



Sentencia 1035 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-1035/08

Referencia: expediente D-7238

(Ver Sentencia [2014-00028](#) de 2020 Consejo de Estado)

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Actora: Linda María Cabrera Cifuentes

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá DC., veintidós (22) de octubre de dos mil ocho (2008).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Linda María Cabrera Cifuentes demandó el literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

1. La norma demandada

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, tal como aparece en el Diario Oficial Número 45.079, subrayándose los apartados acusados:

"LEY 797 DE 2003

(enero 29)

Diario Oficial No. 45.079 de 29 de enero de 2003

Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a). En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente 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;

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).

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 será 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;

c). <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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 cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d). <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

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."

2. LA DEMANDA

La ciudadana demandante considera que los apartes normativos subrayados vulneran la Constitución Política. Para justificar su posición, estructuró la demanda en cuatro cargos específicos:

2.1. El primer cargo está dirigido a demostrar que el primer enunciado subrayado vulnera el derecho a la igualdad protegido por el artículo 13 de la Carta Política. A juicio de la accionante, tal como quedó diseñada la norma "*le dio mayor protección a la/el esposo (sic) frente a la/el compañero (sic) permanente supérstite*" sin que exista una justificación legal o constitucional para asignar dicho tratamiento preferencial. En esa dirección, dentro de la argumentación dada para motivar este cargo expone las siguientes razones:

2.1.1. Manifiesta que "[t]eniendo en cuenta que la Constitución confiere igual protección a las uniones de hecho y las conyugales, a pesar de las diferencias de su constitución, en tanto son formas legítimas de conformar una familia, no existe fundamento constitucional que permita favorecer a la/el esposa/a (sic) frente a/el compañero/a permanente (...)".

2.1.2. Indica que "[l]a norma está equiparando la convivencia en unión libre con una relación fortuita y casual, con lo cual el legislador desfigura el alcance y contenido de las uniones libres". La demandante considera entonces que con ese tratamiento se afecta la protección constitucional y legal dada a las uniones maritales de hecho.

2.1.3. También señala que la discriminación establecida por la norma resulta "*innecesaria, porque el juez o magistrado de conocimiento de los procesos de sustitución pensional y/o pensión de sobreviviente, cuentan con una amplia etapa probatoria en la cual son válidos todos los medios de prueba, para que quien a bien lo tenga, acredite fehacientemente su mejor derecho frente a la contraparte*".

2.1.4. Adicionalmente, luego de hacer un amplio recorrido por los parámetros definidos por la jurisprudencia constitucional, la accionante sostiene que al legislador no le está dado expedir normas que definan un trato diferenciado en relación a los derechos y deberes de quienes poseen la condición de cónyuge o de compañero permanente. Al respecto indica que "*la Constitución Política garantiza la igualdad de protección a las uniones derivadas del matrimonio y de la unión libre, y concretamente, en materia pensional, asegura la igualdad de reconocimiento para ambas situaciones (...)*".

2.1.5. Concluye que la violación al derecho a la igualdad está dada por la concurrencia de tres situaciones en la norma demandada: (i) la existencia de un criterio sospechoso de discriminación fundado en la existencia de una condición de origen familiar; (ii) que la existencia de este criterio "*afecta un grupo de protección constitucional especial como lo son las mujeres (sic)*"; y (iii) porque el diseño de la norma establece un "*privilegio injusto*" para un sector determinado de la sociedad.

2.2. El segundo cargo expuesto por la accionante hace referencia a la violación del derecho a la familia, cuyo contenido se desprende del artículo 42 de la Constitución Política que establece que la familia se constituye "*por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad libre de conformarla*".

2.2.1. Según la actora, siguiendo los lineamientos de la disposición constitucional citada, si la Constitución Política ofrece la posibilidad de establecer vínculos familiares a partir de uniones maritales de hecho, resulta contrario a la Carta que una norma de orden legal desconozca el ámbito de protección dado a estas uniones, prefiriendo a aquellas conformadas a partir del vínculo matrimonial.

2.2.2. En el mismo sentido, indica que la norma cuestionada no cumple con la obligación constitucional definida en el artículo 42 de la Carta según la cual "*el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia*". De acuerdo con el tenor literal de la norma, en caso de coexistencia de una unión marital y un vínculo matrimonial, concentrar la protección dada -en este caso específico, con la asignación de la pensión de sobreviviente- únicamente en cabeza del supérstite con quien se hubiera estructurado un vínculo matrimonial, implica

necesariamente un desconocimiento de la protección constitucional a la familia que también merece aquel vínculo establecido en el marco de una unión marital de hecho.

2.3. El tercer cargo alegado por la accionante tiene que ver con la violación al derecho a la seguridad social que deviene de la aplicación norma demandada.

2.3.1. La actora argumenta que la norma acusada, de entrada, le niega la posibilidad a los compañeros y compañeras permanentes supérstites de alegar su derecho a la pensión de sobrevivientes haciendo uso de los medios probatorios existentes, cuando existía simultáneamente un vínculo matrimonial entre la persona fallecida y otra persona. Según la demandante, la inconstitucionalidad se desprende de que la norma demandada *"impide que todos los habitantes, particularmente, aquellas personas en unión libre que estén reclamando la prestación social a la pensión de sobreviviente, accedan a la seguridad social por cuanto el legislador consideró que su título era menos digno que el del o la cónyuge"*.

2.3.2. Como consecuencia de lo anterior, relata la actora, *"mientras una categoría de habitantes pueden reclamar para sí el derecho social a la seguridad social mediante la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, otras personas, que son las unidas con un vínculo de hecho, no pueden hacerlo, porque la ley demandada les niega el reconocimiento"*. Por este motivo, se transgreden los principios constitucionales que orientan el sistema de seguridad social, particularmente, la pretensión de universalidad.

2.3.3. Finalmente, en relación a este cargo, argumenta que *"las figuras de pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional constituyen un medio de protección para que los beneficiarios en vida del causante, mantengan sus condiciones socioeconómicas, en ausencia de él"* siempre que acrediten tener el derecho. *"Sin embargo, esa acreditación es imposible si previamente la ley descalifica una de las formas de constitución de la familia e imposibilita que los beneficiarios reivindiquen sus derechos"* como ocurre con la norma demandada. De ahí que sea necesaria su declaratoria de inconstitucionalidad.

2.4. El último cargo alegado por la demandante indica una violación del derecho a la protección especial de la mujer. Según los planteamientos desarrollados por la accionante la norma acusada trae implícita una *"discriminación de carácter indirecto"* en contra de las mujeres que viven en condición de compañeras permanentes.

2.4.1. La actora señala que *"a pesar de que la norma acusada aparentemente es neutra, es decir, se aplica a hombres y mujeres, las perjudicadas en mayor proporción son las mujeres con estado civil de compañeras permanentes pues las cifras de personas pensionadas y trabajadoras, indican que el mayor porcentaje de cobertura en estos campos es para los hombres y por tanto las mujeres tienen menor acceso al sistema general de pensiones y si a ello agregamos una discriminación contra las mujeres con unión libre, sus posibilidades de acceso se restringen aún más."*

2.4.2. Para justificar esta posición, relaciona una serie de cifras que indican que los mayores beneficiarios del acceso a prestaciones asistenciales como la pensión de vejez son, en su mayoría, hombres y las principales reclamantes de la pensión de sobrevivientes son las mujeres. Con base en ello sostiene que una norma que restringe el alcance de la protección dada por este tipo de prestaciones termina perjudicando, necesariamente, en su mayoría a las mujeres, dado que son las potenciales beneficiarias de la norma.

2.4.3. Agrega que existe una obligación del Estado de *"proteger el ingreso de la mujer a un sistema en el cual no tiene suficiente participación, pero si a ello se opone una disposición que discrimina el acceso a la mujer con unión libre a la pensión de sobreviviente el Estado no puede cumplir con su obligación y de allí la importancia de eliminar una norma como la acusada por obstaculizar el acceso de la mujer con vínculo de unión libre, al sistema general de pensiones (...)"*. Así, según la actora, esta norma determina entonces un sistema de *"doble discriminación"*.

2.4.4. Con base en lo anterior, finaliza sosteniendo que mantener la norma cuestionada dentro del ordenamiento jurídico interno, implicaría trasgredir, además del artículo 43 constitucional -que establece que ninguna mujer podrá ser sometida a ningún tipo de discriminación-, estándares de protección definidos en instrumentos internacionales como la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y la Convención Belém do Pará que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. Por lo tanto, concluye que *"dado que la norma demandada desconoce una obligación estatal es necesario retirarla del ordenamiento jurídico y exhortar al congreso para que se abstenga de emitir leyes discriminatorias contra las mujeres con calidad de compañeras permanentes"*.

2.5. La actora demanda un segundo aparte de la norma que reza *"no existe convivencia simultánea y"*. Como justificación para solicitar la inexequibilidad de esta expresión sostiene que al ser eliminado este apartado *"la norma queda con sentido jurídico completo y sin la discriminación por razón del origen familiar señalada"*.

3. INTERVENCIONES

3.1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La ciudadana Sandra Paola Charris Ibarra, en su condición de apoderada especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, intervino en el presente asunto con el fin de defender la constitucionalidad de la disposición acusada, con base en las siguientes consideraciones:

3.1.1. Luego de transcribir la disposición constitucional que define los parámetros a partir de los cuales se debe estructurar el sistema de seguridad social en materia pensional (artículo 48 C.P), sostuvo que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, busca salvaguardar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que irradian todo el sistema. En la norma demandada, *"se incluyen diferentes situaciones fácticas en las que se causa derecho en cabeza de un/a compañero/a, garantizando la posibilidad de acceder"*

al Sistema General de Pensiones, tanto a los miembros de la familia jurídica como a los miembros de una familia natural, si reúnen los requisitos de beneficiarios del causante" en procura de garantizar la protección constitucional expresada en el artículo 42 de la Carta Política.

3.1.2. Afirma que *"la norma busca la equidad y la igualdad de acceso a la pensión de sobrevivientes. Es más, la norma propende porque la convivencia con el causante sea uno de los elementos a tener en cuenta al momento de definir una prestación pensional de sobrevivientes, hasta el punto de permitir la posibilidad de compartir una pensión entre un/a cónyuge y un/a compañero/a permanente siempre y cuando dicha convivencia se cause con posterioridad a que cese la convivencia con el/la cónyuge. No sobra señalar que el porcentaje posible para compartir la pensión es el máximo del 50% proporcional al tiempo de convivencia, como quiera que el porcentaje adicional debe distribuir[se] entre los hijos los hijos del causante, ya que su condición también tiene amparo constitucional y legal independiente de las circunstancias personales que se den entre los padres"*

3.1.3. Afirma que aunque la norma está expedida procurando el desarrollo de los marcos constitucionales que definen la seguridad social pensional en el país, ello no significa que la disposición deba *"propender por estimular la simultaneidad de convivencias, esto es, entre compañero/a y cónyuge o entre varios/as compañero/as pues la norma superior ampara la constitución de la familia independiente de su origen entre un hombre y una mujer, como se señala, más no la coexistencia simultánea de las mismas"*. Sobre este punto en particular enfatiza diciendo que *"un hombre conviviendo con varias mujeres o una mujer conviviendo con varios hombres, (...) contraría la norma constitucional, lo cual hace perder el fundamento de la familia natural como es la voluntad responsable, lo cual atentaría contra el núcleo fundamental de la sociedad, la familia y la convivencia pacífica y un orden justo"*.

3.1.4. Indica que la norma busca proteger la familia, entendida como un vínculo del cual pueda predicarse un *"compromiso de vida real y con vocación de permanencia"*. Para sostener esta afirmación, manifiesta que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1094 de 2003 sostuvo que en aquellos eventos donde *"ha habido separación de hecho entre los cónyuges y uno de ellos genera un nuevo vínculo responsable y con vocación de permanencia permite el amparo, al punto de repartir entre ello/as (sic) proporcional al tiempo, situación totalmente diferente a la coexistencia de convivencias simultáneas"* que la declaratoria de inexecutable de la norma estimularía.

3.1.5. En relación al primer cargo esgrimido por la accionante, esto es, la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, considera la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que el cargo no está integralmente desarrollado, dado que la accionante en la demanda alega la violación sin especificar dónde se encuentra el trato desigual o discriminatorio que pueda ser considerado como un trato injustificado.

3.1.6. A pesar de considerar que no existe un tratamiento desigual injustificado, la apoderada del Ministerio acude a la metodología del test de razonabilidad para justificar que no existe vulneración al principio de igualdad en la norma acusada:

3.1.6.1. Manifiesta que el objetivo que persigue la disposición es el de *"proteger los miembros del núcleo familiar que realmente necesitan la pensión para subsistir"*. Específicamente, afirma que la medida, al establecer la imposibilidad de la coexistencia simultánea, impide que se presente injustificadamente una disminución porcentual en la mesada pensional, *"cuando se presenten 2, 3 o más convivencias simultáneas entre un/a cónyuge y vario/as compañero/as (sic) permanentes, de tal forma lo/as mismo/as no puedan atender con la proporción sus gastos, más aún cuando el porcentaje que sería susceptible de compartir es máximo del 50%, ya que el 50% restante le corresponde a los hijos del causante, por lo que no puede ser utilizado para la pensión compartida de la cónyuge y la compañera"*.

3.1.6.2. Según la representante del Ministerio, el objetivo de la norma es válido, en tanto permite *"evitar la defraudación al sistema general de pensiones que genere la disminución de la prestación pensional de un beneficiario con mejor derecho"*, por medio de garantizar que el directo beneficiario de la prestación sea quien efectivamente la reciba. Agrega que la validez se encuentra cobijada por el margen de discrecionalidad del legislador.

3.1.6.3. En relación a la razonabilidad de la norma demandada, indica que el trato no es desproporcionado en tanto con el enunciado normativo se está buscando, en últimas, proteger el interés general.

3.1.6.4. Manifiesta que lo dispuesto en la norma acusada *"es necesario y no es oneroso para alcanzar el fin último de la prestación, cual es que se beneficien de ella quienes realmente deben estar protegidos legalmente, no quienes no la requieren"*. Con base en la sentencia C-533 de 2000, afirma que existen diferencias estructurales entre el vínculo matrimonial y el que surge con ocasión a una unión marital de hecho. En consecuencia, la norma no determina un trato discriminatorio, dado que la ley le puede dar un trato diferenciado a situaciones distintas. Señala que *"[l]o que se regula con el aparte cuestionado es la convivencia múltiple, privilegiando al cónyuge en forma razonable, toda vez que es el cónyuge quien tiene el vínculo jurídico protegido por el Estado (...)"*.

3.1.7. Frente al cargo que argumenta una violación del derecho a la familia, establece que por el contrario, la norma busca garantizar una protección adecuada al grupo familiar. Para ello la norma establece, dentro de los márgenes ya precisados de razonabilidad, un conjunto claro de beneficiarios, *"evitando que se desfigure el concepto real de familia como núcleo fundamental de la sociedad, teniendo en cuenta que la familia es un concepto unitario, esto es, formado por un hombre y una mujer independiente de que tenga origen jurídico o natural"*. De la argumentación propuesta para este punto en particular, se desprende la idea según la cual, de la existencia de convivencia simultánea no se puede predicar que exista una familia por la voluntad responsable de un hombre y una mujer. En consecuencia, el marco de protección establecido en el artículo 42 de la Constitución no debería *"extenderse a las uniones múltiples, pues se estaría atentando contra el núcleo fundamental de la sociedad y desconociendo la dignidad de la familia"* así como se negaría la obligación de *"respeto recíproco entre todos sus integrantes"*.

3.1.8. Sobre la presunta violación al derecho a la seguridad social, manifiesta que no existe tal. Al contrario, según la apoderada del Ministerio *"confunde la demandante el concepto de acceso a la Seguridad Social a que tiene derecho todo habitante del territorio nacional, con la posibilidad de acceder a una prestación del sistema"*. Si una persona no fue considerada por la ley como beneficiaria legítima de una pensión, ello no implica *per se*, un atentado contra las normas de seguridad social, dado que la regulación de este asunto es de competencia legislativa. En esta materia, lo que se debe hacer es respetar las directrices y requisitos definidos por la ley. Enfatiza sosteniendo que *"si una persona no acredita la condición de beneficiario del causante"* y como consecuencia de ello *"no accede a la prestación pensional, [esto no] constituye violación al derecho a la seguridad social"*.

A juicio de la apoderada del Ministerio, no le asiste razón a la demandante cuando considera que con la aplicación de la disposición en mención, se le impide alegar un mejor derecho a las personas que viven en unión libre, para efectos de conceder la pensión de sobreviviente, en el marco de la situación fáctica descrita por la disposición bajo examen, al preferir de entrada a quienes consolidaron el vínculo matrimonial. Según la apoderada, en todo caso, se puede acudir al aparato jurisdiccional, demostrando que se tiene el derecho sobre otras personas, entre otras, porque en Colombia no existe un sistema probatorio de tarifa legal, sino establecido sobre las bases de la sana crítica.

3.1.9. Por último, en relación al cargo que alega una violación a la protección especial a la mujer por la norma demandada, sostiene que (i) la disposición hace parte del conjunto de medidas que poco a poco han permitido aumentar el margen de protección a las mujeres, además que (ii) la norma no distingue entre compañero o compañera permanente lo cual sí la haría objeto de reproche constitucional. Concluye afirmando que *"contrario a lo argumentado por la actora, la norma dignifica a la mujer desincentivando la convivencia múltiple que afecta gravemente su situación de género y pone en peligro la familia natural o jurídica"*.

3.2. Intervención del Ministerio de la Protección Social

La ciudadana Mónica Andrea Ulloa Ruiz, en representación especial del Ministerio de la Protección Social presentó una serie de razones encaminadas a defender la constitucionalidad de la norma demandada:

3.2.1. Empieza sosteniendo que *"el aparte demandado no se refiere a la existencia de una unión libre, en caso de un matrimonio anterior, sino a la convivencia simultánea, es decir existen plenamente dos uniones, una derivada de un matrimonio y otra derivada de la libre voluntad de las partes para conformarla"*.

3.2.2. Señala que la convivencia simultánea para efectos de reclamar la pensión de sobrevivientes, no es susceptible de protección legal *"pues resulta muy sencillo probar la convivencia, de manera que no podrá sorprender que en un futuro encontremos esta novedosa forma familiar constituida por 3,4,5 o más compañeros o compañeras, pues no habría forma de establecer cuál tendría mayor relevancia."*

3.2.3. Indica que la norma constitucional que protege el derecho a la familia es clara en señalar que ésta se forma por la decisión libre y responsable de dos personas, pero que en el supuesto previsto por la norma demandada no se pueden predicar estos elementos: Por esta razón no se da, según ella, *"la confluencia de voluntades para la Constitución de un vínculo familiar, confluencia que, por el contrario, evidentemente sí se da, sin lugar a dudas, respecto de un matrimonio, pues resulta evidente ante la autoridad, civil o religiosa que lo hubiere celebrado"*. Por este motivo concluye que la ley no debe proteger una situación irregularmente celebrada sea conciente o inconscientemente.

3.2.4. Manifiesta que de permitirse que la pensión de sobrevivientes sea compartida entre la o el esposa(o) y la o el compañera(o) permanente, se perjudicarían los derechos de los primeros, en tanto la expectativa de ingresos derivados de la pensión se verían sustancialmente afectados.

3.2.5. Agrega que *"nos encontramos frente a la posibilidad real de que no se trate de una sola convivencia simultánea, sino de varias"* lo cual se vería traducido en un *"desgaste administrativo y unos costos excesivos en cabeza del Sistema que no solamente se enfrenta, en este tipo de casos a procesos judiciales interminables, sino que a la postre tendría que dividir las pensiones en tantos sobrevivientes como lleguen a existir generando unos costos absurdos"*.

3.2.6. Sostiene que no se presenta una violación al derecho a la igualdad como lo pretende la actora, en tanto la presunta vulneración del derecho a la igualdad se presenta cuando se establecen diferencias de trato a situaciones idénticas, pero en este caso la norma si dispone tratamientos diferentes para cada tipo de beneficiarios, porque la situación de cada uno de ellos es radicalmente distinta.

3.2.7. De la misma manera, afirma que la norma al indicar unos requisitos y unos tipos de beneficiarios de la pensión de sobreviviente o de la sustitución pensional específicamente identificados, no vulnera los mandatos constitucionales relacionados con la seguridad social.

3.2.8. Finaliza la intervención argumentando que *"dicha norma tampoco restringe la posibilidad al compañero/a que considere tener mejor derecho de acudir a la vía jurisdiccional competente, para que en caso de demostrarlo judicialmente se le deba reconocer la prestación, por ende el tema estudiado se concreta es al estudio de cada caso particular por parte del juez competente y no mediante la declaratoria de inexecutable pretendida"*.

3.3. Intervención de la Universidad del Rosario

3.3.1. El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, allegó comunicación a la Secretaría de esta Corporación mediante la cual solicitó se declarara la inexecutable de la norma demandada. Con base en una decisión del 20 de septiembre de 2007 del Consejo de Estado, afirma que la norma establece un trato sin justificación alguna que favorece a la (el) esposa(o), menospreciando a la (el) compañera(o) permanente en casos de convivencia simultánea con el causante de la pensión de sobreviviente. Además, considera que la norma no supera un test estricto de proporcionalidad, dado el criterio sospechoso de discriminación incluido en la norma. Por este motivo, la Corte ha

de declarar su no correspondencia con la Carta Política.

4. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

4.1. El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias que le adscriben los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, presentó concepto en el presente asunto, solicitando a esta Corporación que declare la inexecutable de los apartes demandados del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

4.2. El Ministerio Público, para justificar la respuesta dada al problema jurídico que presenta el análisis de la disposición demandada, indica que "[e]l criterio material de convivencia, procreación y auxilio mutuo es el que define la existencia de una familia para efectos del derecho irrenunciable a la seguridad social, porque es la esencia primigenia del valor de la solidaridad a partir del cual se construye dicho derecho". Esta tesis es construida y justificada a partir de varias consideraciones:

4.2.1. Luego de señalar el contenido del derecho a la familia descrito en la Constitución y de precisar las especificidades y las diferencias que existen entre el vínculo matrimonial y el que surge de una unión libre o unión marital de hecho, indica que "[c]omo puntos en común de estas dos clases de vínculos se tienen: la permanencia y la singularidad. Es decir, se descarta la simultaneidad, lo que está acorde con la institución monogámica contemplada por la Constitución (...)". A pesar de lo anterior, afirma que el legislador contempló la posibilidad de que se presenten eventos de convivencia simultánea, frente a los cuales la norma privilegió el vínculo matrimonial.

4.2.2. Manifiesta que independientemente de contemplar el problema de si la norma establece un estímulo a la multiplicidad de vínculos simultáneos o una "poligamia permitida", el asunto que se debe estudiar en este caso es "si la pareja que pierde a la persona con la que convivió puede ser tratada de distinta forma, sólo dependiendo del vínculo en que se encontraba: si como cónyuge o como compañera (o) permanente, tema que se puede tratar aisladamente, ya que se ubica en el de la seguridad social."

4.2.3. Argumenta que para absolver el problema que plantea este caso, se debe partir del presupuesto según el cual "las familias que se conforman naturalmente deben tener igual protección que las que se constituyen por vínculos jurídicos." En ese sentido, a partir de la especificidad del derecho a la seguridad social, cuando se presentan eventos de simultaneidad, "es posible, asignar la protección tanto al cónyuge o compañera(o) permanente, con base en el principio de solidaridad, en tanto éste "justifica y reclama la continuidad en la protección de la cual venía gozando todo miembro integrante de cada una de las parejas que compartía de manera permanente la vida con el causante en función del socorro y ayuda mutuos, aspecto éste que se acentúa si han procreado o adoptado hijos. Por eso, no resulta aceptable ningún tipo de discriminación que se fundamente en el origen familiar (Constitución Política, artículo 13) para efectos de reconocimiento de derechos en materia de seguridad social y que impidan el acceso a los mismos en contra de su carácter de irrenunciables para todos los habitantes de Colombia".

4.2.4. Para sostener esta afirmación cita en extenso apartados de la decisión del Consejo de Estado tomada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicado número 76001-23-31-000-1999-01453-01(2410-04), el 20 de septiembre de 2007. Según el Procurador, esta sentencia fija un precedente importante respecto de la convivencia simultánea para efectos de la sustitución pensional, a partir del cual se puede concluir que:

"en caso de convivencia simultánea del causante con un cónyuge y un(a) compañero(a) permanente, resulta inconstitucional que el único beneficiario(a) de la pensión de sobrevivientes sea el cónyuge supérstite, porque eso se constituye en una discriminación (sic) en contra del origen de la familia, puesto que el elemento material de convivencia permanente en función del socorro y ayuda mutuos es el que materializa la solidaridad como valor que permite el reconocimiento de la existencia de los varios núcleos familiares conformados por el causante, máxime cuando en ellos se han procreado hijos, los cuales tienen derecho a una familia y a no ser separados de ella y, partir de este fenómeno sociológico de convivencia, al derecho fundamental a la seguridad social derivado de la pensión de sobrevivientes en cabeza de su padre o madre como cónyuge o compañero(a) permanente (Constitución Política, artículo 44).

4.2.5. A pesar de lo dicho, para el Procurador General la inexecutable de los apartados demandados de la norma, no dejaría de presentar inconvenientes en la práctica. Por ello la labor del juez en términos probatorios, para él, es un asunto que se torna radicalmente importante en el plano operativo, por lo cual deberá reclamarse estricta rigurosidad y método por parte de los falladores al momento de estudiar situaciones donde se alegue la convivencia simultánea.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicita el Ministerio Público que esta Corporación se pronuncie declarando la inexecutable de los apartes demandados de la norma bajo estudio.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

5. Competencia

De acuerdo con el mandato contenido en el numeral 40 del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer y decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Dado que la demanda presentada en este asunto recae sobre el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en razón a la presunta existencia de vicios de fondo, esta Corporación es competente para adelantar el correspondiente examen de constitucionalidad.

6. Planteamiento del problema jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte determinar si los apartes demandados del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, vulneran los derechos constitucionales a la igualdad, a la seguridad social en materia pensional, a la familia y a la protección especial a la mujer.

Para ello, la Sala Plena deberá (i) examinar si de los apartes acusados se desprende un trato discriminatorio entre quienes tienen la calidad de cónyuge, y quienes ostentan la calidad de compañero o compañera permanente, en tanto los apartados demandados disponen que, en aquellos casos en los que el o la causante hubiere convivido simultáneamente con la o el cónyuge y la compañera o compañero permanente durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la o el cónyuge, dejando excluido del beneficio a la compañera o compañero permanente.

De ser así, la Corte (ii) deberá determinar, a partir del uso de las herramientas hermenéuticas definidas por la jurisprudencia constitucional, si dicho tratamiento se encuentra constitucionalmente justificado y con base en ese análisis, pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma.

Sin embargo, y con el fin de ambientar el problema que genera el análisis de los apartados normativos demandados, la Corte abordará en primera medida, las particularidades existentes entre los vínculos matrimoniales y aquellos que surgen de la conformación de una unión libre o marital de hecho -como la denomina nuestra legislación civil- así como la aplicación que ha hecho la jurisprudencia constitucional del derecho a la igualdad como parámetro para identificar situaciones discriminatorias referidas directamente con las condiciones que surgen de la diferencia de trato dada por la legislación a las relaciones matrimoniales y a las uniones libres. Posteriormente, se determinará la dimensión especial de la pensión de sobrevivientes, a efectos de precisar las especificidades que configuran esta prestación asistencial.

Con base en ello, la Corte establecerá si el diseño del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 se adecua a la Carta Constitucional o por el contrario, los apartados demandados deben ser declarados inexecutable.

7. Especificidades del Matrimonio y de la Unión Marital de Hecho. Reiteración de Jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las especificidades del matrimonio y de la unión marital de hecho en múltiples ocasiones¹, a partir de las disposiciones constitucionales relacionadas con el tema de la familia.

7.1. Por ejemplo, en la sentencia C-533 de 2000² la Corte se cuestionó sobre la existencia de diferencias entre el matrimonio y la unión marital de hecho, si se tiene en cuenta que las dos instituciones dan origen a una familia, ambas suponen la cohabitación entre el hombre y la mujer, e incluso las dos, en la actualidad, dan origen a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja. Al respecto sostuvo:

"Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca. La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges, hace nacer entre ellos una serie de obligaciones que no es del caso analizar ahora detalladamente, las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro, y que no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio o muerte o por su declaración de nulidad. Entre ellas, las más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua. Algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente".³ Así, este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio. Por lo tanto, sin consentimiento no hay matrimonio y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico. En este sentido el artículo 115 del Código Civil expresa que "[E]l contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes (...)". *El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; Ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges*".

De lo anterior se deducen conclusiones evidentes: en primer lugar, que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges⁴, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia".

7.2. De otra parte, en la sentencia C-098/96⁵ en relación a la institución de la Unión Marital de Hecho regulada en la Ley 54 de 1990, esta Corporación señaló lo siguiente:

"2.1 La Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

En el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Según lo reconoció esta Corte (sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía), la expresión "unión marital de hecho", sustituye a las más antiguas de "concubinato" y "amancebamiento", portadoras de una connotación inocultablemente peyorativa.

El artículo segundo formula una presunción, simplemente legal, sobre la existencia de "sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes", si ésta ha existido por un lapso no inferior a dos años. Se precisa que si obra un impedimento legal para contraer matrimonio por

parte de uno o ambos compañeros permanentes, la sociedad o sociedades conyugales anteriores han debido ser disueltas o liquidadas por lo menos un año antes de la fecha de iniciación de la unión marital de hecho, a fin de que la presunción pueda efectivamente operar. El propósito de esta norma es "evitar la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho" (Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1994).

El artículo tercero determina los activos que ingresan a la sociedad patrimonial y los que no se incorporan a su haber. Los primeros están constituidos por el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo y los originados en los réditos o mayor valor de los bienes propios, los cuales "pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes". Los segundos, que no alimentan el acervo social, son los adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, y los que hubieren sido adquiridos con anterioridad a la unión marital de hecho. Así como el código civil contempla la constitución de la sociedad conyugal, por el mero hecho del matrimonio (art. 1774), la que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal, la Ley 54 de 1990, a su turno, contempla la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, si se reúnen los elementos que configuran el supuesto material de la unión material de hecho.

El artículo cuarto dispone que la unión marital de hecho puede establecerse por los medios de prueba consagrados en el código de procedimiento civil.

El artículo quinto enumera las causales de disolución de la unión marital de hecho.

El artículo sexto faculta a cualquiera de los compañeros permanentes y a sus herederos para pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la respectiva adjudicación.

El artículo séptimo indica los procedimientos que deben seguirse para la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y las normas que en éste se aplican.

Finalmente, el artículo octavo define el término de la prescripción de la acción enderezada a obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes."

2.2 El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho social innegable en Colombia ("son más los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso") y fuente de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" - equiparados en la legislación civil -, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado (Exposición de motivos. Anales del Congreso N° 79 de agosto 15 de 1988).

La Ley 54 de 1990 se inscribe en una línea de sucesivas reformas legales que progresivamente han introducido el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Este proceso se inició con la expedición de la Ley 28 de 1932 sobre derechos de la mujer casada, prosiguió con la Ley 75 de 1968 relativa a la paternidad responsable, y continuó con la Ley 29 de 1982 que equiparó los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales.

En este punto, la Ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales. Si bien la jurisprudencia con base, primero, en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había ofrecido su apoyo a la parte débil de la pareja que con su actividad y esfuerzo participaba en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento, limitaban notoriamente la eficacia de los instrumentos con que podía contar para su defensa. Precisamente, las disposiciones sustantivas y procedimentales de la ley se orientan a suplir esta falencia. Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia.

7.3. De la transcripción de los anteriores pronunciamientos, como se indicó en la sentencia C-1033 de 2002⁶, puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional ha precisado con suficiencia las diferencias del matrimonio frente a la unión marital de hecho, sin equiparar los efectos de una y otra⁷. No obstante, a partir del reconocimiento de estas diferencias, la Corte también ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en ambos casos, han constituido una familia, como veremos a continuación.

8. Matrimonio y Unión Marital de hecho. Prohibición constitucional de adoptar medidas que consagren regímenes discriminatorios en razón del tipo de vínculo familiar.

8.1. Esta Corporación, desde sus primeros pronunciamientos⁸, ha indicado de manera reiterada que la discriminación que viola el derecho a la igualdad se produce en aquellos eventos en los que existe una diferencia de trato que no encuentra ningún fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable⁹. En esa dirección, la prohibición constitucional se encamina a impedir que se restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio únicamente a ciertas de ellas, sin que exista alguna justificación constitucionalmente válida.

8.2. Específicamente, la Corte ha sostenido que, de acuerdo a los artículos 5 y 42 de la Constitución, la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13 superior, que prescribe:

"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 (...)" [Subrayas fuera de texto].

8.3. Como consecuencia del anterior planteamiento, se ha señalado que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él¹⁰. En el mismo sentido, en la Sentencia T-326 de 1993¹¹ esta Corporación señaló: "*Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes (sic) en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos 'habidos en el matrimonio o fuera de él', no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos.*"

Sobre este mismo aspecto, en otra ocasión esta Corte indicó que "*El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual. Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas*".¹²

8.4. Sin embargo, como se indicó antes (*supra* 7.3) la protección del derecho a la igualdad entendido como no discriminación, en estos casos no puede entenderse como la existencia de una equiparación entre el matrimonio y la unión marital de hecho, puesto que, como lo ha explicado la Corte en varias ocasiones, "*sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre.*"¹³ Por todo lo anterior, el juicio de igualdad deberá tener en cuenta las particularidades de la norma o situación fáctica sometida a consideración, a fin de constatar si existe discriminación entre cónyuges y compañeros permanentes, pero sin soslayar las diferencias existentes entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

9. Sobre la dimensión constitucional de la Pensión de Sobrevivientes

9.1. Según el artículo 48 de la Constitución Política, "[l]a seguridad social es un servicio público obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley"¹⁴. Así, por medio de la Ley 100 de 1993, el legislador estructuró el sistema de seguridad social integral cuyo objeto es "*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dicho sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios u otras que se incorporen en el futuro*"¹⁵.

9.2. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de la ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación económica reconocida a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece, y tiene por finalidad proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél¹⁶. De esta manera, con la pensión de sobrevivientes se pretende garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte¹⁷. Esta Corporación, específicamente refiriéndose a esta figura ha sostenido que su propósito:

*"(...) es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. (...) Concretamente, la pensión busca [evitar] 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. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (...)"*¹⁸ [Énfasis fuera de texto]

9.3. Desde sus primeros fallos, la Corte reconoció que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y que constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental¹⁹. Lo anterior, "*por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.*"²⁰

9.4. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado también se ha descrito la finalidad de la sustitución pensional y sus criterios han sido empleados por esta Corporación. Por ejemplo, este Tribunal citó²¹ la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoció que el propósito central de la pensión de sobrevivientes es el de dar apoyo económico a los familiares del pensionado o del afiliado fallecido, frente a las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso:

"Adicionalmente, no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca

precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición." (Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406).

En el mismo sentido, la sentencia C-1255 de 2001²² señaló que la pensión de sobrevivientes es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), que tiene por finalidad proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte. Esta sentencia citó el criterio de la Corte Suprema, según el cual el pago de la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar "que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección"²³.

De igual forma, en la sentencia C-081 de 1999 ésta Corte trajo a colación la sentencia de julio 1º de 1993, del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, al referirse al tema de la sustitución pensional:

"(...) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante." (Consejo de Estado, Sección Segunda, sent. julio 1º/93). [Subrayado fuera del texto]

Como se puede observar de la aplicación de la disposición, el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte²⁴.

9.7. Por su parte, esta Corte ha desarrollado una serie de principios que definen el contenido constitucional de la pensión de sobrevivientes como prestación asistencial:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que "la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria"²⁵. Por ello la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades²⁶.

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual "el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes"²⁷.

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996²⁸ esta Corporación concluyó que:

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido"

9.7. Con base en todo lo anterior, y teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, para la Corte, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional.

10. Análisis constitucional de los apartados normativos demandados.

10.1. El alcance de la disposición demandada.

10.1.1. Teniendo en cuenta la especificidad de la situación que se pretende regular con los apartados demandados, lo primero que le compete a la Corte es precisar el alcance de la disposición bajo examen. Al hacerlo, esta Corporación no quiere desconocer que la interpretación autorizada del derecho legislado, en nuestro ordenamiento constitucional corresponde, por regla general, a la justicia ordinaria. Sin embargo, al reconstruir argumentativamente las intervenciones hechas por algunos ciudadanos en este proceso, la Corte advierte que se presentan confusiones en el entendimiento de la situación fáctica que regula la disposición cuyos apartados han sido demandados en este asunto. Por esta razón, la Corte considera que se debe recapitular su alcance y contenido, pues de tal entendimiento dependerá el resultado del juicio de constitucionalidad que debe adelantar esta Corporación.

10.1.2. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo 47 de la Ley 100 señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Para los efectos de la presente acción de inconstitucionalidad interesa destacar el literal b de esta norma que establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b). En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, 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).

"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 será 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.

Como puede observarse, esta norma contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes.

10.1.3. La posibilidad descrita en el primer apartado demandado hace parte de las modificaciones incluidas por la Ley 797 al antiguo texto de la Ley 100 que no contemplaba la situación fáctica propuesta por la norma ahora demandada²⁹. Ello permite observar que el legislador quiso regular un fenómeno social que, a pesar de su peculiaridad, se presenta en la práctica³⁰. Específicamente, los apartes subrayados contemplan la posibilidad de que una persona afiliada al sistema de seguridad social en pensiones conviva simultáneamente con un cónyuge y una compañera o compañero permanente. Con la norma, se determina de antemano, en los casos de convivencia simultánea, quién es el beneficiario o la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. De esta forma, se permiten ahorrar costos de transacción en los procesos administrativos y judiciales destinados a declarar a quién corresponde la prestación en cuestión. La pregunta que a continuación, deberá analizar la Sala es si el contenido de esta previsión legislativa se ajusta a los postulados de la Constitución Política o no.

10.1.2. Según la norma, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años³¹ previos al fallecimiento del causante, quien tendrá derecho a la pensión de sobreviviente será la esposa o esposo, por encima de la compañera o compañero permanente.

Resulta importante precisar que, para que se presente el supuesto fáctico descrito por el aparte demandado de la norma, se requiere entonces la existencia de la convivencia simultánea, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante. En esa dirección, el apartado demandado excluye de antemano, las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante. El criterio definido por la norma para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia.

El aparte demandado tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.

10.2. Análisis de la constitucionalidad de los apartados demandados.

a. En relación a la expresión "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 será la esposa o el esposo."

10.2.1. La accionante argumenta que este apartado de la norma bajo examen vulnera el derecho constitucional a la igualdad en razón a que dispone que, en aquellos casos en los que el o la causante hubiere convivido simultáneamente con la o el cónyuge y la compañera o compañero permanente durante los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes será el o la cónyuge, excluyendo de este beneficio, sin justificación alguna, a la compañera o compañero permanente. Agrega que como consecuencia de ese trato discriminatorio se vulneran otros derechos de rango constitucional como el derecho a la seguridad social, a la familia, además de la protección especial que la Carta establece para la mujer.

10.2.2. Para constatar si efectivamente se verifica la desigualdad reprochada, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que, en primer lugar, se debe establecer si estamos en presencia de un trato diferenciado y cuáles son las condiciones en que éste se presenta. Posteriormente, si se identifica la existencia del trato diferenciado, se ha de establecer si éste se encuentra fundado en criterios potencialmente discriminatorios o criterios sospechosos. Esto, con el objeto de establecer la intensidad del juicio de igualdad en el control de constitucionalidad. Luego se ha de examinar si el trato diferente es o no "necesario" o "indispensable", para lo cual el funcionario debe analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar, con la misma eficacia, el fin propuesto. Por último, el juez realiza un análisis de "proporcionalidad en estricto sentido" para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.³² Con base en estos parámetros, esta Corporación procederá a analizar la disposición demandada:

10.2.3. Primero: En el presente caso, la Sala advierte que la expresión acusada, evidentemente, establece un trato diferenciado. La norma prescribe que si dos personas ejercen convivencia simultánea con el causante, para efectos de conceder la pensión de sobreviviente, se preferirá a quien tenga la condición de cónyuge, constituyendo esto un trato preferencial de un grupo poblacional frente a otro en una situación particular.

10.2.4. Segundo: La Corte observa que el tratamiento discriminatorio que se desprende de la norma, está fundado en una distinción de origen familiar. En este caso, la norma por razón del tipo de vínculo familiar formado con el causante, excluye a la compañera permanente de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, siquiera un porcentaje proporcional al tiempo vivido cuando se superan los cinco años.

10.2.5. Tercero: Habiendo determinado la existencia de un trato discriminatorio y que éste se halla basado en un parámetro de origen familiar, la pregunta que se plantea ahora la Sala es si este trato discriminatorio definido por el legislador, constituye *per se*, un criterio con base en el cual es posible efectuar constitucionalmente la distribución o el reparto racional del derecho, en este caso, de la pensión de sobrevivientes.

10.2.5.1. Algunos intervinientes, específicamente las apoderadas especiales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de la Protección Social, sostuvieron que la norma tiene como objetivo garantizar que el beneficio de la pensión sea entregado a quien efectivamente tenga derecho. Por lo tanto, si se tiene en cuenta que la pensión busca proteger la subsistencia de la familia, debe partirse del presupuesto según el cual ésta se conforma a partir de un vínculo responsable y, según ellas, cuando existe coexistencia simultánea de compañera(o) permanente y cónyuge, no puede hablarse de responsabilidad, por lo tanto, en esos eventos no se reúnen los méritos suficientes para que las compañeras permanentes se hagan acreedoras al derecho a ser considerados como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

De acuerdo al argumento de estas intervinientes, darle origen a una unión libre, así supere los cinco años de permanencia, es una decisión 'irresponsable' cuando al mismo tiempo se convive con el o la cónyuge. Por esta causa, según ellas, la o el compañero permanente superviviente no tiene derecho o acceso a la pensión de sobrevivientes. Dicho reproche -que más parece un prejuicio- equivale a sostener que la norma sanciona a la compañera o compañero permanente superviviente por haberse involucrado con el causante cuando éste tenía un vínculo matrimonial previo y vigente. La sanción consistiría en que se priva a la compañera o compañero permanente de ser considerada beneficiaria o beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Para la Corte, esta argumentación no resulta válida a la luz de nuestro ordenamiento constitucional como veremos a continuación:

10.2.5.2. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001³³, es razonable suponer que, en su conjunto, las exigencias consignadas en la norma que contiene los apartados demandados, buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, de la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia³⁴. Sin embargo el verdadero interrogante es si las personas que la disposición está excluyendo de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes ¿no deberían ser consideradas también como beneficiarios legítimos de esta prestación asistencial?

10.2.5.3. Como se expuso atrás (*supra* 9.2 y ss) la pensión de sobrevivientes es una prestación económica que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que fallece. Su objeto es proteger a los miembros de dicho grupo del posible desamparo al que se pueden enfrentar por razón de la muerte del causante, en tanto antes del deceso dependían económicamente de aquél³⁵. Las características que definen la existencia de un vínculo que da origen a la familia están determinadas por la vocación de permanencia y fundadas en el afecto, la solidaridad y la intención de ayuda y socorro mutuo, como lo dispone el artículo 42 de la Carta.

10.2.5.4. Teniendo en cuenta que la situación fáctica que describe el apartado demandado es un fenómeno social, la propia Ley 797 contempló con claridad la posibilidad de que existan vínculos simultáneos. No obstante, de acuerdo a la previsión legislativa, en este tipo de circunstancias sólo tienen acceso a la pensión de sobrevivientes quienes tienen un vínculo matrimonial.

10.2.5.5. Frente a esta regulación legislativa, considera la Corte que, de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional que irradia la figura de la pensión de sobrevivientes, no existe razón alguna para privilegiar, en casos de convivencia simultánea, la pareja conformada por medio de un vínculo matrimonial, sobre aquella que se formó con base en un vínculo natural. Dicho en otras palabras, no se puede argumentar que para proteger *la familia* como núcleo esencial de la sociedad, se excluyan del ámbito de protección asistencial modelos que incluso la propia Carta ha considerado como tales.

10.2.5.6. Al analizar el criterio con base en el cual, en casos de convivencia simultánea, se prefiere al cónyuge a efectos de reconocer la pensión de sobrevivientes, la Corte no encuentra que con la norma se busque alcanzar un fin constitucionalmente imperioso. Es más, la Corte, con base en su propia jurisprudencia, estima que la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual, como lo hace la disposición bajo examen, se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.

Este planteamiento no es caprichoso. Surge al estudiar en su conjunto la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia (*supra* 8.3 y 8.4), a partir de la cual se puede concluir que las personas que conviven en condición de compañeros permanentes, históricamente han sido menospreciadas a partir de un patrón de valoración cultural que considera que este tipo de nexos familiares -a pesar de estar protegidos constitucionalmente- constituyen vínculos de segundo orden³⁶. Por este motivo, en la sentencia C-105 de 1994³⁷ la Corte realizó las siguientes precisiones:

"a). La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida "por vínculos naturales o jurídicos", es decir, a la que surge de la "voluntad responsable de conformarla" y a la que tiene su origen en el matrimonio".

"b). 'El Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia', independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato".

"c). Por lo mismo, "la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables", sin tener en cuenta el origen de la misma familia".

"d). Pero la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad. Prueba de ello es que el mismo artículo 42 reconoce la existencia del matrimonio".

(...) "En conclusión: según la Constitución, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste". [Subrayas fuera de texto]

Así se pronunció esta Corporación en la sentencia T-266 de 2000³⁸:

"La Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente. [Subraya fuera de texto].

En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que "*los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural*"³⁹. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.

10.2.6. En consecuencia, con el fin de eliminar la discriminación advertida y evitar un vacío en la regulación, la Corte considera que los argumentos expresados hasta el momento son suficientes para declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión "*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 será la esposa o el esposo*" contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, únicamente por los cargos analizados, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

10.2.7. La adopción de este parámetro, por parte de esta Corporación, no es arbitraria. Surge al observar los criterios fijados por el propio legislador en el literal anterior de la norma cuando establece que "*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*"⁴⁰

Así, la Corte respetando los criterios hasta ahora definidos por el legislador, centró su análisis exclusivamente en la constitucionalidad de la regulación normativa para reconocer la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea.

10.2.8. Así, limitándose a los cargos propuestos en la demanda, la Corte no excluye que existan otros factores de ponderación constitucional que puedan ser objeto de futuros análisis o criterios para redefinir la regulación por parte del legislador, como la satisfacción del mínimo vital, la proporción en el reconocimiento de la prestación en relación a la edad de las(os) reclamantes, y/o el grado de dependencia del(a) cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite.

10.2.9. De la misma forma, la Corte no se pronuncia sobre si la adjudicación de la pensión en estos eventos de convivencia simultánea debe realizarse de manera vitalicia o temporal. Sobre este punto, los operadores de la norma deberán observar los requisitos definidos expresamente por la ley para reconocer el beneficio.

b. En relación a la expresión "*no existe convivencia simultánea y*"

10.2.10. En relación con el segundo apartado demandado, la accionante indica que, con el fin de guardar coherencia normativa, la Corte puede declarar la inexecutable de la expresión "*no existe convivencia simultánea y*" contenida en el inciso tercero del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Como se indicó arriba (*supra* 2.5), la actora sostiene que al ser eliminado este apartado "*la norma queda con sentido jurídico completo y sin la discriminación por razón del origen familiar señalada*".

10.2.11. La Sala, al observar en detalle este planteamiento, encuentra que no existen argumentos que configuren un cargo claro, cierto y pertinente para dar curso a un juicio de constitucionalidad. Por esta razón, la Corte se inhibirá de fallar respecto del contenido de la expresión "*no existe convivencia simultánea y*".

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE, únicamente por los cargos analizados, la expresión "*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 será la esposa o el esposo*" contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, 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.

SEGUNDO: INHIBIRSE de fallar respecto de la expresión "*no existe convivencia simultánea y*" contenida en el tercer párrafo del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Ausente en comisión

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Con aclaración de voto

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-1035 DEL 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

REF.: Expediente: D-7238

Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b (parcial) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente:

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito presentar aclaración de voto a la presente sentencia, reiterando para ello mi posición jurídica relativa al concepto de familia a la luz de la Constitución Política y la protección integral sin discriminación alguna de los diversos modelos de familia que existen y que deben gozar de las mismas garantías constitucionales.

Así, considero que de conformidad con los artículos 5º y 42 de la Constitución Política, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la protección de la familia debe cubrir cualquiera de las formas que adopte y no solamente la que surge del matrimonio o de la unión permanente reconocida por la ley.

En este sentido, me permito reiterar nuevamente mi posición jurídica sostenida en repetidas oportunidades frente a decisiones de esta Corte que tocan esta materia⁴¹, según la cual sostengo que en el concepto de familia que consagra el artículo 42 constitucional, no se encuentra sólo contenida la familia fruto del matrimonio o fruto de la unión marital de hecho de carácter heterosexual, sino también las familias conformadas por vínculos "*...jurídicos, ...o por la voluntad responsable de conformarla*", vínculos jurídicos éstos o voluntad de las personas, mediante los cuales se reconoce otras formas diferentes al matrimonio o a la unión de parejas heterosexuales de constituir la familia, como por ejemplo la conformada por parejas homosexuales o por personas que deciden adoptar o tener hijos por algún medio que posibilite la ciencia.

A este respecto el suscrito magistrado ha sostenido:

"El concepto de familia

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término "o" consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi

juicio, al concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos⁴²: el matrimonio, la voluntad de los miembros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer sola con su hijo. Afirmando, que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales.

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermas y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el esperma y concibe uno o más hijos de esta manera; no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico).

La tercera vía para constituir familia, es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

La Constitución trae varias disyunciones, que se expresan gramaticalmente con la letra "o". En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad, para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar, que cuando el constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por que quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se refirió dos veces a la voluntad, para referirse a dos clases de familia: en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cobija también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, pero que no han contraído matrimonio.

No sobra recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico, como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer; este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

Por tanto, reitero que la norma que consagra la unión marital de hecho exclusivamente con efectos civiles es inconstitucional, porque un tipo de familia no puede ser de mejor y otra de menor categoría, sino que todas tienen que tener los mismos efectos: matrimonio civil o religioso tiene que ser igual a la unión marital de hecho. La norma demandada, como ya se anotó, discrimina incluso a las parejas de heterosexuales, porque sólo le concede a la unión marital de hecho efectos civiles.

Finalmente, me parece necesario anotar que en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no solo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado. Sin embargo, no siempre ha sido así. Bástenos para ejemplificar nuestro

aserto, el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preconceptos contra ellos. A este respecto, es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entró a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los maridos. La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esta condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolas en su real condición humana, esto es, estaremos reconociéndoles la dignidad humana."⁴³

Sobre este mismo tema, en otra ocasión este magistrado sostuvo:

"2. Igualdad jurídica total para todos los tipos de familias y parejas: En segundo lugar, debo reiterar también aquí mi posición jurídica sostenida en la sentencia C-075 de 2007 respecto de la ley 54 de 1990 sobre uniones maritales de hecho y los derechos de las parejas homosexuales, en donde se reconocieron a las parejas de homosexuales sólo los efectos civiles v. gr. los patrimoniales, de la unión marital de hecho, reduciendo de un lado, los efectos civiles a los derechos de carácter patrimonial, y de otro lado, dejando de lado el reconocimiento de todos los demás derechos, por cuanto, insisto, todas las formas de familia y de pareja deben gozar de los mismos derechos en forma igualitaria. En salvamento de voto a dicha sentencia sostuve por tanto, de una parte, que el concepto de "efectos civiles" tiene más implicaciones que las meramente patrimoniales, por cuanto temas como los del matrimonio y adopción son del derecho civil; y de otro lado, que a las parejas de homosexuales se les deben reconocer TODOS los derechos para restablecer tanto el principio de dignidad humana como los principios y derechos de igualdad y libertad.

En relación con la restricción de los derechos de los homosexuales, restringidos por la sentencia C-075 de 2007 a los derechos patrimoniales, consideré que dicha sentencia realizaba una reducción de la expresión "efectos civiles" contenida en la Ley 54 de 1990 al ámbito patrimonial, frente a la connotación amplia del concepto de efectos civiles. En forma similar, considero que en la presente sentencia se restringe al reconocimiento de la inmediatez de la cobertura familiar del plan obligatorio de salud para las familias conformadas por compañeros permanentes.

Como lo he reiterado, en mi opinión, el punto esencial en esta clase de controversias es definir el reconocimiento de derechos iguales para todos los tipos de parejas y familias, bien sean del mismo sexo o de diferente sexo, esto es, el reconocimiento de TODOS los derechos, es decir, de derechos plenos tanto a las parejas matrimoniales como a las parejas de compañeros permanentes o en unión de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales. A mi juicio, esta es en verdad la cuestión de igualdad que se plantea.

Por tanto, a mi juicio se deben excluir toda clase de discriminaciones a las parejas de unión libre, heterosexuales u homosexuales, y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal, en el tema de la vivienda, etc.

Así mismo, como lo he sostenido, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que este argumento no resulta, a mi juicio, convincente.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todos las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional debe ocuparse en estos casos de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas en unión de hecho, bien sean heterosexuales o homosexuales.

En este sentido, reitero mi posición jurídica en el sentido que en un Estado constitucional de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

3. Dignidad, igualdad y libertad: En tercer lugar, me permito reiterar que el reconocimiento de plenos derechos tanto a las parejas unidas en matrimonio como a las parejas de compañeros permanentes o en unión marital de hecho, bien se trate de parejas heterosexuales u homosexuales, así como a todo tipo de familia fundado o bien en vínculos naturales o en vínculos jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y de una mujer, o por la voluntad responsable de conformarla, es una consecuencia lógico-normativa del principio de dignidad humana, fundamento iusfilosófico de los derechos humanos y del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Por esta razón, el suscrito magistrado no ha entendido cómo se pretende reconocerles dignidad a todas las personas y a renglón seguido se les niega el reconocimiento de derechos básicos y plenos a las personas que conforman uniones maritales de hecho, bien sean del mismo o de diferente sexo, derechos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, la seguridad social, la cobertura en salud, los pensionales, para mencionar sólo algunos.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en estos casos de restablecimiento de la igualdad entre tipos de familias y de parejas, es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad

con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

Es por ello que no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas, a las uniones maritales de hecho, y a las parejas de homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, insisto en reiterar mi posición jurídica en cuanto a que todas las parejas tienen derecho a contraer matrimonio, y deben existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Así mismo, que todos los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, seguridad social o cobertura familiar en el plan de salud obligatorio, como en el presente caso.

A lo expuesto, me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las todas las familias y parejas, independientemente de su conformación.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Reitero por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de los compañeros permanentes o las parejas en uniones maritales de hecho, bien sean heterosexuales u homosexuales, en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, en seguridad social, o en salud, como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Así he sostenido, de una manera gráfica, que se deben quitar todas las cadenas que trasgreden la igualdad y limitan la libertad de las personas y en lugar de ir quitando sólo algunas cadenas, para de todas maneras seguir manteniendo tipos de esclavitud. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas de manera plena, tanto de las heterosexuales como de las homosexuales, es quitándoles TODAS las cadenas que los discriminan y denigran de su dignidad, igualdad y libertad, por cuanto sólo entonces serán real y verdaderamente dignos, libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en este caso, respecto de la forma de conformación de la pareja y familia y también respecto de su conformación sexual.

4. Conclusiones: Respecto de la igualdad, sostengo que definida una categoría jurídica, en este caso, la de la familia, deben concederse entonces los mismos efectos jurídicos y derechos tanto para las familias conformadas por parejas en matrimonio como por parejas como compañeros permanentes o en uniones maritales de hecho, y esto tanto en el caso de parejas heterosexuales como homosexuales.

En este sentido, considero que el juicio de igualdad no es un juicio de identidad, sino que definida una misma categoría, la de familia, se le deben otorgar de manera íntegra los mismos efectos a todos los tipos de ésta. En mi opinión, el mandato constitucional ordena que todos tienen que llegar a ser iguales jurídicamente. Así, tanto las parejas unidas en matrimonio como los compañeros permanentes o las uniones maritales de hecho, heterosexuales y homosexuales, a la luz de la Constitución Política, deben disfrutar de los mismos derechos. Si esto es así, los demandantes tienen razón en la discriminación que la norma establece entre las parejas unidas en matrimonio y las que lo son compañeras permanentes o en unión de hecho.

Por consiguiente, a mi juicio, las uniones maritales de hecho deben tener los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

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

Igualmente, considero que así como en el caso de la sentencia sobre las uniones maritales de hecho y los homosexuales se restringía el reconocimiento de derechos a los patrimoniales, en la presente sentencia se restringe el restablecimiento de la igualdad al derecho a la salud de los compañeros permanentes, y ello en cuanto a la cobertura familiar del plan de salud obligatorio, de cuya cobertura comenzaban a ser beneficiarios solo a partir de un periodo de dos años de unión, mientras que nuestra posición ha sido el reconocimiento de TODOS los derechos en forma igualitaria.

(...)

Para este magistrado no se puede sostener válidamente que existan mejores o peores formas de familia. Tampoco, a la luz de la Constitución, la Corte puede defender una u otra alternativa, sino que ante todo tiene que respetar las diferentes opciones y el desarrollo de la autonomía. De otra parte, la norma demandada no alude a la unión marital de hecho y frente a la protección de la familia y el principio de universalidad de la seguridad social, no puede haber privilegios para ningún tipo de familia. Además, considero que el sistema de salud está diseñado para admitir solamente a un compañero permanente como beneficiario.⁴⁴

En la misma línea argumentativa antes señalada, el suscrito magistrado afirmó en otra oportunidad:

"4. En cuarto lugar, en mi criterio el condicionamiento que se propone en la parte resolutive de esta decisión que declara la exequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, desconoce de todas maneras los valores, principios y derechos constitucionales, por cuanto mantiene un trato diferente y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se reconoce que también conforma una familia. De forma contraria a esto, el suscrito magistrado considera que la Constitución Política consagra diferentes vías y caminos para la conformación de la familia y que el matrimonio es tan sólo uno de ellos, pudiendo por tanto legítimamente las parejas de homosexuales conformar una familia con la plenitud de los derechos otorgados a ésta en materia de matrimonio, adopción, seguridad social -salud y pensión-, vivienda, en materia penal, etc.

5. Finalmente y de conformidad con lo anterior, el suscrito magistrado se permite reiterar sus salvamentos de voto en materia de igualdad de derechos para las parejas homosexuales⁴⁵, remitiéndome por tanto a los argumentos expuestos en ellos por cuanto considero que son válidos también en este caso, ya que en mi criterio, en la jurisprudencia de esta Corte se encuentran muchos preconceptos y prejuicios que aún no se han abandonado.

En este orden de ideas, me permito insistir nuevamente en que no se puede pregonar el respeto de los seres humanos y de su dignidad como seres libres e iguales y al mismo tiempo volverse contra ellos, desconociendo sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, quisiera referirme especialmente al argumento sostenido relativo a que no puede haber una Constitución o una ley contra la naturaleza, concepto derivado del concepto iusnaturalista de "naturaleza humana" del cual disiento categóricamente por múltiples razones, entre ellas por constituir un concepto vago, ambiguo, que puede llegar a utilizarse para justificar cualquier sistema jurídico o social, como lo develaran en su momento Kelsen⁴⁶ y Bobbio⁴⁷, entre otros autores.

En este sentido, comparto plenamente las críticas que se han elevado frente al concepto de naturaleza humana por los autores mencionados. Así mismo, debo recordar aquí que la utilización del concepto de naturaleza humana con el objetivo de derivar de él consecuencias jurídicas de presupuestos empíricos viola tajantemente las más claras reglas lógicas del pensamiento racional según las cuales es imposible derivar consecuencias normativas o de "deber ser" de premisas fácticas o del "ser". Este tipo de error lógico fue develado y criticado por David Hume⁴⁸ y contemporáneamente por racionalistas críticos como Popper⁴⁹ y Albert⁵⁰, defecto lógico que se ha conocido como "falacia naturalista".

En este orden de ideas y en aras de la discusión, muy por el contrario a lo que se ha afirmado, de aceptarse que existe una naturaleza humana y por tanto una inclinación natural, la consecuencia debería ser entonces que con mayor razón no se podría sancionar a las parejas homosexuales por seguir sus propias inclinaciones sexuales naturales.

De otra parte, es de recordar que la Constitución Nacional consagra como valor, principio y derecho fundante del Estado constitucional y democrático de derecho, la libertad de las personas, como sujetos libres y autónomos, y que por tanto el desarrollo de la libertad y autonomía de los individuos implica la libre opción de vida, de búsqueda del ideal de lo bueno para cada uno y para cada quien, de la propia concepción del bien y de lo bueno "para mí", lo cual incluye la libre decisión de conformar una pareja y una familia, sin que el matrimonio sea la única vía para conformar ésta última. De esta manera, debo reiterar aquí un principio liberal básico, en el sentido de que el Estado no puede imponer a las personas y ciudadanos un ideal de vida o de lo bueno o de lo deseable, sino que tiene como límite el respeto de la libertad y autonomía de los individuos en cuanto sujetos morales.

Así pues, de conformidad con mi más clara y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que acabar con toda clase de prejuicios y preconceptos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

En este sentido, el suscrito magistrado se permite dejar constancia en el presente escrito de que en Sala Plena no se acogió mi solicitud de votar respecto de mi propuesta de afirmar la existencia de diversas clases de familia, también conformada por parejas homosexuales, todas ellas igualmente válidas y con plenitud de derechos."⁵¹

Con fundamento en todo lo anterior, me permito insistir y recabar nuevamente en esta nueva oportunidad, en la necesidad de que esta Corporación reconozca un concepto amplio de familia, tal y como lo consagra el artículo 42 Superior y las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para proteger real y efectivamente los derechos y libertades de todas las familias, y no sólo de aquellas constituidas por el matrimonio o la unión marital de hecho de parejas heterosexuales reconocida por la ley.

Con fundamento en las razones expuestas, aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Cfr. Entre otras, C-879 de 2005, T-049 de 2002, C-289 de 2000, T-286 de 2000, T-842 de 1999, T-518 de 1998, T-122 de 2000.

2 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 Cfr. Código Civil artículo 411 numeral 4°.

4 Cfr. Código Civil artículo 154 numerales 8° y 9°.

5 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 MP. Jaime Córdoba Triviño.

7 Cfr. Sentencia C-239 de 1994 (MP. Jorge Arango Mejía). Ver además, sentencia C-114 de 1996 y C-174 de 1996 (MP. Dr. Jorge Arango Mejía), C-533 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

8 Corte Constitucional. Sentencias C-016/93 M.P. Ciro Angarita Barón y T-422/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

9 Así, desde sus primeros pronunciamientos la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existen situaciones que justifican el trato diferenciado, a saber: "a) La diferenciación razonable de los supuestos de hecho: El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado.

"b) Racionalidad y proporcionalidad: Fuera del elemento anotado anteriormente, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue.

"Por lo tanto, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo. Cfr. Sentencias C-016 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón) y T-422 de 1992 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), entre otras.

10 Cfr. Sentencia C-477 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

11 MP. Antonio Barrera Carbonell.

12 Cfr. Sentencia T-553 de 1994 (MP. José Gregorio Hernández Galindo.)

13 Cfr. Sentencias C-239 de 1994 (MP. Jorge Arango Mejía), C-114 de 1996 (MP. Jorge Arango Mejía) y C-533 de 2000 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

14 El artículo 48 de la carta Política dispone: "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. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

15 Ley 100 de 1993, Art. 1º

16 Cfr. Sentencias T-089 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-606 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-424 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1283 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

17 Cfr. Sentencias T-813 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) y T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

18 Sentencia C-002 de 1999 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

19 El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553 de 1994 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-827 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero.)

20 Sentencia T-173 de 1994, (MP. Alejandro Martínez Caballero)

21 Sentencia C-1176 de 2001. (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1094 de 2003. (MP. Jaime Córdoba Triviño).

22 MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2406, Pág. 518.

24 Sentencia C-1176/01 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.) En el mismo sentido ver C-1094 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

25 Sentencia C-002 de 1999. (MP. Antonio Barrera Carbonell).

26 Sentencia C-080 de 1999. (MP. Alejandro Martínez Caballero).

27 Sentencia T-190 de 1993, (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido ver sentencia T-553 de 1994, (MP. José Gregorio Hernández

Galindo), C-617 de 2001, MP. (Álvaro Tafur Galvis) etc.

28 MP. Alejandro Martínez Caballero.

29 El modificado texto de la Ley 100 disponía:

"ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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

b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

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

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

30 Al respecto se puede confrontar la Gaceta del Congreso 53 del 7 de febrero de 2003, donde está consignada el Acta de Plenaria Número 43 de la Sesión Extraordinaria del día viernes 20 de diciembre del año 2002. en la cual la Senadora Angela Victoria Cogollo Amaya realiza la proposición de modificar el texto así: "Gracias, señor Presidente yo tengo dos proposiciones una supresiva y una Aditiva, la proposición aditiva es para aclararles muchas dudas a los señores Senadores sobre el inciso del literal b) del artículo 12 y lo voy a leer 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 o ellas 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 será 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." Y la supresiva, es: suprimase la frase final del literal a), del artículo 12 que dice: salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido. La Presidencia somete a consideración de la plenaria el artículo 12 con las proposiciones aditiva y supresiva formuladas por la honorable Senadora Ángela Cogollo Amaya, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el artículo con las modificaciones propuestas? Y ésta responde afirmativamente." Finalmente, el texto definitivo se publicó en este sentido en la Gaceta del Congreso 161 de 2003.

31 Sobre la constitucionalidad de la exigencia de la convivencia de cinco años con el causante, previos a su muerte como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes se pronunció esta Corporación en la Sentencia C-1094 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño) en los siguientes términos: "(...) la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes. Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social".

32 Estos criterios fueron sistematizados en la sentencia C-093 de 2001 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

33 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

34 En el mismo sentido la sentencia T-177 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y la T-730 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

35 Cfr. Sentencias T-043 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-177 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-089 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-606 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-424 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), T-1283 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

36 De hecho, la jurisprudencia se ha pronunciado eliminando múltiples escenarios de discriminación relacionados con este factor. Por ejemplo, en la sentencia C-289 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell), la corte Declaró inexecutable la expresión "de precedente matrimonio" del art. 171 del Código Civil, por considerar que no contemplaba la posibilidad de que existieran hijos producto de una unión marital de hecho. En la

sentencia T-286 de 2000 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte le concedió el amparo a la compañera permanente del causante dado que el Fondo de Prestaciones del Magisterio se lo había negado por no ostentar la condición de cónyuge. En la sentencia C-879 de 2005, la Corte declaró exequibles los numerales 3, 4 y 5 del artículo 34 del Decreto 3135 de 1968, bajo el entendido de que también son beneficiarios del seguro por muerte los compañeros o compañeras permanentes sobrevivientes.

37 M.P. Jorge Arango Mejía.

38 MP. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, en las sentencias C-289 de 2000 (MP. Antonio Barrera Carbonell) Sentencia C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra)

39 C-879 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En la misma dirección la sentencia C-1287 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) sostuvo claramente que "dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual, está expresamente prohibido por la Constitución.". Específicamente sobre la pensión de sobrevivientes la Corte en la sentencia T-566 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte indicó que "no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio".

40 Esta interpretación también ha sido adoptada por la jurisdicción contenciosa administrativa en un fallo reciente del Consejo de Estado, en el cual dicho Tribunal sostuvo que "(...) [B]ajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

"No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B. Expediente No 760012331000199901453 01. Sentencia del 20 de septiembre de dos mil siete. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

41 Ver Salvamentos y Aclaraciones de Voto a Sentencias C-814 del 2001 (M.P. Monroy Cabra), C-821 del 2005 (M.P. Escobar Gil), C-1032 del 2006 (M.P. Pinilla Pinilla), C-075 del 2007 (M.P. Escobar Gil), C-521 del 2007 (Ma.P. Vargas Hernández), C-811 del 2007 (M.P. Monroy Cabra), y C-755 del 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

42 Ver Salvamento de Voto a la Sentencia C-841 del 2001.

43 Salvamento de Voto a la Sentencia C-075 del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

44 Salvamento de Voto a la Sentencia C-521 del 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

45 Ver Salvamentos de Voto a las sentencias C-814 de 2001, C-821 de 2005, C-075 de 2007 y C-521 del 2007.

46 Ver Kelsen, Hans, La idea del derecho natural y otros ensayos, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

47 Ver Bobbio, Norberto, Sociedad y Estado en la filosofía en la sociedad política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

48 Ver Hume, David, Investigación sobre el conocimiento humano, Alianza Editorial, Barcelona, 2001.

49 Ver Popper, Kart Raimund, La lógica de la investigación científica, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

50 Ver Albert, Hans, Tratado sobre la razón crítica, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.

51 Salvamento de Voto a la Sentencia C-811 del 2007.

Fecha y hora de creación: 2026-06-21 05:49:18