fuertes, hacia a aquellos que no tienen los medios para hacer el pago de aportes al sistema. El Estado tiene la facultad de vigilar, supervisar y controlar el sistema a través de sus entes de control, y debe propender y garantizar que se cumpla con este principio, lo cual sólo es posible lograrlo con la transferencia de recursos de la población económicamente pudiente hacia aquellos que económicamente son débiles, como lo establece la Constitución nacional.

Además de los principios básicos, también tenemos los principios de: integralidad, unidad, participación.

## **Integralidad**

Este principio se encuentra consagrado en el Artículo 2 de la ley 100 de 1993, que dispone que la integralidad es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto, cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.

El Estado colombiano tiene como fin garantizar el bienestar de toda la población y de allí que todas las contingencias y riesgos deben ser cubiertos. Tanto para los aportantes al sistema, como para los que no lo pueden hacer, ya sea porque no dependen de un contrato de trabajo o porque carecen de capacidad de pago para hacer sus aportes. En síntesis, todas las personas recibirán lo que necesitan para cubrir tales necesidades, independientemente de su capacidad de pago.

## **Unidad**

La Ley 100 establece acerca de este principio que “es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social”.

Para que el sistema de seguridad social pueda alcanzar los objetivos propuestos en la ley 100 del 93, debe existir armonía entre políticas, planes, programas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones, para garantizar a las personas y a la comunidad una mejor calidad de vida respetando la dignidad humana. Es obligación del Estado que se alcancen los objetivos de la seguridad social, ya que en sus manos está el control y vigilancia de las entidades e instituciones públicas o privadas y el manejo de los recursos destinados al cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas.

## **Participación**

Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto (Ley 100 de 1993, art. 2).

La Constitución nacional hace referencia a los pilares básicos sobre los cuales se soporta el sistema de seguridad social, además de tenerse otros principios como la progresividad, favorabilidad, igualdad, internacionalidad, sostenibilidad financiera, garantía de de-

rechos adquiridos, irrenunciabilidad de beneficios mínimos y la garantía a la seguridad social. Algunos de estos se pueden inferir de los principios fundamentales y otros están establecidos en la ley 100/93, e incluso en otros artículos de la carta.

### **Progresividad**

Este aparece consagrado en la Carta Política, derivado de la obligación constitucional contenida en el artículo 48 y 93 de esta, en el artículo 48 se estableció: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente de la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley” (Constitución Política de Colombia 1991).

Desde el instante en que el constituyente permitió que los particulares hicieran parte de la prestación de los servicios que ofrece la seguridad social, lo hizo con el fin de que estos llegaran a todos los rincones del territorio nacional de manera ágil, oportuna y suficiente, es por ello que cada día se implementan medida para la ampliación de la cobertura. Sin embargo, en la práctica, no ha sido posible darle cumplimiento a cabalidad a los objetivos planteados en la Ley 100.

El doctor Gerardo Arenas Monsalve, en su obra El *derecho a la seguridad social* ha señalado que la Corte Constitucional, en algunas de sus sentencias, que el artículo 93 “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la carta” (Sentencia T1319 de 2001). Dentro de tales tratados figuran, entre otros, los convenios de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (Pidesc) (Arenas, 2011, pág. 149). Esto, para darle cumplimiento a las obligaciones que adquieren los Estados al ratificar los convenios y tratados internacionales.

### **Favorabilidad y respeto a los derechos adquiridos**

Los artículos 53 y 58 de la Carta política consagran el principio de favorabilidad y de respeto a los derechos adquiridos, cuya aplicación resulta de especial importancia en el campo de la seguridad social, especialmente para efectuar la transición del anterior al nuevo régimen. En particular, en el área de pensiones donde ha parecido la discusión sobre los derechos adquiridos y las expectativas existentes con base en normas legales y convencionales expedidas con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993. El centro

de la discusión se ha planteado sobre el respeto que, bajo la vigencia de la nueva ley, se debe dar al tiempo de servicios, a la edad de pensión, al monto de las pensiones y a la base de liquidación de las mismas, en la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 (Cañón, 2013, pag. 63).

La favorabilidad es un principio muy importante y de gran acogida en el derecho laboral, que está consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo prevalece la más favorable al trabajador. Este principio guarda relación con el principio protector que encontramos en la Constitución nacional, artículo 25 y en las normas laborales art. 9 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Corte Constitucional en Sentencia T-891, 2011 se ha pronunciado al respecto: Véase:

### **Antecedentes**

Se inició acción de tutela para el reconocimiento de pensión de sobreviviente.

El caso objeto de decisión se presentó por el fallecimiento del ciudadano Silvio Arizabal Restrepo, quien falleció en septiembre de 1986, y estaba afiliado a Cajanal. Su esposa acudió a la entidad e inició el trámite para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue negada porque la entidad alegó que no cumplió con los requisitos ya que el señor al momento del fallecimiento contaba con 18.5 años cotizados y que en este caso se debía aplicar la ley 33 de 1985, la cual consagra 20 años de servicio y 55 años de edad. Después de agotados los recursos legales, la esposa del fallecido inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiéndole el proceso al Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de la ciudad de Manizales, que declaró nulas las resoluciones de negación del derecho a la señora y en su defecto ordenó reconocer y pagar la pensión de sobreviviente, tomando como ingreso base de liquidación un 73%.

El juez de primera instancia se basó en la obligación de garantizar los derechos fundamentales y tuvo en cuenta aspectos como la discriminación contra la mujer. El **es aequo**, dio aplicabilidad al artículo 288 de la ley 100 de 1993 referente a la favorabilidad, también argumentó que le era aplicable el art. 46 de la ley 100 de 1993, en lo relativo a los beneficiarios de la pensión de sobreviviente.

La entidad demandada (Cajanal), impugnó la decisión bajo la afirmación de que las resoluciones emitidas por ellos y demandadas no iban en contra del ordenamiento legal. Por su parte el Tribunal Administrativo de Caldas revocó la decisión del juez de primera instancia, negando el derecho.

### **Problema jurídico y plan de resolución del caso concreto**

En el presente asunto corresponde a la Sala establecer en primer lugar si procede la acción de tutela, en la medida en que los jueces de instancia estimaron que la misma no era viable por no proceder tutela contra providencias judiciales.

En segundo lugar, si fuera procedente el estudio de fondo de la acción, deberá darse respuesta al siguiente problema jurídico: Si la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Caldas desconoció el precedente horizontal y/o vertical, respecto de la aplicación retrospectiva de la ley en virtud del principio de favorabilidad, para reconocer la pensión sustitutiva, en aquellos casos en que el causante falleció con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Luego, expondrá lo que esta Corte ha sostenido respecto del desconocimiento del precedente como causal específica de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales y, finalmente, en una última parte, resolverá el caso concreto.

### **Decisión**

Primero.- Revocar el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del catorce (14) de marzo de 2011 que a su vez confirmó la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del veintiséis (26) de mayo de 2011, que rechazó por improcedente la tutela interpuesta por Sonia Hincapié de Aristizabal en contra del Tribunal Administrativo de Caldas.

Segundo.- Amparar los derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso de la señora Sonia Hincapié de Aristizabal. En consecuencia se Revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas del 15 de diciembre de 2010, dentro del proceso 17-001-33-31-001-2007-00429-00 y en su lugar se Confir-

ma la sentencia proferida por el Juez Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales del catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010), proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho identificado con radicado No. 17-001-33-31-001-2007-00429-00, en la cual se condenó a la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal Eice a reconocer y pagar a favor de Sonia Hincapié de Aris-tizábal identificada con cédula de ciudadanía No. 24.282.175, la pensión de sobrevivientes en la cuantía inicial de 73% del Ingreso Base de Liquidación debidamente actualizado de 15 de septiembre de 1986 a 1º de abril de 1994 conforme al Índice de Precios al Consumidor -IPC certificado por el DANE, a partir del 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen general de pensiones en el orden nacional, y posteriormente mes a mes aplicando los reajustes anuales previstos en la ley, pagando las sumas adeudadas debidamente indexadas mes a mes, a partir del 9 de noviembre de 2001 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de dicha sentencia. (Sentencia T-891, 2.011).

La Corte Constitucional resuelve amparar, con el fallo proferido, los derechos fundamentales de la accionante, derecho a la igualdad y debido proceso de la accionante revocando el fallo proferido por el Tribunal de Caldas y en consecuencia confirmando la sentencia de primera instancia dentro del proceso presentado de Nulidad y Restablecimiento del derecho. Condenando a la entidad demandada (Cajanal), a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la accionante, actualizado de acuerdo al IPC. Indicó también que deben aplicarse los reajustes anuales y pagar lo adeudado, indexado mes a mes, hasta que se efectúe el pago.

Es evidente que la Corte concedió a la accionante lo reclamado teniendo en cuenta que de no hacerlo, se estarían vulnerando los derechos fundamentales de esta.

### **Sostenibilidad financiera**

En el campo de la salud también aparece consagrado este principio dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud en la modificación que la ley 1438 de 2011, hace cuando sustituye el artículo 153 de la ley 100 de 1993, al incorporar la sostenibilidad fiscal como uno de los principios que se deben consultar cuando se tomen decisiones dentro de este Sistema, dados los efectos fiscales que el servicio público tiene sobre los recursos de la nación (Cañón. 2013, pág. 67).

Este principio fue introducido en la Carta Magna colombiana, a través del acto legislativo 01 de 2005, principio aplicado tanto en el campo de la salud como también para pensiones, donde los recursos destinados deben mantener la sostenibilidad financiera y el estado es garante de ello.

### **La seguridad social como un derecho**

El artículo 48 de la ley 100 del 93 indica: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. De acuerdo con el texto constitucional, la seguridad social está consagrada como un derecho de rango constitucional y, por lo tanto, es de estricto cumplimiento y se puede exigir en todos aquellos aspectos que conforman el sistema de seguridad social en Colombia (Constitución Política de Colombia 1991).

Arenas Monsalve hace un análisis del texto constitucional y señala los elementos del modelo constitucional de la seguridad social así: es un derecho general, exigible, irrenunciable y de rango constitucional (Arenas, 2011, pág. 127).

***La seguridad social como un derecho general.*** Arenas Monsalve autor señala que este es un derecho reconocido a todos los habitantes del territorio nacional que no está supeditado a la condición de trabajador asalariado, al hacer referencia a que es un derecho de carácter general. Así mismo, la Corte Constitucional ha manifestado en sus sentencias que la seguridad social es un derecho inherente al ser humano.

Mediante Sentencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto al pago oportuno de la pensión, protegiendo los derechos de persona de la tercera edad:

El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental. Y como alternativa de la lucha de la persona por su subsistencia surge el derecho inviolable e irrenunciable a la seguridad social como la garantía constitucional para que la persona amenazada por alguna enfermedad, accidentada, desprotegida, desempleada o abandonada, tenga acceso a ese derecho y pueda cumplir dentro de los parámetros de la legalidad sus cometidos como ser social. El derecho pensional es una especie dentro de la generalidad del Derecho Fundamental a la seguridad social y por ello goza de las prerrogativas de protección y amparo consagradas en el artículo 86 de la Constitución nacional (Sentencia No. T-471, 1.992).

El derecho fundamental en materia de pensiones goza de protección y es amparado por las acciones constitucionales; en pensiones es un derecho esencial en cuanto al reconocimiento y pago de éstas; se pretende que la persona se encuentre protegida contra los riesgos sociales que se le presenten y que, de alguna manera, le puedan afectar su dignidad humana.

### **La seguridad social como un derecho exigible**

Cuando se establece en la Constitución Nacional la seguridad social como un derecho, se le da la posibilidad al titular del derecho a exigirlo a los sujetos obligados a ello, para lo cual se cuenta con los mecanismos constitucionales y legales que permiten hacer efectivo este importante derecho.

### **La seguridad social como un derecho irrenunciable**

Según lo preceptuado en la Constitución Nacional,

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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. (Constitución Política de Colombia 1991)

Al darle la Constitución Nacional el carácter de obligatorio a la seguridad social, hace que esta adquiera un carácter de irrenunciable, cobijándola en el artículo antes transcrito a todos los habitantes y al dársele el carácter de irrenunciable, taxativamente indica que ninguna persona en Colombia puede renunciar a la seguridad social, ni llegar a ningún tipo de acuerdo con las personas obligadas a proporcionarla. La seguridad social es inne-

gociable, intransable, inconciliable, de tal suerte que cualquier acuerdo o negociación al respecto carece de validez.

### **La Corte Constitucional y el derecho a la seguridad social como derecho fundamental irrenunciable**

La Corte Constitucional ha establecido que

las garantías relacionadas con el trabajo humano son irrenunciables, y las garantías que rodean los riesgos que cubre el sistema de seguridad social no son la excepción. En este sentido, si se ha establecido que los empleadores deben cumplir con la obligación irrenunciable de afiliarse a sus trabajadores, también existe la obligación de los fondos de pensiones, de facilitar la afiliación de todas las personas, porque de lo contrario estarían afectando derechos que no son disponibles (Sentencia T, 2014)

Reiteradamente, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha manifestado que los trabajadores tienen una serie de garantías y prerrogativas y que estas son irrenunciables, generándose obligaciones tanto para los trabajadores, como para los empleadores, quienes tienen la obligación de afiliarse y de hacer los aportes, respectivamente.

### **La seguridad social como un derecho de rango constitucional**

Según la ley 100 de 1993, “El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social” (ley 100 de 1993, art. 3) de igual manera la Carta Política lo ha establecido.

Constitucionalmente el Estado es garante de este derecho, de forma que es reconocido en la carta Magna al otorgársele la facultad de dirigir, controlar y supervisar el sistema en general, y el cual hace a través de sus entes de control tales como el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia Financiera, entre otros.

### **La seguridad social como un servicio público esencial**

Según lo preceptuado por el Artículo 48 de la ley 100 de 1993. “La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente Ley”. (Constitución Nacional, 1991)

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones, es esencial sólo en el reconocimiento y pago de las pensiones.

### La seguridad social un derecho fundamental

A partir de la Constitución Política de Colombia de 1993, la seguridad social se consideró un derecho fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales, debido a la estrecha relación con otros derechos que resultan ser de estricto cumplimiento y atención, ya que, de no ser así, se pondrían en riesgo el derecho fundamental a la vida, y a la dignidad humana. Esto se puede corroborar en la sentencia T 290 de 1994 de la Corte Constitucional:

La seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto. Uno de los avances más notables de la Carta Política, es el que establece la primacía de la realidad, en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales sean meros enunciados abstractos. Por el contrario, el espíritu de la Constitución se inspira en la **efectividad** de los derechos fundamentales, pues ellos fundamentan la legitimidad del orden jurídico, por ser esenciales a la dignidad de la persona, fin del orden jurídico universal. Los derechos a la vida y a la salud están en íntima conexión con la efectividad de la seguridad social, ya que todo ser humano tiene derecho a una existencia digna (Corte Constitucional T 290 de 1994).

Es absolutamente explícita la Honorable Corte Constitucional cuando menciona los supuestos requeridos para que se considere la seguridad social como un derecho fundamental.

En este mismo sentido, se pronuncia la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-164/13:

La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta

Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales.

Queda claro que, al considerarse la seguridad social como un derecho fundamental, lo que se busca es la protección de los derechos de las personas amenazadas por razón de riesgos tales como el desempleo, la enfermedad, la accidentalidad y la vejez. Derechos estos que solo pueden hacerse cumplir a través de tutela cuando esté en riesgo la vida digna de las personas afectadas y no exista otro mecanismo para hacer efectivos los derechos vulnerados.

### **Evolución legal del derecho a la pensión en Colombia**

Los antecedentes del sistema pensional en el país se remontan al año de 1810. Después de la independencia, en Colombia se hicieron reconocimientos a los que habían participado en las batallas de la época; los reconocimientos realizados se hicieron con el fin de premiar a aquellos participantes de las batallas de la época, mas no como una prestación.

Según Rodríguez, en Colombia, en épocas de la república, tomó como modelo instituciones del gobierno español, implementándose en el país el Montepío Militar:

Esta institución consistió en un fondo que se financiaba con los descuentos efectuados a los sueldos y pensiones de los generales, jefes y oficiales del Ejército y la Marina y su función era otorgar pensiones y prestaciones económicas a las viudas de los fallecidos en servicio. (Rodríguez. 2011, pág., 43).

El montepío militar fue una institución que después de implementada se mantuvo en el país hasta 1913, fecha en la que desapareció.

En Colombia se crearon normas que, de manera aislada, brindaban cubrimiento a ciertas contingencias a que se veía sometida la población, por ejemplo a finales del siglo XIX, en materia pensional, se comenzaron a dar las primeras normas. Siguiendo el recorrido normativo, de acuerdo con lo consultado en las publicaciones de los tratadistas, Santiago Consuegra (2008) y Rodríguez Meza (2011), se puede indicar:

- Ley 14 de 1882: creó la pensión de jubilación para trabajadores del sector público.
- Ley 50 de 1886: protección para los empleados civiles del Estado y para los que trabajaban en los centros de instrucción pública. Debían tener como requisito 20 años de servicio. Esta consistió en una pensión de jubilación pagada directamente de los recursos del Estado.
- Ley 39 de 1903: otorgó pensión para los maestros, profesores e inspectores de instrucción pública.
- Ley 29 de 1905: estableció la cuantía de las pensiones oficiales, edad de 60 años y 30 años de servicio, siendo requisitos no tener medios de subsistencia, observar buena conducta y no tener deudas con el tesoro nacional.
- Ley 57 de 1915: estableció protección para los trabajadores que sufrían accidentes de trabajo, y este riesgo debía ser cubierto por los patronos. Se puede afirmar que con esta ley se dio inicio a la Seguridad Social en Colombia.
- Ley 37 de 1921: implementó el seguro de vida colectivo obligatorio para empresas que tuvieran carácter de permanente.
- Ley 37 de 1925: se creó el fondo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, estableció además las cotizaciones del personal activo y los aportes del estado para ese fondo.

- Ley 116 de 1926 : Requisitos para la pensión de jubilación de los maestros.
- Ley 114 de 1934: requisitos para la pensión de los maestros.
- Ley 10 de 1934: se implementó el auxilio de cesantía para los empleados particulares.
- El decreto 2350 de 1944: en su artículo 8° dispuso: “Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán también al patrono además de las que le impongan leyes especiales o convenciones de trabajo las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros...”: las indemnizaciones por accidentes de trabajo, en proporción al daño sufrido; se definió lo que es accidente de trabajo; se establecieron las indemnizaciones por enfermedades profesionales y se definió la enfermedad profesional, también se creó el auxilio por enfermedad no profesional; (Rodríguez, 2011, pág., 46). Con este decreto, se impusieron obligaciones para el empleador frente a sus trabajadores por los perjuicios ocasionados por la ocurrencia de accidentes y enfermedades de tipo laboral, dando lugar a las indemnizaciones por estos motivos; así mismo se implementó un auxilio por enfermedad común.
- Ley 6ª de 1945: reorganizó todo el Sistema Prestacional existente y comprometió a los patronos a pagar indemnizaciones por accidentes de trabajo, las empresas con capital superior a un millón de pesos debían pagar pensiones de jubilación, se ordenó la creación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social. Además, dispuso el pago de la pensión de jubilación para quienes cumplieran 50 años de edad y 20 de servicio al Estado. Éstos podían ser continuos o discontinuos y determinó que el monto de la pensión correspondía a las 2/3 partes del promedio de lo devengado en el último año de servicio.
- Ley 90 de 1946: creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), entidad que solo entró en funcionamiento en 1949 y dispuso la afiliación obligatoria de todos los trabajadores particulares del país.

Para el cubrimiento de los riesgos de enfermedad común y maternidad (ECM), y para la invalidez vejez y muerte (IVM) y los riesgos profesionales (ATEP), accidentes de trabajo y enfermedad profesional, solamente entró en vigencia a partir del año 1967, conforme al decreto 3041 de 1966. Se debe recordar que en la Costa Atlántica el cubrimiento de dichos riesgos se hizo efectivo a partir del mes de diciembre de 1968.

- Decreto 1600 de 1945: dio origen a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), para cubrir los riesgos de los servidores del Estado.
- Ley 4ª de 1966: reformó lo establecido por la ley sexta de 1945 y señaló que el monto de la pensión de jubilación debía corresponder al 75% del promedio de los ingresos del último año de servicio.
- Decreto ley 3135 de 1968: cambió la edad de jubilación para los servidores del Estado y señaló diferencias, entre las edades de éstas para hombres (55 años) y mujeres (50 años)
- Ley 33 de 1985: nuevamente se modifica la edad pensional para los servidores del estado, unificándola en una edad de 55 años para ambos sexos.

Es importante mencionar que el Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 259 y 260 (derogado por la ley 100 de 1993, art 289), establecía la obligación para los patronos particulares del pago de las prestaciones sociales especiales: pensión de jubilación, auxilio de invalidez y seguro de vida, fijó la edad de jubilación en 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, con 20 años de servicios (continuos o discontinuos) y con un monto del 75% del promedio del salario devengado en el último año laborado.

- Acuerdo 049 de 1990, aprobado por decreto 758 de 1990: Modificó el reglamento del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, reformó los requisitos de edad y semanas cotizadas: para hombres 60 años de edad y mujeres 55 años, cumpliendo con un mínimo de 500 semanas cotizadas, contadas dentro de los últimos veinte años. Además, definió criterios específicos para determinar el monto de la pensión que lo podían llevar esta hasta el 90% del IBL con 1250 semanas cotizadas.
- Ley 100 de 1993. Su vigencia empieza a partir del primero de abril de 1994, es aplicable a todos los habitantes del territorio nacional; y establece un Único Sistema General de Pensiones, el cual está conformado por dos regímenes pensionales: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS. Los aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública, fijó la edad de pensión en 55 años para las mujeres y 60 para los hombres; y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por los fondos privados de pensiones. Los aportes consti-

tuyen una cuenta individual propia de cada uno de los afiliados; estos dos regímenes coexisten, pero son excluyentes. Cada uno de ellos tiene sus propias características y criterios para definir los requisitos y los montos pensionales; en ambos regímenes, cuando no se cumplen los requisitos exigidos, hay lugar a la indemnización sustitutiva de pensión o devolución de saldos.

Puede observarse que estas normas se han ido modificando paulatinamente en materia pensional en Colombia, con lo que se puede evidenciar varios cambios, entre los cuales se obligó al patrono a responder por los daños sufridos por el trabajador por el acaecimiento de accidentes de trabajo, se ordenan pensiones de jubilación para empleados del estado, se dio la creación de entidades para el cubrimiento de los riesgos como las cajas de previsión social, las cuales protegían a los trabajadores del sector público y en 1946 se creó el Instituto Colombiano de Seguro Social para los trabajadores particulares. Se cambia la edad de jubilación para el sector público, se tocó lo referente al IBL (ingreso base de liquidación). Ya con la ley 100 del 93 se crea el sistema de seguridad social en atención a preceptos constitucionales, normas aplicables a todos los habitantes del territorio nacional. Esta norma señala regímenes, requisitos, principios, objetivos, condiciones, características, entre otros, lo cual hace que hoy en Colombia podamos contar con el cubrimiento de los riesgos IVM (invalidez, vejez y muerte), mediante el otorgamiento de pensiones, pago de indemnizaciones e incapacidades, en la eventualidad de la ocurrencia de alguno de los riesgos antes mencionados.

### **Evolución legal de la pensión de sobreviviente**

Para tratar lo referente a los antecedentes normativos de la pensión de sobreviviente, tomamos como punto de partida la ley 29 de 1912 la cual otorgaba pensión a las viudas de aquellos que se habían desempeñado como presidentes de la república, y, así mismo a las hijas solteras de estos que habían quedado el desamparo.

Para las viudas se los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y para los de los tribunales superiores que demostraran 20 años de servicio en la rama judicial la ley 102 de 197 otorga la pensión de sobreviviente.

En 1946, con la ley 90, se otorga la pensión vitalicia para las viudas, fueran estas inválidas o no, y también para el viudo inválido. Esta norma concedió que, en el evento en que existiera una concubina y no estuviese presente la viuda legalmente reconocida y se demos-

trara que durante los tres últimos años estuvo haciendo vida marital con el causante, adquiriría el derecho a que se le otorgara la pensión.

- La ley 64 de 1947, consagró que al fallecer la persona que había trabajado como maestro e instructor de centros de enseñanza oficial primaria, la esposa de este tendría derecho a la pensión de sobreviviente siempre y cuando permaneciera en el estado de viudez. De la misma manera, tenían derecho a este beneficio los hijos menores, las hijas solteras o viudas. A los padres y las hermanas solteronas que no tuvieran recursos para su subsistencia, se les otorgaba la pensión de la cual disfrutaba el pensionado que fallecía por un tiempo de dos años.
- El 29 de diciembre de 1961, mediante la ley 171, se creó el derecho a la pensión de sobreviviente al cónyuge y a sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar, o por motivos de estudios o invalidez, que demostraran la dependencia económica del fallecido tendrían derecho a recibir la pensión de jubilación por un término de dos años. Si faltaba el cónyuge o los hijos con derecho, entonces el beneficio se extendía a los padres y hermanos inválidos o hermanas solteronas, siempre y cuando demostraran la dependencia económica.
- Con el decreto 3041 de 1977, que aprueba el seguro obligatorio, en el artículo 21 hace referencia a la pensión de sobreviviente.
- Con el decreto 3135 de 1968 se concede sustitución pensional de los empleados públicos o trabajadores oficiales fallecidos por espacio de dos años para sus beneficiarios. Este decreto fue reglamentado por el decreto 1848 de 1969 y hace referencia al cónyuge del pensionado sin hacer distinción de si es hombre o mujer.
- La ley 5 de 1969 ratifica los dos años de pensión, mientras que el decreto 434 de 1971 lo que consagraba el decreto referenciado anteriormente respecto al término de los dos años, lo amplió a cinco años. Al respecto, la ley 10 de 1972 estableció que para los que llevaban dos años de sustitución se prorrogarían hasta completar cinco.

Para el docente que fallecía sin haber cumplido la edad exigida para tener derecho a la pensión, y siempre y cuando hubiere trabajado en planteles oficiales por espacio de dieciocho años continuos o discontinuos, mediante el decreto- ley 224 de 1972 se le otorgaba una sustitución pensional por un tiempo de cinco años a sus beneficiarios.

- Ley 33 de 1973 y decreto reglamentario 690 de 1974. Pensión de sobreviviente de manera vitalicia por fallecimiento de un trabajador particular, pensionado o cuando este hubiere cumplido con los requisitos necesarios para pensión, la pensión de jubilación, invalidez y veje, o de un empleado del sector público oficial o semioficial, siempre que la viuda demostrara la convivencia hasta el momento del fallecimiento y la condición de que no hubiera contraído nuevamente nupcias o que no esté haciendo vida marital.
- Ley 12 de 1975; con esta se consagró que cuando el trabajador particular o empleado del sector público fallezca y en ese momento no contaba con la edad para pensión, pero con un tiempo para pensión que en ese momento fuera de 20 años, o que como producto de una convención colectiva se diese una situación especial, tendría derecho su cónyuge o compañera a recibir la pensión de jubilación de quien fallece.
- Ley 41 de 1976. Estipuló beneficios a favor de quien pensionados respecto al reajuste y aumento de la pensión y servicios médicos.
- Ley 44 de 1980 modificada por ley 1204 2008ley 133 de 1985. Estableció traspaso y pago oportuno de la pensión de sustitución. El pensionado podría manifestar expresamente quien sería el beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobreviviente
- Ley 113 de 1985. Extendió el beneficio de la pensión por muerte del pensionado o cuando ya se tenía el derecho, al compañero permanente.
- Ley 71 de 1988. Indica lo siguiente: Se le concederá Pensión en forma vitalicia al cónyuge supérstite o compañera permanente e hijos menores inválidos.

Con este recuento normativo, queda claro que en Colombia se ha ido progresando frente al otorgamiento de beneficios y prestaciones al cubrimiento de los riesgos de la invalidez, de la vejez y de la muerte, mediante el surgimiento de normas protectoras que permiten una mejor calidad de vida a la población.

### **La pensión de sobreviviente**

Acerca de esta temática, Dueñas Ruiz (2003) señala lo siguiente:

- Cuando fallece un pensionado o afiliado, la ley protegerá las personas del grupo familiar que de él dependían y que expresamente reseñe la norma, siempre que se

lleen determinadas condiciones. A esta figura se le denomina pensión de sobreviviente o sustitución pensional y tienen especialmente (no únicamente) una doble proyección: pensión de viudedad y pensión de orfandad (pág. 61).

Para el autor es evidente el sentido que tiene, conceder la pensión de sobreviviente, para la protección y amparo de las personas que, de una u otra forma, dependían del causante, según el orden de beneficiarios establecidos por nuestra legislación: lo que se busca es que los que dependían económicamente del causante no caigan en la desprotección y se puedan hacer más llevaderas las cargas económicas que se generan cuando ocurre esta calamidad.

El derecho a la pensión de sobreviviente se causa por dos motivos, que son la muerte del pensionado que ha obtenido una pensión como resultado del cubrimiento de un riesgo, llámese vejez o invalidez, y por el fallecimiento del cotizante.

Según Juan Martínez Cifuentes,

La pensión de sobreviviente también se ha definido como uno de los mecanismos instituidos por el legislador para garantizarle a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones a sus beneficiarios (Martínez, 2009, pág. 25).

El objetivo de la pensión de sobreviviente es la garantía de las contingencias derivadas de la muerte, mediante el reconocimiento de la pensión a los beneficiarios del fallecido, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el sistema.

Por otra parte, Colombia ha sido un país que en materia de derechos relacionados a las parejas del mismo sexo no ha dado cumplimiento a esas garantías y derechos de estas personas que comparten una orientación sexual diferente. Han sido muchos los debates que se han presentado al respecto, pero los derechos constitucionales se han seguido vulnerando.

La Constitución Nacional, garante de derechos desde el preámbulo, consagra derechos y garantías para todos los habitantes del territorio nacional sin hacer distinción alguna, y en materia de seguridad social el artículo 48 de la Carta Política consagra:

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. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

Ha sido menester de que los jueces a través de sus fallos hayan concedido garantías a las personas que no han sido tenidas en cuenta para reconocimientos de sus derechos.

En la legislación colombiana se ha establecido la pensión de sobreviviente para los beneficiarios con derecho, los cuales han sido estipulados por las normas a fin de que puedan soportar las contingencias que se le pudieran presentar, sin distingo alguno de la orientación sexual.

### **Finalidad de la pensión de sobreviviente**

La pensión de sobreviviente busca que,

ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento [...] la sustitución Pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse pueda significar, o no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (Martínez, 2009, pág. 26).

El tratadista señala de manera precisa que cuando el legislador consagró la pensión de sobreviviente lo hizo pensando en que la persona que tenía algún tipo de dependencia con el causante, al momento de su deceso, no podía quedar en total desamparo y que al menos debería conservar su estado respecto a la seguridad social y que, económicamente también, debería poder seguir disfrutando del dinero que obtenía antes del fallecimiento del causante. Además, que con el reconocimiento de este derecho los beneficiarios no quedan en el desamparo total.

En su obra, continúa el doctrinante explicando la finalidad de la pensión de sobreviviente, esta

Busca precisamente impedir que quienes hayan convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestando apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que suponen su desaparición [...] Tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiario del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección (Martínez, 2009, pág., 26).

Lo anterior indica que la convivencia juega un papel muy importante al momento de otorgar la pensión de sobreviviente, siendo esta un requisito primordial para que se pueda conceder la mencionada pensión. Esta convivencia debió haberse dado en forma responsable y que al momento de la muerte se apoye a la persona que fallece. Todo esto tiene la finalidad de que la persona sobreviviente pueda soportar las cargas que le tocarán asumir por la partida de su ser querido.

### **Fuentes de la pensión de sobreviviente**

La pensión de sobreviviente proviene: de una pensión de jubilación o de vejez, de una pensión de invalidez o en el caso de fallecimiento de un afiliado al Sistema de Seguridad Social (pensiones).

Antes de la vigencia de la ley 100 de 93, en Colombia se habló de pensión de jubilación, término que fue usado en los casos de las pensiones de los servidores públicos y el término de pensión de vejez única y exclusivamente para el sector privado. La pensión de jubilación como se le denominó era cubierta por las cajas de previsión social y la de vejez por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Mientras, la ley 100 de 1993 establece un Sistema General de Pensiones, lo que permite hoy en día hablar de pensión de vejez para ambos sectores. Al respecto señala Martínez Cifuentes:

La pensión de jubilación o de vejez es el derecho de una persona a percibir en forma vitalicia cierta suma de dinero mensual equivalente a un porcentaje establecido en la ley (100 de 1993, art.34 y ley 797 de 2003, art.11) determinado de acuerdo con el tiempo de servicio o de la densidad de cotizaciones efectuadas durante su último año de servicio (para los regímenes especiales) o el promedio

de lo devengado durante el tiempo transcurrido entre la vigencia de la ley 100 de 1993 y el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho a la pensión o el promedio de lo devengado durante todo el tiempo actualizado anualmente con base en la variación del Índice de precio al consumidor, según certificación expedida por el DANE (para el régimen general, según lo previsto en el art.36 de la ley 100 de 1993). El reconocimiento de este derecho depende de la edad y el tiempo de servicio o cotizaciones establecidas para cada caso (Juan Martínez Cifuentes pág. 28,29).

En Colombia, para pensionarse cualquiera que sea el término que se utilice, ya sea pensión de jubilación o de vejez, es la garantía que tienen las personas de recibir mes a mes una suma de dinero de manera vitalicia, teniendo en cuenta los requisitos establecidos: edad, tiempo y capital necesario, según sea el caso.

Teniendo en cuenta que la vejez es un riesgo y que como tal debe ser cubierto como una retribución a la persona que por largos años o durante toda su vida laboral puso su fuerza de trabajo al servicio de otras personas, el sistema le garantiza el poder recibir unos ingresos para cubrir sus necesidades así como también las de su núcleo familiar, cuando ya sus fuerzas decaigan por efectos de la edad y deba salir del mercado laboral. Se busca con esto que tenga un medio para hacer más agradable esta etapa de la vida. En este sentido, conviene citar lo que dijo el alemán Otto von Bismarck: “del trabajador no es que el presente no sea importante sino que lo es aún más el futuro ya que en el presente lo salva su esfuerzo mientras que el futuro es lo imprevisto y desconocido y por ello debe asegurarse”.

La pensión de jubilación o de vejez es una devolución de aquellos aportes realizados por los trabajadores durante toda su vida laboral dependiendo de los tiempos y los montos sobre los cuales hizo sus aportes y de la entidad que escogió para realizar estos.

La pensión de invalidez se ocasiona cuando el hecho o la causa tuvieron su origen en el ámbito laboral o su naturaleza es de origen común.

### **Requisitos de la pensión de sobreviviente**

La ley 100 de 1993, en su artículo 46, el cual fue modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003, establece los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
  - a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y
  - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Teniendo en cuenta que en Colombia el sistema pensional está compuesto por dos regímenes que son el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, los requisitos para obtener la pensión de sobreviviente son aplicables a ambos.

### **Beneficiarios de la pensión de sobreviviente**

La ley 100 de 1993, establece en el artículo 47 quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003).
- b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este

caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a) (Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente serán la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido).

c) Los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 (Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003).

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de for-

ma total y absoluta de este (Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006).

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

Se hace la transcripción textual del artículo 47 de la ley 100 del 93 por cuanto en él se establece de manera expresa quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente en Colombia, beneficio que se hace extensivo a las parejas igualitarias a través de la sentencia C-521 de 2007, en las mismas condiciones de las parejas heterosexuales.

Lo anterior aplica tanto para el régimen de prima media como para el régimen de ahorro individual, con la diferencia que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en caso de inexistencia de beneficiarios, las sumas acumuladas en su cuenta de ahorro individual dispuestas para pensión harán parte de los bienes de la sucesión y se repartirán entre los herederos del causante.

En caso de inexistencia de herederos hasta el quinto orden hereditario, estos dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro pensional serán enviados al fondo de solidaridad pensional.

## Conclusiones

En síntesis y ante todas las evidencias revisadas, se constata que en Colombia aún es necesaria y urgente una legislación más incluyente frente a la comunidad LGBTI, que cada día lucha más para que se le reconozcan sus derechos.

El objetivo de la pensión de sobreviviente es la garantía de las contingencias derivadas de la muerte mediante el reconocimiento a los beneficiarios del fallecido de la pensión que, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos por el sistema, le dan esta garantía.

Colombia ha sido un país que en materia de derechos relacionados con las parejas del mismo sexo no ha dado cumplimiento a esas garantías y derechos de las personas que comparten una orientación sexual diferente, han existido muchos los debates al respecto pero los derechos constitucionales se han seguido vulnerando con lo que respecta a este grupo.

La Constitución Nacional, garantizadora de derechos desde el preámbulo, consagra derechos y garantías para todos los habitantes del territorio nacional sin hacer distinción alguna, y en materia de seguridad social el artículo 48 de la Constitución nacional consagra:

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. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

## Referencias

- Arenas, Monsalve G. (2007). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Editorial Legis.
- Cañón, L. y Puyana, A. (2002). *La seguridad social*. Bogotá: Unibiblos Universidad Nacional de Colombia.
- Colombia Diversa (2005). *Voces excluidas: Legislación y derechos de lesbianas, gays bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Disponible en: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2004.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2016.
- Dueñas Ruiz, O. (2003). *Las pensiones: teoría, normas y jurisprudencia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional
- Martínez Cifuentes, J (2009). *La pensión de sobreviviente*. Bogotá: Editorial Temis.
- Jurisprudencias de las Altas Cortes. Editorial Librería jurídica Sánchez R. Ltda.
- República de Colombia. Constitución Nacional de Colombia de 1991.
- República de Colombia Ley 100 de 1993.
- República de Colombia Ley 797 de 2003.
- República de Colombia Ley 860 de 2003.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 357 DE 2013.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 891 DE 2011.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 521/2007.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-594 DE 1993.
- Rodríguez Mesa, R (1995), Regímenes del Sistema General de Pensiones. 1995.
- Rodríguez Mesa, R (2011) Estudios sobre Seguridad Social. Ediciones Universidad del Norte. Barranquilla. Colombia.
- Santiago Consuegra, S. (2008) *Seguridad social en Colombia: Sistema pensional, apuntes didácticos*. Colombia: Universidad Libre.





## CAPÍTULO III

# EL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

La pensión de sobreviviente es el derecho que tienen los beneficiarios de un trabajador vinculado al sistema pensional colombiano, así como también los familiares del pensionado que tengan la calidad de beneficiarios. Según lo establecido en la legislación colombiana, este beneficio se otorga para cubrir el riesgo de la muerte cuando fallece el afiliado o pensionado y hacer más soportable el desamparo en el cual quedan los favorecidos que han sufrido la pérdida.

Señala el doctor Juan Martínez Cifuentes, en su obra *La pensión de sobreviviente*, lo siguiente: “la Corte Constitucional ha precisado que la pensión de sobreviviente es un verdadero derecho fundamental de carácter cierto, indiscutible e irrenunciable, pues está asociado íntimamente con valores tutelables como el derecho a la vida, la seguridad social, la salud y al trabajo. Por tanto, es un derecho de carácter inalienable, inherente y esencial, dada la indefensión del beneficiario respecto a quien debe reconocerle y pagarle su derecho” (Martínez, 2009, pág. 25).

En Colombia, con la Constitución de 1991, se consagra al Estado como un Estado social de derecho, lo que trajo avances en el reconocimiento a los derechos humanos y fundamentales. A través de la consagración de un catálogo de derechos divididos en “fundamentales”, “económicos, sociales y culturales” y “colectivos”, estableciendo mecanismos de protección como la acción de tutela y las acciones populares. (*Revista Pensamiento Americano*. Volumen 1 No.4).

Vincularse y poder disfrutar de los beneficios que ofrece el sistema, obedece a lineamientos jurídicos que definen la vulneración de los derechos a la dignidad humana y contrarían el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Con esto la legislación colombiana en materia pensional tiene por objeto el cubrimiento de las contingencias derivadas de la vejez,

de la invalidez y de la muerte, para hacerle frente a las situaciones que se presenten con ocasión a los riesgos antes mencionados. Se hace necesario estudiar la pensión de sobreviviente como derecho fundamental referente a las parejas del mismo sexo, por ser hoy en día un tema muy controvertido, a pesar de que la Constitución Nacional así los consagra y además proporciona los mecanismos para hacerlos efectivos, tales como la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 y las jurisprudencias de la Corte Constitucional.

Referente a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo, son pocos los avances legales que se tienen, y ha sido necesario que las Altas Cortes se pronuncien respecto a las personas que tienen una orientación sexual diferente a la de las parejas heterosexuales, las cuales se han visto rechazadas socialmente, aparte de que se le han desconocido sus derechos.

Antiguamente en Colombia los hombres que se atrevían a demostrar una orientación sexual diferente a los estándares religiosos y moralistas, eran penalmente sancionados, ya que el Código Penal de 1936 establecía sanciones a estas conductas homosexuales.

La Constitución actual es muy amplia en cuanto a derechos humanos y derechos fundamentales, pero en cuanto a los derechos de las personas homosexuales no se cuenta en nuestro país con una normatividad que las proteja. Esto mismo ocurre en el Sistema Pensional Colombiano, en donde se les dejó de lado a estas personas en lo referente a la obtención de los derechos de obtener una pensión de sobreviviente, aun cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley 100/1993.

### **Derechos fundamentales vulnerados**

Nuestro Estado Social de Derecho está fundado en el respeto a la dignidad humana, lo cual quiere decir que lo más importante debe ser el individuo como tal, derivan desde una serie de derechos.

Con respecto a los derechos de la comunidad LGTBI, encontramos los siguientes: derecho de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libre orientación sexual, derecho a la familia, derechos económicos y culturales, el derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a la salud y a la seguridad social.

La Constitución Nacional en su artículo 13 consagra el derecho a la igualdad de la manera siguiente:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

### **Principio de dignidad humana**

El Artículo 2 de la Constitución Nacional establece: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En el artículo 16 de la Carta Magna establece:

Libertad sexual: Es una facultad personal de elegir la manera como desarrolla su sexualidad y el Libre desarrollo de la personalidad “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (artículo 16 de la Constitución Nacional).

### **Jurisprudencia nacional frente al derecho a la pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo**

En concordancia con lo expresado por Martínez Cifuentes (2009); sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas homosexuales, en Colombia no se ha tenido un avance normativo significativo, ya que el Congreso ha sido ajeno al desarrollo de una legislación al respecto, viéndose de esta manera vulnerado el derecho a la igualdad consagrado en el Artículo 13 de la Constitución Política colombiana. Así como también lo establecido en el Artículo 48 que indica:

*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de con-*

*formidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella” (Constitución Colombiana 1991).*

Es evidente que como producto de la indiferencia que ha tenido el legislador colombiano respecto al tema, la protección de estos derechos constitucionales, a duras penas, se ha conseguido por el pronunciamiento que han hecho las altas cortes, principalmente la Corte Constitucional.

### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

A continuación se señalan algunas sentencias en las que encontramos posiciones acerca del derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas igualitarias.

#### **Sentencia C 336 de 2008**

Un grupo de ciudadanos presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º parcial de la ley 54 del 90, art. 47, 74, 163, todos Parciales de la ley 100 de 1993; los demandantes argumentan que en la sentencia C075 de 2007 la corte decidió que en materia patrimonial de las uniones maritales de hecho, se extendían a la parejas del mismo sexo y que estos mismos criterios debían ser utilizados en cuanto a la pensión de sobreviviente en las parejas homosexuales. Aseguran los accionantes que estas normas vulneran el artículo 13 de la Constitución Nacional, al no tener en cuenta a las parejas del mismo sexo. En este sentido, argumentan que se atenta contra los principios básicos de la seguridad social consagrados en el artículo 48 de la Constitución nacional, como son la universalidad, solidaridad y eficiencia, al excluir a las parejas del mismo sexo. Todo esto porque la sentencia sólo se refiere a los derechos patrimoniales.

Argumentan que se atenta contra la dignidad humana, y la garantía del mínimo vital, al dejar al miembro sobreviviente en total desprotección.

La Corte Constitucional declara exequibles las expresiones “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera permanente*”; “*compañero o compañera permanente*”; “*una compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*compañero o compañera permanente*”, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “*el cónyuge o la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*un compañero o compa-*

*ñera permanente”; “una compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente” y “compañero o compañera permanente”,* contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Con esta sentencia quedó claro que la expresión “compañero permanente” se debía aplicar a las parejas del mismo sexo, para que de esta manera pudiesen gozar de la pensión de sobreviviente tal y como sucede con las parejas heterosexuales, tratándose de uniones libres.

Mucho más si se tiene en cuenta que el beneficio de la pensión de sobreviviente obedece a que los miembros del grupo familiar del causante no queden en la total desprotección cuando falta la persona que era su sustento. De la misma forma hay uniones compuestas por parejas igualitarias, en las que la persona que falleció era quien las proveía de lo necesario para tener una vida en condiciones dignas, por lo cual también aplica para ellas.

### **Sentencia T- 86o DE 2011**

Se reconoce pensión de sobreviviente a la pareja del mismo sexo de una persona que fallece por padecer de VIH, con la condición de que se demuestre la unión marital de hecho.

Un ciudadano, cuya identidad es reservada por protección a su intimidad, interpuso acción de tutela con el fin de que se le protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, por considerar que estaban siendo vulnerados por la entidad de seguridad social.

En este caso se mantiene en reserva los nombres de los accionantes. La pareja tuvo relación por más de 10 años hasta el fallecimiento de uno de ellos, por lo cual el compañero sobreviviente solicita la pensión de sobreviviente, a la accionada y le fue negada, manifestándose que no reunía los requisitos como beneficiario del causante por lo expuesto en el artículo 42 de la constitución nacional que “reconoce como integrantes del vínculo familiar a la relación voluntaria entre un hombre y una mujer, no reconocido el vínculo marital entre personas del mismo sexo. Con base en esta legislación no hay lugar a reconocer la prestación económica solicitada”.

El sobreviviente alega que sufre de VIH-SIDA desde 1996 y asegura que por ello no le ha sido posible conseguir un empleo ni tiene renta alguna. Afirma que vive en precarias condiciones “de la asistencia social y familiar”.

La Corte Constitucional, con esta sentencia, ampara los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales.

### **Sentencia T- 716 /2011**

Un ciudadano, quien manifiesta haber ostentando la condición de compañero permanente de su compañero fallecido, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en razón que su pareja ostentaba la condición de pensionado al momento del deceso.

Con esta sentencia se reconoce la pensión de sobreviviente, manifestando la corporación que no podía dar tratamiento diferenciador, así como tampoco requisitos adicionales a los solicitados para las parejas heterosexuales.

Con esta sentencia se amparan los derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso.

### **Otros beneficios que se han extendido a las parejas del mismo sexo**

#### **Pensión familiar**

La reciente ley 1580 de 2012, por medio de la cual se implementa la pensión familiar, hizo una adición al Artículo 151 de la ley 100 del 93 en el que se establece que esta debe ser reconocida a aquellos cónyuges o compañeros permanentes que no hayan podido reunir el número de semanas exigidas para la pensión por vejez en el régimen de prima media o para quienes no hayan alcanzado el capital necesario para obtener una pensión de vejez en el régimen de ahorro individual. Estas tienen la posibilidad de sumar sus cotizaciones o semanas y así evitar que de manera individual lleguen a solicitar, se les devuelvan los saldos o se les conceda la indemnización sustitutiva de pensión.

La idea de la pensión familiar es que, en el hogar, por lo menos, se perciba un ingreso equivalente a una pensión mínima tanto a los afiliados al régimen de prima media como al régimen de ahorro individual. Este beneficio se hace extensivo a las parejas del mismo sexo.

## Requisitos para obtener la pensión familiar

En Colombia la ley 1580 de 2012, establece los requisitos para obtener la pensión familiar, tanto en el régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual.

### Pensión familiar en el régimen de ahorro individual

a) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente. Esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno;

NOTA: El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 504 de 2014.

b) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados en la misma Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). En caso de que estén en administradoras diferentes, deberán trasladarse los recursos a la AFP donde se encuentre afiliado el(la) cónyuge o compañero(a) permanente titular. El Gobierno Nacional reglamentará lo pertinente para el traslado de dichos aportes;

c) Los cónyuges o compañeros permanentes, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán sumar el capital necesario para obtener una pensión que les permita cubrir ese grupo familiar. Para el efecto, deberá haberse ya pagado la totalidad del bono pensional y de las cuotas partes de bono pensional a que tienen derecho cada uno de ellos. De manera subsidiaria y en caso de que la acumulación de capitales de los cónyuges o compañeros permanentes no sea suficiente para financiar una pensión, se podrán sumar las semanas de cotización para efectos de cumplir con el requisito de semanas exigidas por la presente ley para acceder a la garantía de pensión mínima. En todo caso, los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima se verán afectados solo y una vez se agoten los recursos de las cuentas individuales de los cónyuges o compañeros permanentes;

d) Para efectos de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, el titular de la pensión familiar deberá estar afiliado y cotizar de acuerdo a lo estipulado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El cónyuge o compañero permanente será beneficiario del Sistema;

e) La Pensión Familiar será una sola pensión, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional;

f) En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la pensión familiar, la prorrata del 50% acrecentará la del supérstite, salvo que existan hijos menores de edad o mayores de edad hasta los 25 años que dependan del causante por razón de sus estudios o hijos inválidos, caso en el cual la pensión del **de cujus** pasa el 50% al cónyuge o compañero supérstite y el restante 50% a los hijos. Agotada la condición de hijo beneficiario, el porcentaje acrecentará a los demás hijos del causante y, ante la inexistencia de hijos beneficiarios, acrecentará el porcentaje del cónyuge o compañero permanente supérstite;

g) El fallecimiento de los cónyuges o compañeros permanentes no cambia la naturaleza ni cobertura de la prestación, y en caso de que no existan hijos beneficiarios con derecho, la pensión familiar se agota y no hay lugar a pensión de sobrevivientes por ende, en caso de quedar saldos se dará la aplicación de inexistencia de beneficiarios contemplada en el artículo 76 de la Ley 100 de 1993;

h) El supérstite deberá informar a la Administradora de Fondos de Pensiones, dentro de los treinta (30) días siguientes, el fallecimiento de su cónyuge o compañero permanente a fin de que se determine que la pensión continúa en su cabeza, sin que sea necesario efectuar sustitución alguna;

i) En caso de cualquier tipo de separación legal o divorcio entre los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la Pensión Familiar, esta figura se extinguirá y el saldo que se disponga en la cuenta hará parte de la sociedad conyugal para efectos de su reparto. En caso de que la Pensión Familiar se estuviese pagando bajo la modalidad de Renta Vitalicia, esta se extinguirá y los excónyuges o excompañeros permanentes tendrán derecho a recibir mensualmente cada uno el 50% del monto de la pensión que percibían. En caso de que la pensión reconocida fuese inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), cada uno tendrá derecho a recibir mensualmente un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían;

j) La pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión de la que gozare uno o ambos de los cónyuges o compañeros permanentes, provenientes del sistema pensional, de los sistemas excluidos o las reconocidas por empleadores, incluyendo las pensio-

nes convencionales. También excluye el acceso a los beneficios Económicos Periódicos BEPS y a cualquier otra clase de ayudas y/o subsidios otorgados por el Estado, que tengan como propósito ofrecer beneficios en dinero para la subsistencia de los adultos mayores que se encuentran en condiciones de pobreza.

Adicionalmente solo se podrá reconocer una sola vez la pensión familiar por cada cónyuge o compañero”.

### **Pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida**

a) Los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados al régimen pensional de prima media con prestación definida y acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente. Esta relación conyugal o convivencia permanente deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno;

NOTA: El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 504 de 2014.

b) Los cónyuges o compañeros permanentes, deberán sumar, entre los dos, como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez requeridas de manera individual;

c) En el evento de que uno de los cónyuges o compañeros permanentes se encuentre cobijado por el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar no se determinará conforme a los criterios fijados en ese mismo artículo;

d) Para efectos de la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud, el titular de la pensión familiar deberá estar afiliado y cotizar de acuerdo a lo estipulado en el artículo 204 de la presente ley. El cónyuge o compañero permanente será beneficiario del Sistema;

e) La Pensión Familiar será una sola pensión, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional;

f) En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o compañeros permanentes beneficiarios de la pensión familiar, la prorrata del 50% acrecentará la del supér-

tite, salvo que existan hijos menores de edad o mayores de edad hasta los 25 años que dependan del causante por razón de sus estudios o hijos inválidos, caso en el cual la pensión del *de cujus* pasa el 50% al cónyuge o compañero supérstite y el restante 50% a los hijos. Agotada la condición de hijo beneficiario, el porcentaje acrecentará a los demás hijos del causante y ante la inexistencia de hijos beneficiarios acrecentará el porcentaje del cónyuge o compañero permanente supérstite;

g) El fallecimiento de los cónyuges o compañeros permanentes no cambia la naturaleza ni cobertura de la prestación, y en caso de que no existan hijos beneficiarios con derecho, la pensión familiar se agota y no hay lugar a pensión de sobrevivientes;

h) El supérstite deberá informar a la Administradora del Sistema, dentro de los treinta (30) días siguientes, el fallecimiento de su cónyuge o compañero permanente a fin de que se determine que la pensión continúa en su cabeza, sin que sea necesario efectuar sustitución alguna;

i) En caso de divorcio, separación legal o de hecho, la pensión familiar se extinguirá y los ex cónyuges o ex compañeros permanentes tendrán derecho a percibir mensualmente un beneficio económico periódico, equivalente al 50% del monto de la pensión que percibían;

j) La pensión familiar es incompatible con cualquier otra pensión de la que gozare uno o ambos de los cónyuges o compañeros permanentes, provenientes del sistema pensional, de los sistemas excluidos o las reconocidas por empleadores, incluyendo las pensiones convencionales. También excluye el acceso a los Beneficios Económicos Periódicos BEPS y a cualquier otra clase de ayudas y/o subsidios otorgados por el Estado, que tengan como propósito ofrecer beneficios en dinero para la subsistencia de los adultos mayores que se encuentran en condiciones de pobreza.

Adicionalmente solo se podrá reconocer una sola vez la pensión familiar por cada cónyuge o compañero;

k) Solo podrán ser beneficiarios de la Pensión Familiar, en el Régimen de Prima Media, aquellas personas que se encuentren clasificadas en el Sisbén en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional;

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-613 y C-913 de 2013.

l) Para acceder a la Pensión Familiar, cada beneficiario deberá haber cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la ley”

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-134 de 2016.

m) En el Régimen de Prima Media el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-613 de 2013.

Parágrafo. Entiéndase para los efectos de esta ley como cónyuge o compañero permanente titular, al cónyuge o compañero permanente que haya cotizado al sistema el mayor número de semanas”.

## **A manera de conclusiones**

En síntesis y ante todas las evidencias revisadas, se constata que en Colombia aún es necesaria y urgente una legislación más incluyente frente a la comunidad LGBTI, que cada día lucha más para que se le reconozcan sus derechos.

El objetivo de la pensión de sobreviviente es la garantía de las contingencias derivadas de la muerte mediante el reconocimiento a los beneficiarios del fallecido de la pensión que, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos por el sistema, le dan esta garantía.

Colombia ha sido un país que en materia de derechos relacionados con las parejas del mismo sexo no ha dado cumplimiento a esas garantías y derechos de las personas que comparten una orientación sexual diferente, han existido muchos los debates al respecto pero los derechos constitucionales se han seguido vulnerando con lo que respecta a este grupo.

La Constitución Nacional, garantizadora de derechos desde el preámbulo, consagra derechos y garantías para todos los habitantes del territorio nacional sin hacer distinción

alguna, y en materia de seguridad social el artículo 48 de la Constitución nacional consagra: “ 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. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”.

No es un secreto que en Colombia el Congreso no ha garantizado los derechos y garantías de las parejas del mismo sexo, pues se ha visto una resistencia en cuanto a la regulación y protección de los derechos de esta comunidad, derechos que por Constitución les corresponde, mostrándose el Congreso de la Republica insensible frente a los derechos y necesidades de esta comunidad.

Es importante tener en cuenta el espacio que han venido ganando las organizaciones defensoras de derechos de los miembros de la población LGBTI- lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas-intersexuales frente a sectores sociales que se oponen, y especialmente con posterioridad a 1980, cuando se despenalizó la homosexualidad del hombre, y de manera particular a partir de 1991, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, en la que se otorgaron nuevos derechos en favor de las personas, principalmente los relacionados con los valores inherentes al ser humano como tal, elevando a la jerarquía de norma constitucional algunos postulados que hasta entonces eran considerados simple retórica, por lo que el Estado debe garantizarlos con la prelación e igualdad de derechos superiores fundamentales, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica, etc.

Se puede observar que la comunidad LGBTI ha ido ganando de manera paulatina algunos derechos desde que se dio la despenalización de la homosexualidad en Colombia. Recordemos que en el Código Penal de 1936 la homosexualidad masculina fue tipificada como un delito, en el Código Penal de 1980 desaparece de su articulado la homosexualidad como delito, y más tarde en la Constitución de 1991 en la que Colombia dejó de ser un Estado de derecho, para convertirse en un Estado social de derecho, como lo podemos observar cuando revisamos el artículo primero que consagra: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

## Referencias

- Martínez Cifuentes, J (2009). *La pensión de sobreviviente*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez Mesa, R (2011). *Estudios sobre Seguridad Social*. Barranquilla. Colombia. Ediciones Universidad del Norte.
- República de Colombia. Constitución Nacional de Colombia de 1991.
- República de Colombia Ley 100 de 1993.
- República de Colombia Ley 797 de 2003.
- República de Colombia Ley 860 de 2003.
- República de Colombia ley 1580 de 2012.
- República de Colombia, Corte Constitucional, C-336 de 2008, Expediente D-6947.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 860 de 2011.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 716/2011.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 521/2007.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C. 504 de 2014.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C. 613 de 2013
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T. 913 del 2013.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C. 134 de 2016.
- Revista *Pensamiento Americano*, Vol. 1 No. 4 Barranquilla.

