

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS PAREJAS DEL MISMO
SEXO**

**CAROLINA MARIA ESCOBAR ARANGO
KATHERINE ZAPATA ORTEGA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DE DERECHO
MEDELLIN
2008**

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS PAREJAS DEL MISMO
SEXO**

**CAROLINA MARIA ESCOBAR ARANGO
KATHERINE ZAPATA ORTEGA**

**Monografía presentada como requisito para optar por el título de
abogadas**

Asesor: MONICA VEGA CASADIEGO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DE DERECHO
MEDELLIN
2008**

**A nuestros padres
y hermanos,
los amamos.**

AGRADECIMIENTOS

A la Abogada asesora de nuestra monografía Mónica Vega Casadiego por todas sus enseñanzas y especialmente por su apoyo, los logros que pudiese tener esta monografía se deben más que todo a su acuciosa labor como asesora.

A nuestro Jefe de Carrera, el Abogado Camilo Piedrahita, que siempre estuvo a disposición de nuestras dudas e inquietudes para poder cumplir con los requisitos que nos exigían con esta monografía.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
RESUMEN	2
CAPITULO I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
CAPITULO II. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
2.1. La consagración Constitucional de los Derechos de segunda generación, de los derechos sociales, económicos y culturales.....	10
2.2. Maneras de conformar una Familia según la Constitución.....	11
2.3. Protección de la familia en el Sistema de Seguridad Social Integral bajo el subsistema de cotización.	12
2.4. Alcance de la libertad de configuración legislativa en materia de derechos económicos y sociales.	14
2.5. De los homosexuales y la Constitución.	15
2.6. Beneficiarios del régimen contributivo de Seguridad Social.....	17
CAPITULO III. INTENTOS DE DESARROLLO LEGISLATIVO EN COLOMBIA QUE PUDIERON DAR SOLUCIÓN A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	22
CAPITULO IV. ALGUNOS ASPECTOS DE LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .	28
4.1. Antecedentes históricos de la Seguridad Social.	28
4.2. Sociología de la Seguridad Social.	29
4.3. La Seguridad Social y la Organización de la Familia.	30
4.4. La Homosexualidad.....	31
CAPITULO V. PORQUE FORMULAMOS EN EL PROBLEMA LA PENSION DE SOBREVIVENCIA DE ORIGEN COMÚN COMO PROFESIONAL.....	35
CAPITULO VI. DERECHO COMPARADO.....	36
CAPITULO VII. CONCLUSIONES.....	38
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo es tratar de realizar una evaluación del impacto que ha tenido la reforma de la seguridad social contenida en la Ley 100 de 1993, quien con su creación intentó garantizar a todos los habitantes del territorio Nacional los medios suficientes para satisfacer sus necesidades de salud, vejez, muerte, enfermedad, maternidad, invalidez y permitir el disfrute de los bienes materiales, morales, sociales y culturales.

Dentro del esquema programático de la Seguridad Social a través de la Ley 100 de 1993, busca generar los beneficios de la Seguridad Social a todos los habitantes, sin embargo una gran parte de la población no ha accedido a estos beneficios porque dentro del esquema de la Ley no estaban consagrados, como el caso de la población homosexual, quienes han accedido a los servicios principalmente en el tema de la salud a través de las acciones de tutela.

Desde el punto de vista jurídico no existe diferencia porque son habitantes del territorio nacional, sin embargo nuestro esquema Constitucional y Legal no los tiene consagrados como estructura familiar, por ello el acceso a la pensión de sobrevivencia tanto de origen común como profesional ha tenido tropiezos.

Nuestro interés con ésta monografía es establecer que la Seguridad Social busca proteger al ser humano, sin importar su creencia religiosa, social, política o simplemente elección de preferencia sexual.

RESUMEN

La Seguridad Social implica: garantizar que cada ser humano contará con los medios suficientes para satisfacer sus necesidades en un nivel adecuado a su dignidad; permitir el disfrute de los bienes materiales, morales, culturales y sociales que la civilización ha creado para beneficio del hombre; constituir un amparo eficaz contra los riesgos, previniéndolos en la medida de lo posible y luchar con los mejores recursos contra la enfermedad, la invalidez, proteger la maternidad y el estado familiar, el curso de la vejez y las necesidades creadas por la muerte; iniciar, desarrollar y ampliar las prestaciones familiares y sociales a favor del progreso individual, familiar y de la comunidad de que forme parte; estimular la conciencia de cooperación, de ayuda mutua, de solidaridad.

Es que la Seguridad Social es un deber social que corresponde a un derecho social; es una garantía individual y colectiva en contra de la miseria; es un conjunto de medios técnicos que garantizan la eficacia de la protección frente a las contingencias. Como doctrina es el derecho universal al goce solidario de los bienes materiales y culturales que confieren dignidad a la vida humana y como técnica es el conjunto de medios que adopta la sociedad, el estado, como parte de la política social, para garantizar el pleno ejercicio de ese derecho, fórmula básica de la justicia social.

Para las parejas del mismo sexo siempre ha sido una lucha constante el reconocimiento de este derecho. Son numerosos los organismos de derechos humanos que han tratado de condenar la exclusión de los homosexuales y sus parejas en todos los ámbitos.

Actualmente solo se puede decir que esta protección se basa en la que ha podido dar la Corte Constitucional, ya que sólo reconocimientos

jurisprudenciales reconocidos por esta corte han permitido que estas parejas accedan a la seguridad social en ciertos casos.

CAPITULO I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los homosexuales han sido excluidos históricamente. Su opción sexual es percibida como una conducta antinatural y degenerada por un sector considerable de la población. Incluso algunas personas, que se consideran a sí mismas tolerantes, son poco amigas de que la homosexualidad salga a flote y tenga visibilidad. La aceptan siempre y cuando permanezca oculta.

Los prejuicios heredados por generaciones y la represión que creció de su mano, condenaron a muchos homosexuales a la clandestinidad, al miedo y a la ridiculización.

Esa intolerancia social favoreció la creación de un ciclo perverso que trajo mayores prejuicios. Como no había espacio para que esa opción se ejerciera de manera libre y abierta, casi siempre las sociedades se enteraban de la existencia de homosexuales por informaciones sobre escándalos o abusos.

De este modo muchos terminaron asimilando homosexualidad con pedofilia. Cuanto mayor es la represión sexual en una comunidad o institución, mayor es la tendencia a abusar de los más débiles.

Por eso es muy saludable que Colombia continúe reconociendo la diversidad de sus opciones. Que las nuevas generaciones crezcan con una visión más amplia y que el respeto hacia todos los seres humanos sea la única conducta aceptable.

Para que todo esto se concrete es necesario que los homosexuales tengan visibilidad, que puedan ejercer tranquila y respetuosamente su opción, rodeados del correspondiente respeto de los demás ciudadanos.

Cuando se niega a las parejas homosexuales la posibilidad de acceder a los beneficios prestacionales previstos para las parejas heterosexuales en la Ley 100 de 1993, se violan sus derechos fundamentales. En esa medida, esta Ley puede llegar a resultar violatoria de los derechos consagrados en los artículos 1, 13, 16, 48 y 49 de la Constitución, de aquellos ciudadanos y ciudadanas homosexuales que libremente eligen como parte de su proyecto de vida asociarse con otro individuo con el objeto de establecer una comunidad de vida.

Como estudiantes de derecho nos hemos cuestionado mucho el porque no se ha permitido el total acceso al Sistema de Seguridad Social Integral a uniones de pareja del mismo sexo, como si se ha avanzado en cuanto a la prestación a la salud como beneficiarios de su compañero permanente, quienes establecen relaciones de vida como cualquier pareja heterosexual. El problema no es que por el hecho de ser o no considerado un trastorno mental como lo considera cierta parte de la población y no probado científicamente, no se está reconociendo sino por el hecho de no encontrarse definido dentro del esquema de familia.

La Constitución de 1991 ha abierto muchos caminos en el acceso a los Derechos fundamentales que antes eran inalcanzables para los habitantes, pues estos se entendían plasmados subjetivamente en textos, mas materialmente, no era posible su consecución. Por ello no se entiende como a través de la Legislación no se ha permitido que comunidades de vida diferentes puedan tener protecciones legales y patrimoniales que les permitan en caso de alguna contingencia acceder al pago de prestaciones sociales, económicas que les consienta sobrellevar o solventar la perdida sufrida, como cualquier compañero (a) permanente o cónyuge.

Hablar de Derechos de la comunidad LGBT, es hablar del reconocimiento jurisprudencial que le ha dado la Corte Constitucional. Los fallos que les han

concedido beneficios son triunfos categóricos en la lucha mundial por la causa gay.

Un momento jurisprudencial es el que se habla de los reconocimientos individuales. Allí, se produjeron sentencias importantes en torno a la protección de la condición sexual en temas como las faltas disciplinarias en las fuerzas armadas en la sentencia T-097 de 1994 y el ejercicio de una actividad laboral o la libertad de expresión en la sentencia T-277 de 1996. La tesis inicial de la Corte Constitucional era “usted puede ser pero no ejercer”, es decir, puede ser homosexual en las fuerzas armadas, en la docencia, en el trabajo, etc., pero no puede ejercer sus derechos de pareja, porque ello le corresponde reglamentarlo al legislativo.

En efecto, la Corte Constitucional delegó en el congreso la opción de ser un instrumento para garantizarle a esta comunidad una variedad de Derechos. Sin embargo, la omisión del legislativo ha sido, tal vez, el primer obstáculo. En seis ocasiones han naufragado proyectos de ley que buscaban la extensión de derechos patrimoniales.

A través de algunos fallos de la Corte Constitucional en conexidad con derechos fundamentales se ha permitido el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud a parejas del mismo sexo. Normalmente esta conexidad hace alusión al derecho fundamental de la vida donde en el evento que no se llegare a prestar los servicios de Salud establecido en la Ley 100 de 1993, podría peligrar la vida de esa persona. A nivel pensional no se encontraba ni protección, ni Jurisprudencia alguna que permitiera argumentar que en Colombia se pudiera tener acceso a la pensión de sobrevivencia tanto de origen común como profesional a parejas del mismo sexo cuando fallece su compañero (a). Protección que se produjo con la sentencia C-336 de 2008, en donde se les reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes.

A nivel mundial se ha abierto un poco la legislación permitiendo reglas claras en algunos aspectos para parejas homosexuales, inclusive legalizar el matrimonio gay. España, Noruega, Dinamarca, Holanda y Bélgica son algunos de los países donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, simplemente se entiende como una forma de equiparar los derechos de todos los ciudadanos.

El Sistema General de Seguridad Social habla de beneficiarios de los derechos de las personas que aparecen como cotizantes, por ello es indispensable generar fallos o legislaciones que determinen como beneficiarios a parejas del mismo sexo sin circunscribirla a parejas heterosexuales.

Consideramos que el tema tiene importancia también para el manejo de la Seguridad Social en Colombia, pues de no ser permitido el acceso de estas parejas al Sistema, generará a largo plazo un colapso en el mismo, porque el Estado tendrá que subsidiar a personas que por su especial preferencia sexual no pudieron acceder a derechos Constitucionales y Legales como cualquiera otra pareja.

CAPITULO II. DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A nivel Constitucional hemos encontrado algunas citas sobre temas que sin tocar directamente con la formulación del problema, los hace a través de otros aspectos relevantes a la homosexualidad, a la Seguridad Social Integral y en general aspectos sobre los Derechos fundamentales, a continuación nos permitimos antes de citar algunos apartes de la Jurisprudencia, abordar el tema sobre la evolución histórica de los derechos humanos y el marco sobre el que se desarrolla el Derecho a la Seguridad Social.

En la edad contemporánea las guerras mundiales marcan el derrotero de los derechos humanos. No vamos a referirnos a los antecedentes ni al escenario en el que ocurrieron los acontecimientos bélicos, sino mas bien a su importancia que repercutió en la necesidad de proteger los derechos humanos en el Mundo.

Finalizada la primera guerra mundial con la derrota de los Alemanes se celebraron los tratados de Versalles. Estos tratados de paz dieron lugar a la creación de la Sociedad de las Naciones, como una organización internacional cuya finalidad es el cumplimiento de los tratados de paz y el mantenimiento de esta, destacándose por su ayuda a los refugiados, la solución de conflictos entre Estados y su reconstrucción por los desastres de la primera guerra mundial.

Con la finalización de la segunda guerra mundial surge la Carta mediante la cual se crearon las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, con las finalidades y propósitos contenidos en el preámbulo y en el artículo 1 de la Carta, entre los cuales se destaca el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, la tutela o protección de los derechos y libertades fundamentales de los hombres

en el ámbito universal y el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos.

La protección internacional de los derechos humanos tuvo como origen el fin de la segunda guerra mundial. *El derecho internacional de los derechos humanos* consiste en el cuerpo de reglas internacionales, procedimientos e instituciones elaboradas para implementar la idea de que toda Nación tiene la obligación de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos y las otras Naciones y la comunidad internacional tienen la obligación y el derecho de vigilar el cumplimiento de ello.

Existen tres clasificaciones de los derechos humanos:

- **Derechos humanos de primera generación.** El fin de estos es la protección de los derechos civiles y las libertades públicas. En este grupo se incluyen los derechos a la seguridad y a la integridad física y moral de la persona humana, así como también los derechos políticos en el más amplio sentido de la palabra, tales como el derecho a la ciudadanía y el derecho a la participación democrática en la vida política del Estado.

Estos derechos se consagraron inicialmente en la “Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano”, en Francia, en 1789.

- **Derechos humanos de segunda generación.** Son aquellos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado, con el objeto de reclamar de la autoridad pública del deber de proteger los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales hallamos el derecho a la propiedad, el acceso a los bienes materiales, los derechos familiares, la seguridad social, la salud, la educación, la cultura y los derechos laborales.

- **Derechos humanos de tercera generación.** Se denominan derechos colectivos de la humanidad o derechos de las nuevas generaciones. El profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio los denomina derechos difusos y los define

como aquellos “derechos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores, y que se refieren a ámbitos como el consumo, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad entre otros”¹

En este grupo se clasifican el derecho a la paz, el derecho a la calidad de los bienes, productos y servicios comerciales, el derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho al espacio público, etc.

2.1.La consagración Constitucional de los Derechos de segunda generación, de los derechos sociales, económicos y culturales.

En este capítulo se encuentran los derechos de la familia; la igualdad de derechos para la mujer; los derechos fundamentales de los niños; el derecho a la protección y formación integral de los adolescentes; el derecho a la protección y asistencia de los adultos mayores; el derecho a la seguridad social; el derecho a la salud; el derecho a la vivienda digna; el derecho a la recreación, al deporte y el aprovechamiento del tiempo libre; los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo; el derecho a la negociación colectiva; el derecho a la educación; la autonomía universitaria; el acceso a la cultura; el derecho a acceder a los documentos públicos, y el derecho a acceder al espectro electromagnético.

Es de anotar que en varias sentencias en materia de Salud, entre ellas la SU-480 de 1997, se indica como en un Estado Social de Derecho como el nuestro, los Derechos a la Salud y el de la Seguridad Social son prestacionales, que para su desarrollo requieren de un conjunto de reglas y normas, todas esas reglas y normas contribuyen a que ese derecho se torne efectivo sin ser restringido, es decir que deben tener un desarrollo legislativo.

¹ Héctor Fix-Zamudio, *Los abogados mexicanos y el ombudsman*, México, C.N.D.H.,1992, págs.71 a 81.

No obstante la amplia consagración de derechos, el artículo 94 de la Carta, preceptúa: “ **La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos**” (Las negrillas son fuera del texto original).

Ahora entraremos a citar Jurisprudencia de la Corte Constitucional que sin entrar a resolver la problemática planteada en esta monografía, maneja aspectos que pueden ser relevantes para la solución del mismo.

2.2. Maneras de conformar una Familia según la Constitución.

El mandato constitucional en relación con la familia, se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo 42 del cual se pueden establecer varias reglas en relación con la formación de la familia, que no están libres de problemas hermenéuticos. “Familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Las subrayas son fuera del texto original). Del artículo 42, es posible establecer las siguientes normas:

- La familia se constituye por tres tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio o decisión responsable de conformarla.
- La familia se constituye por cuatro tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio y, (iv) decisión responsable de conformarla.
- La familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.
- La familia se constituye por vínculos naturales –i.e. voluntad responsable de conformarla –o por vínculos jurídicos – i.e. matrimonio.

Según lo anterior se obliga a aceptar como única hipótesis admisible que la familia se constituye por cuatro vínculos, los naturales, los jurídicos, los matrimoniales y, además, por la decisión responsable de conformar familia.

A la fecha, el legislador no ha agotado ni desarrollado plenamente los efectos de las distintas formas de conformar a la familia, previstas en la Constitución. Tal falta de desarrollo normativo no implica que el mandato constitucional, que obliga a reconocer diversas formas de familia, no tenga efectos jurídicos.

Pero la falta de desarrollo legislativo de la cuarta opción de familia que es “por decisión responsable de conformarla” ha hecho imposible la protección patrimonial, como el acceso a la seguridad social de las parejas homosexuales, las cuales se podrían encuadrar en esta opción.

Dentro de los argumentos de la Corte se entiende la familia no como la concebida únicamente por los vínculos de consanguinidad y afinidad, derivadas de las relaciones familiares resultantes del matrimonio o de las parejas de compañeros permanentes. La Corte precisa que la familia se organiza en torno a la solidaridad.

2.3. Protección de la familia en el Sistema de Seguridad Social Integral bajo el subsistema de cotización.

La cotización consiste en una extracción de recursos patrimoniales del trabajador (o de los dos miembros trabajadores de la pareja), dirigido a atender las necesidades de salud o las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte para el trabajador o los miembros de su familia. Tales recursos, de manera individual, en pensiones ingresan a un fondo común (Régimen de Prima Media) o a una cuenta individual (Régimen de ahorro individual), permitiendo en el evento de una contingencia, que el trabajador o su familia

tengan una pensión que les permita garantizar una solvencia económica frente al percance presentado, sea producto de la vejez, la invalidez o la muerte.

Pero en el desarrollo legislativo para reclamar la pensión de sobrevivencia no se permite de una manera libre en relación con el cónyuge y el o la compañera permanente, pues se requiere probar que “estuvo haciendo vida marital con el causante”. El legislador ha entendido que la protección a la familia no significa que la pensión de sobrevivencia ha de darse a quien sea cónyuge o compañero de hecho, sino que es un derecho que se radica **en cabeza de quien efectivamente ha hecho convivencia (Negrillas con intención del texto)**.

La Corte ha entendido que tal mandato es prueba de que la protección que se brinda a la familia consiste en garantizar que la muerte del pensionado o del afiliado no signifique que el grupo familiar real quede despojado de todo ingreso², no importa que existan vínculos jurídicos previos.

Tal conclusión se apoya, además, en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual el servicio público de seguridad social se prestará con sujeción al principio de integralidad, esto significa que el sistema cubre “todas las contingencias que afectan la salud, **la capacidad económica** y en general las condiciones de vida de toda la población...” **(Negrillas fuera de texto)**.

La dificultad radica en dos aspectos a nuestra manera de ver:

* Lo que la Constitución entiende por familia “...decisión libre de un hombre y una mujer...”

* La aplicación analógica de las categorías de familia al Sistema de Seguridad Social, únicamente resulta admisible si con ello se respeta el desarrollo que el legislador dio a los derechos de segunda generación.

Pero si se tiene la decisión responsable de conformar una familia y se tuvo efectivamente convivencia, es factible que parejas del mismo sexo pudieran

² Ver sentencia T-566 de 1998.

acceder plenamente a los derechos consagrados en el Sistema Integral de Seguridad Social.

2.4. Alcance de la libertad de configuración legislativa en materia de derechos económicos y sociales.

Se podría objetar que el legislador únicamente ha desarrollado el derecho a la seguridad social frente a las relaciones familiares “ortodoxas”, restringiendo la ampliación del núcleo familiar a los casos en los cuales, por alguna vía, existen relaciones de consanguinidad o de afinidad. El legislador goza, en tanto que le corresponde un deber de desarrollo progresivo, de libertad para establecer, en cada momento histórico, el alcance de los derechos sociales.

La Corte no discrepa de dicha posibilidad y tal competencia legislativa. En otras oportunidades esta corporación ha señalado que, salvo violaciones del mínimo vital, la igualdad u otros derechos fundamentales, no le corresponde al juez de tutela considerar las condiciones de prestación y acceso a los bienes y servicios que desarrollan los derechos sociales.

El principio de eficacia de los derechos constitucionales, implica que el juez constitucional ha de interpretar la Constitución y los desarrollos legislativos de tales derechos, de manera que resulten eficaces. Dicha eficacia no se limita a asegurar que los derechos puedan ser ejercidos y disfrutados por las personas sino además, si no existen condiciones constitucionalmente admisibles, debe interpretarse de la manera **más universal** posible. Es decir, dentro del marco o programa normativo, se ha de acoger la opción hermenéutica que brinde el tratamiento más igualitario posible **(Negrillas y subrayas con intención)**.

Tratándose de desarrollos legislativos de los derechos constitucionales, por su parte, la carga de imponer restricciones corresponde al legislador y éste ha de

procurar que sean lo más explícitos posibles. Cualquier indeterminación, vaguedad o ambigüedad opera a favor de la persona.

Se podría sostener que esta idea va en contra del carácter programático de los derechos económicos y sociales, pues invariablemente conducirá a una extensión del alcance de los derechos, no querida por el legislador. Tal argumento parte de la idea de que los derechos de esta clase exigen una interpretación restrictiva, de manera que lo no previsto por el legislador de manera expresa, se entiende negado y en cualquier interpretación ha de optarse por la que menos desarrolle el derecho.

Esta objeción resulta incompatible con el sistema de derechos que ha fijado la Constitución. El carácter programático –en los términos del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales- de los derechos sociales no conduce a su interpretación restrictiva. Antes bien, dicho carácter supone que salvo que el legislador establezca restricciones- constitucionalmente admisibles, claro está -, tienen plenos efectos universales.

Teniendo en cuenta lo anterior y el análisis realizado por la Corte sobre el concepto familia, se debe acoger a la interpretación menos restrictiva, ante la imprecisión que resulta de confrontar tal expresión de familia, acogiéndose o optándose por la opción hermenéutica menos restrictiva de los derechos de las personas “... la decisión responsable de conformarla...”.

2.5. De los homosexuales y la Constitución.

Para entender el alcance de la protección constitucional a las diversas opciones vitales – entre las que se encuentra la homosexualidad -, es importante tomar en consideración algunos pronunciamientos anteriores de esta corporación sobre el particular. En efecto, es claro que una sociedad democrática como la nuestra, que no es estática ni unívoca precisamente por la

multitud de voces que la constituyen, debe necesariamente propugnar por el pluralismo y por el respeto a las diferentes opciones de vida, a fin de asegurar la diversidad y el desarrollo armónico de todos los derechos que confrontan el interior de su tejido social.

En ese orden de ideas, entre las múltiples manifestaciones de la diversidad amparadas constitucionalmente, se encuentra entre otras, la diversidad religiosa y la diversidad sexual³. En efecto, la Carta, al elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales, permite que la homosexualidad- como alternativa o como inclinación sexual diversa⁴-, se encuentre protegida y no constituya en sí misma un factor de discriminación social que justifique un tratamiento desigual.

De este modo, derechos constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad –que asegura para todos los ciudadanos la posibilidad de buscar opciones personales para su propia vida y manifestar su identidad individual -; el derecho a la intimidad –que garantiza un espacio personal y ajeno a la interferencia ilegítima de terceros -; y el derecho a la igualdad –relacionado con la potestad de recibir un tratamiento igualitario sin discriminación alguna -, son derechos fundamentales consagrados en la Constitución y reconocidos igualmente en tratados internacionales, que garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición o mejor dicho a su opción de vida.

En efecto, una sentencia de esta corporación⁵ relacionada con el tema de los docentes homosexuales, sintetizó algunos pronunciamientos anteriores, que sirven para ilustrar el alcance de la protección constitucional a la diversidad sexual. En esa oportunidad, precisó la Corte, lo siguiente:

³ Ver Sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ En lo concerniente a la discusión sobre la razón de ser de la homosexualidad y el debate sobre las causas biológicas, sociales o la opción sexual racional, es pertinente consultar la Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“(…)” los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (C.P., Art.13). En posterior decisión, esta corporación advirtió que “el principio de igualdad, se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público”. Finalmente, en decisión, la Corte manifestó que la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.

Por todo lo anterior, se concluye que dentro del ámbito de autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan “coexistir las más diversas formas de vida humana”⁶. En efecto, debe entenderse la sexualidad, en un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad.

2.6. Beneficiarios del régimen contributivo de Seguridad Social.

Se plantea el problema jurídico para la Corte al preguntarse ¿se violan los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la personalidad al no permitir que una persona acceda al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiaria de su pareja homosexual cotizante con la cual convive? ¿Será necesario la ampliación de la cobertura de la seguridad social frente al derecho a la igualdad en la Constitución Política?.

La Seguridad Social es considerada en nuestra Carta Política como un derecho prestacional que en principio no es fundamental, y en esa medida no es susceptible de protección mediante la acción de tutela.

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio y además es un derecho subjetivo. Como derecho subjetivo, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Con todo, la terminación del contenido y alcances del derecho y la ampliación de la cobertura del servicio público están definidas principalmente por la ley, por expresa disposición constitucional. Constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, la negativa de una entidad de considerar como beneficiario a una persona que sea pareja homosexual en razón de su orientación sexual⁷. Sin embargo, no por ello la orientación sexual debe constituirse necesariamente en un criterio de valoración para determinar hacia dónde debe ampliarse la cobertura del servicio de seguridad social en salud.

Los criterios a partir de los cuales se va ampliando progresivamente la cobertura del servicio son múltiples y si bien están limitados por aspectos normativos constitucionales, existen otros factores, económicos y demográficos, entre otros, que le compete ponderar en primer término al legislador. Dentro de este análisis le corresponde al legislador determinar qué grupos sociales requieren con mayor urgencia la cobertura para que la distribución de beneficios se haga de acuerdo a las necesidades sociales comprobadas.

⁷ Como se vio en la sección 2.2 la Constitución obliga a aceptar como única hipótesis admisible que la familia se constituye por cuatro vínculos, los naturales, los jurídicos, los matrimoniales y, además, por la decisión responsable de conformar familia.

En esa medida, factores como la falta de capacidad económica, la indigencia, o el alto riesgo de sufrir afectaciones de la salud pueden y deben ser tomadas en cuenta por el legislador en el momento de extender el servicio de seguridad social. El problema de la determinación del deber legislativo de identificar y proteger a ciertos sectores de la población, así como el juicio sobre los criterios con base en los cuales se debe llevar a cabo su labor, conducen necesariamente a hacer un análisis del problema de la igualdad dentro del campo de la seguridad social. Ello se debe a que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación. En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio –estar haciendo vida de pareja- resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados –igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud.

Esta decisión de dirigir la extensión de la protección hacia uno u otro grupo por si misma no implica una violación del derecho a la igualdad de los otros grupos que no resultaron beneficiados en un momento dado. Esta Corporación mediante Sentencia C-098 de 1996 declaró la exequibilidad de algunas expresiones contenidas en la Ley 54 de 1990, a pesar de que no incluían a las parejas homosexuales dentro del régimen de protección de las uniones maritales de hecho y de los compañeros permanentes. En dicha oportunidad aceptó que el carácter limitado de la medida de protección que se establezcan mediante la actividad legislativa no vulnera el derecho a la igualdad por el solo hecho de no incorporar en un mismo momento la protección de diversos grupos discriminados, así se encuentre en situaciones similares.

Con todo, podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del

régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque, como ya se dijo, la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del Juez Constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

Como lo anunciábamos anteriormente, la última protección constitucional a las parejas del mismo sexo, en relación al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes de los mismos, fue mediante la sentencia C-336 de 2008 en la cual la Corte Constitucional estableció que las parejas del mismo sexo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes siempre y cuando cumplan con los mismos requisitos legales establecidos para las parejas heterosexuales.

Las normas demandadas fueron las referentes a la expresión compañera y compañero permanente contenido en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 que definen las uniones maritales entre compañeros permanentes y los artículos

47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993 que definen los requisitos de acceso a la pensión de sobrevivientes.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional de la expresión compañera o compañero permanente en el sentido que la expresión demandada debe entenderse bajo el entendido de que incluye a las uniones gay, que deberán cumplir con las mismas obligaciones que se les exigen a las parejas heterosexuales para acceder a la protección.

Los argumentos de la Corte para tomar la decisión fueron los siguientes:

- El alto tribunal advirtió que el ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto de los derechos fundamentales de las personas.
- De este modo, la exclusión de la pareja del mismo sexo entre las personas beneficiarias de la pensión de sobrevivientes implica una discriminación por razón de esa libre opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de los miembros de la pareja e implica por ende, una carga desproporcionada e innecesaria que resulta inconstitucional.
- La pensión de sobrevivientes es una manifestación del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la constitución.

En cuanto a la actividad del Congreso en regulación de la protección a los grupos gay, la Corte Constitucional enfatizó en que el congreso tendrá que establecer medidas para proteger a los distintos grupos marginados como la comunidad homosexual.

CAPITULO III. INTENTOS DE DESARROLLO LEGISLATIVO EN COLOMBIA QUE PUDIERON DAR SOLUCIÓN A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En el año 2002 se presentó el proyecto de ley 43 radicado en el Senado de la República donde en sus artículos se hace un reconocimiento legal de las parejas homosexuales. En el artículo 1 se hace un reconocimiento de estas, indicando que el Estado reconoce y protege las uniones de parejas del mismo sexo y en su artículo 2 se especifica su conformación, manifestando que **son uniones de parejas del mismo sexo las relaciones libres y estables entre dos personas mayores de edad, que hacen comunidad de vida permanente y singular** por lo menos durante dos años, siempre que ninguna de ellas tenga vínculo conyugal, unión marital de hecho o unión de pareja del mismo sexo vigente con otra persona (**Negrilla fuera de texto original**).

Con el anterior proyecto se solucionaba por lo menos en el aspecto legal el manejo de la Seguridad Social Integral, pues su artículo 5 numeral 1 especificaba que además de los efectos patrimoniales tendrían el siguiente efecto “A la seguridad social integral en los mismos términos reconocidos a los compañeros permanentes”.

Dentro de sus aspectos Constitucionales en la exposición de motivos cabe resaltar lo siguiente:

El artículo 13 de la Constitución consagra los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad, en los siguientes términos:

“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...”

Según esta disposición, los derechos a la igualdad y a la libertad implican el derecho a no ser discriminados en términos absolutos, esto es, que no existe en nuestra sociedad razón alguna que justifique un trato de tal naturaleza. Por lo tanto, toda manifestación discriminatoria va en contra del ordenamiento constitucional y, por ende, en contravía del proyecto de sociedad que define el artículo primero superior como “...democrática... y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...”

(...) Frente a esta concepción estrecha de los derechos fundamentales, cada día adquiere mayor vigor la corriente que propugna por el respeto al pluralismo y a la diferencia, bajo el entendido de que cada individuo tiene derecho a construir su propio proyecto de vida, sin otros límites que los derechos de terceros y el interés público. En este sentido, cabe resaltar, entre innumerables instrumentos de similar categoría y espíritu, la Resolución adoptada el 8 de febrero de 1994 por el Parlamento Europeo, en la cual ratifica la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Unión Europea, bajo la convicción de que “...todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual...” y pide a sus Estados miembros “que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”. La recomendación no ha caído en el vacío y muchos Estados la han desarrollado mediante leyes que establecen la igualdad real de derechos, sin distinciones de sexo, hasta el punto de autorizar el matrimonio entre parejas de igual sexo, como sucede hoy en Alemania y en Holanda.

Aunque no viene al caso retomar el debate contemporáneo sobre las causas de la homosexualidad, es necesario precisar que, conforme a las corrientes científicas y sociales contemporáneas, la conducta homosexual es apenas una de las tantas expresiones de la sexualidad humana, libremente optada por el sujeto que ordena su vida conforme a ella. Y siendo así, no hay lugar a la discriminación por tratarse del ejercicio de los derechos a la libertad, la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, todos ellos

columnas estructurantes del Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, consagrado en el artículo 1 de la Carta, en cuya construcción todos estamos llamados a participar (...)

Con base en las anteriores consideraciones, el contenido de este proyecto de ley trasciende la dimensión del ejercicio del derecho a la libre opción sexual; frontera que ya traspasó la Corte por vía jurisprudencial al admitir, primero, que fuera de las uniones heterosexuales existen otro tipo de uniones “entre éstas las conformadas por homosexuales” y, segundo, que no hay impedimento constitucional o legal para la conformación de “parejas homosexuales” (Sentencia C- 098 de 1996).

Queremos resaltar que dicha exposición se base en primer lugar en fuentes Jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el manejo de los derechos, algunos individuales frente a la homosexualidad y las bases en el derecho comparado frente a la homosexualidad como parejas o mejor como grupos de la población, indicando como países, Europeos entre ellos Holanda y Alemania, tienen legislado el manejo no sólo patrimonial, sino la opción de contraer matrimonio e inclusive llegar a la adopción.

En el aspecto que trabajamos en la formulación del problema en el análisis constitucional de este, no queda solucionado el aspecto de la Seguridad Social en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivencia, por estos aspectos:

* El ponente cita Jurisprudencia de la Corte en lo que tiene que ver con el derecho a la igualdad, pero queda claro en el desarrollo que hemos planteado desde el comienzo del trabajo que si bien es cierto la Corte se ha pronunciado en aspectos relevantes en cuanto a la homosexualidad, no los maneja como un grupo netamente discriminado y que por el hecho de tener digamos esta connotación no los hace frente a otros grupos poblacionales más o menos merecedores de este aspecto tan relevante como es la Seguridad Social, en

cuanto a la extensión paulatina y progresiva de su cobertura, según lo determinara la Ley.

* Es de resaltar que el derecho a la Seguridad Social como derecho de segunda generación y por lo tanto prestacional, requiere desarrollo legislativo, más allá de las tutelas y fallos que se presenten. Si un proyecto de ley de estas características hubiera logrado pasar los moralismos, conservadurismos en un país donde la homosexualidad es mirada como una enfermedad y no como una opción sexual de vida, posiblemente se hubiera logrado solucionar el aspecto a la Seguridad Social Integral, permitiendo que este grupo de población con proyectos de vida, tuviesen el acceso de una manera legal y no mirado como la oveja negra que existe en toda buena familia.

En el año 2004 se presentó el proyecto de ley 113 en el cual se analiza parte del reconocimiento de un hecho social insoslayable: la existencia de un número significativo de uniones afectivas entre personas del mismo sexo, y de su actual discriminación y desprotección frente a la ley. Su objetivo era, en consecuencia, avanzar en el reconocimiento de estas uniones como manifestaciones legítimas que, al igual que otras formas de convivencia afectiva, merece consideración y protección por parte del Estado.

El proyecto responde a la oposición planteada por algunos sectores sociales, que se han opuesto al reconocimiento de efectos patrimoniales a las uniones de parejas del mismo sexo, y que con sus argumentos desconocen el avance libertario de la Constitución del año 1991. Esta iniciativa nada tenía que ver con la constitución de la familia, pues una cosa es la libre opción sexual y otra muy diferente es la constitución de la familia y los efectos derivados de su constitución por vínculos naturales o jurídicos. La finalidad del proyecto, de acuerdo con la Senadora Piedad Córdoba, no fue más que propiciar la inclusión de estos núcleos de población que han visto vulnerados algunos de sus derechos por las posiciones políticas ciertos sectores de la sociedad.

La finalidad del proyecto se fundaba en principios de nuestro ordenamiento constitucional como lo son el pluralismo, la autonomía personal y la igualdad.

En efecto, nuestra Constitución opta por un orden jurídico que acepta la coexistencia de distintas formas de vida, y en consecuencia, aboga por el respeto de la diferencia y de la libertad de los individuos para escoger y construir su propio proyecto de realización personal. La libre opción sexual está claramente protegida, precisamente porque se entiende que ésta hace parte de un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera íntima y personal del individuo, sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y del libre desarrollo de la personalidad.

El proyecto recoge este principio pero, además, tiene una virtud adicional: insistir en la necesidad de que quienes no eligen conformar una pareja heterosexual, no sean relegados al ámbito de lo privado.

En el año 2006 se presentaron los proyectos de ley 130 y 152. Estos proyectos de ley contenían dos importantes medidas en materia de protección social para las parejas conformadas por personas del mismo sexo. En primer lugar, se buscaba que se permitiera a estas parejas conformar sociedades patrimoniales, con las mismas condiciones y requisitos previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes. En segundo lugar, se buscaba autorizar el acceso de estas parejas al Sistema de Seguridad Social, en las mismas condiciones establecidas para los compañeros permanentes.

Las dos medidas que se sugerían están claramente enmarcadas en la protección social, entendida ésta no sólo como el conjunto de instituciones y recursos destinadas a prevenir y mitigar las contingencias a las que están sometidas las personas (seguridad social), sino también como los instrumentos jurídicos que permiten a las personas protegerse contractualmente de estos riesgos, al menor costo para el erario público (sociedades patrimoniales). Y es

que la experiencia en esta materia indica que una protección jurídica adecuada a las personas que conviven en pareja mejora las condiciones de vida de las parejas, redundando en menores conflictos sociales y reduce la posibilidad de acudir a la asistencia social.

Por otra parte, estos mecanismos de protección no están atados al concepto de familia ni derivan de él. La protección social se confiere en primera instancia al individuo como una responsabilidad económica propia del estado social de derecho; en tal sentido se encuentra clasificada dentro de los derechos económicos sociales y culturales de la Constitución Política y en ciertos casos asociada a derechos fundamentales.

El hecho de que la protección social se organice ocasionalmente en torno al concepto de familia se explica en la medida en que esto facilita su prestación, y debe entenderse en el contexto de la protección integral que la Constitución confiere a la familia. Sin embargo, esta vinculación no es absoluta ni excluyente de otras formas de organización. Bien puede el legislador, dentro de su libertad de configuración de los mecanismos de protección social, definir que éstos se confieren solamente a los individuos (como sucede en el régimen subsidiado de salud) o que se confieren a parejas o grupos de personas, sin que estén vinculados a un grupo familiar.

Las consideraciones previas aplican de manera idéntica a las sociedades patrimoniales. El legislador del Código Civil dispuso que los matrimonios tuvieran un régimen de bienes denominado “sociedad conyugal”. El legislador de 1990 consideró pertinente crear un régimen de bienes para los compañeros permanentes denominado “sociedad patrimonial”, que no está vinculado al matrimonio ni al concepto civil de familia. El legislador presente bien puede ocuparse de regular las consecuencias económicas derivadas de la convivencia entre personas del mismo sexo.

CAPITULO IV. ALGUNOS ASPECTOS DE LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

4.1. Antecedentes históricos de la Seguridad Social.

Las primeras muestras del seguro social nacieron en Alemania, por obra del canciller Bismarck, en los riesgos de enfermedad 1883, accidente 1884, invalidez y vejez 1899, codificados en 1911 en unión del seguro de muerte. Esta obra es continuada en Inglaterra por Lloyd George, bajo presión de laborismo, con la Ley Nacional de Seguros Sociales de 1911, y en donde aparece una contingencia más, el desempleo, como las asignaciones familiares fueron obra del legislador francés, en el sistema que se inicia en 1910 y la maternidad tuvo sus orígenes en Italia, cuyo seguro social obligatorio fue instituido en 1910.

Un poco después de la aparición del seguro social obligatorio, se inicia un proceder más tímido, propio de los países latinos, y que caracteriza las leyes de Italia 1898, España 1908 y Portugal 1913, llamado de libertad subsidiada, por estar basado en el seguro facultativo, si bien fomentado por aportaciones estatales, pero que sin embargo pronto se haría obligatorio, según la acertada frase de “el seguro social, será obligatorio, o no será jamás seguro social”.

Estas formas iniciales de seguro social, suponían una estructuración incipiente y como tal incompleta, ya que cubrían, frecuentemente, determinado riesgo, estaban concretas, en mucho, al trabajo industrial, eran financiados, en parte, en base bipartita obrero y patrón, y administradas, a veces por la mutualidad, inconvenientes que poco a poco iban a ser subsanados por el progreso de una institución que se vio alentada por las reformas sociales del final de la primera guerra mundial.

Aparecen así, las leyes de seguro social integral, basadas en una sola disposición legal y administradas en una sola institución, y cubriendo la generalidad de beneficios y la totalidad de asegurados, es decir, amparando a toda clase de trabajo, en toda necesidad “desde la cuna a la sepultura”.

4.2. Sociología de la Seguridad Social.

Lo que con mayor frecuencia se entiende por seguridad social es todo el conjunto de medidas obligatorias, cuyo objeto es proteger al individuo y a su familia, contra las consecuencias de la interrupción inevitable o de la seria disminución de ingresos necesarios para el sostenimiento de un nivel de vida razonable. No enfocamos la Seguridad Social, ni la concebimos, como la concesión hecha para impedir la hecatombe, sino como una institución con profundas raíces psíquicas que son su fundamento. Ella se basa en deseos y actitudes del individuo, producto de la condición gregaria del hombre.

En quien recibe los beneficios, hay deseo de seguridad, que nace en quien se preocupa por el futuro y presente incierto el porvenir. Es humano que el individuo quiera asegurarse unas buenas condiciones de vida, prevenir enfermedades y curarlas. Es lo que hace buscar el amparo del grupo social. Existe en él, también, el deseo y reconocimiento; el anhelo de ser tomado en cuenta por los demás; de no ser olvidado en la adversidad; de disfrutar de una condición social satisfactoria.

La Seguridad Social no se basa ni en la desigualdad social, ni en las deficiencias de la organización, ni en la conveniencia de hacer innecesaria la revolución, sino en la dignidad humana, en la libertad, la igualdad y la solidaridad. Precisamente por eso, los servicios que se presten al asegurado no se agotan con el estudio del caso fisiológico, profesional o social, si no que se penetra sutilmente en el caso humano.

4.3. La Seguridad Social y la Organización de la Familia.

Son grandes y extremadamente diversificadas las responsabilidades que deberían caber dentro de la Seguridad Social en el concepto de la moderna política de bienestar familiar.

Para poder hacer frente a las responsabilidades familiares, la Seguridad Social deberá apartarse integralmente del carácter individualista del seguro privado, que en cierto modo le ha servido de base histórica. Tiene que considerar como objetivo de protección social, no sólo al aislado asegurado, sino a toda la célula familiar, en la cual está integrado. En algunas leyes vigentes con relación a la cobertura familiar, salta a la vista el tratamiento discriminatorio a las compañeras permanentes, solución subsanada parcialmente por la Ley 797 de 2003. Para los servicios sociales de índole jurídica, ligados con frecuencia a las instituciones de Seguridad Social, debería caber la legalización de las uniones de ipso. Así mismo esta regulación se debería extender a los derechos de los sobrevivientes, dentro del seguro de muerte y de accidentes de trabajo, en cuanto a la definición liberal del grupo de dependientes admitidos en los respectivos beneficios y, determinación equitativa de los niveles de los mismos.

Pero la familia se determina por su unidad sentida, el amor. De acuerdo con Hegel (En Gaete, 1995), amor significa conciencia de mi unidad con otro, de manera tal que no estoy para mí aislado, sino que consigo mi autoconciencia al abandonar mi ser por sí y saberme como unidad mía con el otro y como unidad del otro conmigo. Pero el amor es sentimiento, es decir, la eticidad en la forma de lo natural. En el Estado no existe ya esta forma, pues en él se es consciente de la unidad en la ley: su contenido debe ser racional y yo debo saberlo.

La familia se realiza en los tres aspectos siguientes:

- * En la figura de su concepto inmediato, como el matrimonio o las uniones maritales de hecho.
- * En la existencia exterior, la propiedad y los bienes de la familia y su cuidado;
- * En la educación de los hijos y la disolución familiar.

La familia como germen social tiene una protección especial, de ahí que, como hace nuestra Constitución, se establezcan por parte de los poderes públicos una serie de medidas tendientes a la protección de la familia. Se trata de un precepto que, en puridad, se sale de la órbita estricta de la familia en su esfera privada, para acercarla a la esfera del Derecho público, marcando una serie de normas cuya observancia, en aras de la igualdad jurídica, es absolutamente necesaria y que escapan a la propia voluntad de los sujetos de la institución familiar, que de este modo, opinamos, es cada vez más institución familiar.

4.4. La Homosexualidad.

La cultura desempeña evidentemente un papel importante para determinar lo que, desde nuestro juicio, aparecerá como “natural” o “desviado”. No está claro que se sigan necesariamente consecuencias negativas para el individuo o para la sociedad de unas prácticas que suelen juzgarse más o menos desviadas.

Los manuales y los tratados de moral antiguos consideraban generalmente la sexualidad humana como una experiencia propia únicamente de casados. Pero la sexualidad es un factor omnipresente y constitutivo de la estructura propia de la existencia humana. Dentro de esta visión encarnada de la existencia humana, la sexualidad es aquel aspecto de nuestro ser carnal en el mundo por el que nos manifestamos y nos abrimos a lo que no es nosotros mismos, a lo que es “otro”. Por ese “otro” pueden entenderse objetos o sujetos, personas. Pero ante todo, es el modo por el que un sujeto aislado sale de sí mismo para establecer la comunicación con otro sujeto.

A la hora de valorar el comportamiento sexual, la tradición católica ha cargado el acento durante los últimos siglos en la naturaleza moral objetiva de cada acto considerado en sí mismo. En consecuencia la homosexualidad se consideraba acto intrínsecamente malo, gravemente inmoral e injustificable en cualquier circunstancia. En esta postura influyeron mucho la simplificación tomista del derecho natural, la perspectiva adoptada por los manuales de teología moral, que ha centrado la atención en el elemento negativo del pecado, y un deseo de formular normas absolutas, claras y precisas para dirigir la conducta moral.

En ninguna cultura ha sido vista con tanto horror la homosexualidad como en el Occidente judeo-cristiano. Ni el Islam ni el hinduismo la consideran tabú. Los pueblos primitivos, como los esquimales, malasios o los indios norteamericanos, la aceptan sin dificultad, y la antigua Grecia la institucionalizó.

En algunas culturas primitivas se llega incluso a considerar a los homosexuales como una especie de chamanes o como hombres de condición sagrada, pero nunca como criminales.

La única explicación de la profunda fobia y animosidad del Occidente judeo-cristiano es el hecho de que el comportamiento homosexual es considerado en la Biblia como un crimen merecedor de la muerte (Lv 18,22; 20,13), un pecado *contra natura*, que excluye al culpable del reino de Dios.

La actividad homosexual entre varones se prohíbe en el Levítico por los mismos motivos que en el Deuteronomio y en los libros de los “Reyes”. Es una abominación a causa de sus vinculaciones con los ritos cananeos de la fecundidad. El Talmud extendió la prohibición, pero no la pena de muerte, también a las mujeres, que no estaban incluidas en el Levítico. A pesar de que un cristiano no tiene por qué leer la legislación del Antiguo Testamento con la misma óptica que un judío ortodoxo, la prohibición del Levítico contra los actos de homosexualidad ha ejercido un considerable influjo sobre la Iglesia. Sin

embargo, lo que más directamente influyó y resultó históricamente más importante para la actitud cristiana con respecto a la conducta homosexual fue el relato del Génesis sobre Sodoma y Gomorra (Gn 19).

Desde San Pablo, pasando por santo Tomás de Aquino, hasta llegar a nuestros días y la *Declaración sobre la ética sexual*, de 1975, la tradición católica ha mantenido ininterrumpidamente su juicio de que todos los actos homosexuales van contra la naturaleza y son gravemente pecaminosos.

La investigación científica ha revelado que la homosexualidad es un fenómeno muy complejo que desafía toda clasificación conforme a unas ideas rígidas y predeterminadas. La verdadera inversión sexual es irreversible en la práctica. ¿Cómo han de juzgarse, por consiguiente, los actos de un homosexual irreversible? ¿Han de ser juzgados los actos que los verdaderos homosexuales consideran absolutamente naturales conforme a su condición como antinaturales simplemente porque la mayoría heterosexual dominante los considera tales?.

Pero la moralidad de los actos homosexuales, al igual que la de todos los actos humanos, han de determinarse mediante la aplicación de los principios de la ética cristiana y de la teología moral.

Existe una postura que considera la homosexualidad y su expresión como inequívocamente buenas, “no contraria a la naturaleza humana” y “el brote más delicado de la amistad humana”. Uno de los aspectos más importantes de la homosexualidad es la conciencia de ser distinto de la mayor parte de las personas. Los homosexuales tienen los mismos derechos al amor, la intimidad y las relaciones que los heterosexuales.

Estas reflexiones nos llevan a opinar que la moral sexual Cristiana no pide una doble norma. Los homosexuales tienen los mismos derechos y deberes que la mayoría heterosexual. Los homosexuales, al igual que la mayoría de los

heterosexuales, habrán de analizar y valorar su comportamiento a la luz de las mismas valoraciones y conforme a las mismas normas morales para determinar si sus acciones ostenten o no las características propias de una sexualidad humana integrada.

La tradicional actitud cristiana ante la homosexualidad a lo largo de muchos siglos hace a la Iglesia responsable al menos indirectamente de muchos prejuicios y de la discriminación que sufren actualmente en la sociedad los homosexuales. Como representantes de Jesucristo, los dirigentes de la Iglesia tienen una gran responsabilidad que les exige trabajar en pro de la eliminación de los reparos que todavía sufren los homosexuales en nuestra sociedad, especialmente en el ámbito de la legislación y los derechos civiles.

Es de anotar que la religión Católica se ha ido modernizando al no manejar el tratamiento de criminales para las personas con preferencias sexuales diferentes a la de los heterosexuales, pero sigue siendo aún muy tímida dejando que la legislación de cada país determine condicionamientos sociales y económicos especiales para las parejas del mismo sexo.

¿Qué pasa entonces con el concepto familia para las parejas del mismo sexo con proyecto de vida?

Desde la Antropología, el estudio de otras culturas nos facilita tener modelos de referencia para llegar a la nuestra y apreciar en ella lo positivo de lo que la diversidad existente puede aportarnos. Las parejas de hecho, las familias homosexuales, la adopción por homosexuales son sólo algunos de los temas que están de actualidad porque son realidades que, de hecho, existen. Y puesto que existe la sociedad debe plantearse como articularlas legalmente.

CAPITULO V. PORQUE FORMULAMOS EN EL PROBLEMA LA PENSION DE SOBREVIVENCIA DE ORIGEN COMÚN COMO PROFESIONAL

Ante todo está claro que el Sistema Integral de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas a saber: salud, pensión y riesgos profesionales. Por lo tanto una persona que pertenezca al régimen contributivo de salud deberá pertenecer integralmente al de pensiones y riesgos profesionales, dando una completa cobertura de todas las contingencias derivadas de la razón de ser del individuo, como son la vejez, la invalidez, la muerte, la enfermedad general y la maternidad. Cabe resaltar que la afiliación al subsistema de riesgos profesionales es optativa para el trabajador independiente excepto para el contratista.

El decreto 1295 de 1994 en el artículo 49 tiene previsto lo siguiente: "Muerte del afiliado o del pensionado por riesgos profesionales. Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivencia las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993." Lo anterior es apenas lógico por qué entre las dos leyes existe una semejanza relevante, pues en ambos casos se trata de solventar la reparación de la contingencia muerte, independientemente de su origen.

CAPITULO VI. DERECHO COMPARADO

Dinamarca fue el primer país en el mundo en reconocer legalmente a las parejas de gays y lesbianas, en 1983. El segundo en hacerlo fue Noruega, en el 1993. Posteriormente, la propuesta también se presentó en otras naciones y es así como en Alemania, Bélgica, Francia, Noruega, Suecia y Holanda, los homosexuales ya se pueden casar. Holanda, por ejemplo, suprimió cualquier diferencia entre parejas heterosexuales u homosexuales. Todas gozan de los mismos derechos y deberes. Francia tiene el llamado pacto civil de solidaridad, en el que se reconocen derechos a las parejas homosexuales, como la declaración común de renta, cobertura social de la pareja, herencia y otros aspectos. La ley alemana, entre tanto, equipara casi en su totalidad a las parejas homosexuales con las heterosexuales, incluyendo para las primeras derechos de herencia, fiscales y de inmigración. En Estados Unidos también se falló a favor de la igualdad de las parejas del mismo sexo, las que se reconocen como si se tratara de un matrimonio. En América Latina todavía el tema es polémico. Ecuador en su Constitución prohíbe la discriminación por orientación sexual. En Buenos Aires (Argentina), también se prohíbe expresamente la discriminación de las parejas homosexuales.

Para estos países es una forma de erradicar la discriminación que ha existido por años frente a esta población, permitiendo el crecimiento de una sociedad donde se admite cualquier opción, forma y decisión de vida.

No cabe que a una agrupación o segmento de la población se le nieguen algunos derechos, mientras que tienen las mismas obligaciones que el resto de los ciudadanos.

Para la Iglesia sigue significando una erosión de los valores fundamentales de la sociedad, pues siguen considerando que el matrimonio y los demás aspectos

que puede conllevar este en una pareja homosexual no responden a la realidad de este vínculo.

CAPITULO VII. CONCLUSIONES

Queda claro que para lograr una cobertura de la Seguridad Social a todo tipo de población se requiere un desarrollo legal en la cual se establezca que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la seguridad social y conformar sociedades patrimoniales con los mismos requisitos de las uniones libres heterosexuales. Aunque parezca increíble, esta idea se ha hundido en legislaturas anteriores. El simple hecho de que persistan los debates sobre algo tan elemental, desde el punto de vista humano y social, muestra el grado de atraso institucional en el que estamos.

La familia y la pareja son dos supuestos de hecho no equiparables, por lo tanto, la protección de la familia como valor fundamental de la sociedad no justifica la exclusión de los miembros de una pareja del mismo sexo del régimen de seguridad social previsto en la Ley 100. En todo caso, la familia como criterio que determina la ampliación de la cobertura del régimen de protección de seguridad social, no puede convertirse en un mecanismo a través del cual se afecten de manera desproporcionada los derechos fundamentales de los miembros de una pareja del mismo sexo.

En efecto, la Constitución Nacional en su artículo 42 otorga protección especial a la familia que no es otra cosa que la forma primigenia de asociación de los seres humanos. Este derecho reconoce la dimensión constitucional de las familias que surgen a partir del vínculo matrimonial y de todas las formas de familia natural, cuyo origen es la voluntad responsable de conformarla. En esa medida, los individuos que forman parte de una pareja heterosexual deben ser titulares del derecho fundamental a la libertad de asociación, e igualmente deben ser objeto de particular protección constitucional.

La civilización y el respeto a la igualdad no son lo que se plasma en los textos, parte de la misma conciencia que cada individuo tiene en el respeto a su prójimo como así mismo. El respeto debe enseñarse desde la infancia para lograr que los textos dejen de serlo y se conviertan en realidades de vida para todo tipo de personas. Para que esto sea así es necesario que el Estado intervenga basándose en el ordenamiento jurídico, puesto que la educación en Colombia debe surtir ciertos cambios para lograr el cometido.

Es evidente que el derecho a la Seguridad Social pierde parte de su connotación cuando se trata de una población homosexual puesto que no es tenido en cuenta el derecho a la igualdad reflejado en la discriminación que estas personas deben sobrellevar.

Las contingencias que buscó proteger la Ley 100 de 1993 como desarrollo de la Constitución no caben frente a los homosexuales porque no estuvo desarrollado dentro del mismo texto.

En Colombia, los conceptos que presenta la iglesia, han sido tenidos en cuenta para la toma de decisiones en lo que se refiere a los cambios del ordenamiento jurídico, tanto es así, que en las discusiones en el Congreso, la misma ha tenido participación para expresar su concepto. Esto puede ser debido a que nos encontramos en un país en el que se da trascendencia a la religión y es un país moralista. Esto ha traído dificultades para el desarrollo del tema de las parejas del mismo sexo.

Consideramos para finalizar que la dificultad en el tratamiento legislativo para las parejas que establecen vida común y que son del mismo sexo, radica en entender que si son una familia pero de características diferentes a las existentes en la Sociedad, su estructura de conformación es la misma porque es el deseo de convivencia con otro ser humano con proyectos de vida juntas y el acompañamiento permanente del uno al otro. Por lo tanto si la legislación entiende los diferentes estilos, modelos de familia que hay o pueden llegar a

existir tendrá que adecuarse a esta realidad y no seguir siendo ajena a ello con el simple argumento de lo blanco o lo negro.

En caso de que no se pueda configurar dentro del concepto familia, la legislación deberá realizar cambios que tiendan a proteger a este tipo de individuos con preferencias sexuales diferentes, a fin de evitar que sigan desprotegidos tanto a nivel social, patrimonial como de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFIA

- Arturo Gaete. La Lógica de Hegel. Iniciación a su lectura, Edicial, Buenos Aires, 1995.
- Héctor Fix-Zamudio, *Los abogados mexicanos y el ombudsman*, México, C.N.D.H. 1992, págs.71 a 81.
- Sentencia T-097 de 1994.
- Sentencia T-569 de 1994.
- Sentencia T-277 de 1996.
- Sentencia C-098 de 1996.
- Sentencia T-101 de 1998.
- Sentencia T-566 de 1998.
- Sentencia C-481 de 1998.
- Sentencia C-481 de 1998.
- Sentencia C-481 de 1998.
- Sentencia C-431 de 1999.
- Sentencia C-507 de 1999.
- Sentencia T-437 de 2002.
- Sentencia T-499 de 2003.
- Sentencia T-808 de 2003.
- Sentencia C-075 de 2007.
- Sentencia C-811 de 2007.
- Sentencia 633 de 2008.
- Proyecto de Ley 113 de 2004.
- Proyecto de Ley 130 y 152 de 2006.
- Concepto de la procuraduría 4160.
- Concepto de la procuraduría 6947.