

INSTRUCTIVO PARA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES POR MUERTE PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO

El presente documento se estructuró en cumplimiento del numeral 4 de la sentencia del Consejo de Estado dentro del radicado No. 25000 23 42 000 2012 00038 02 con el fin de capacitar y orientar a los funcionarios del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON que intervienen en el reconocimiento de prestaciones por muerte para personas del mismo sexo, en aras de preservar el derecho a la igualdad y la no discriminación.

En desarrollo del presente instructivo se adelantaron acciones orientadas a identificar los obstáculos que enfrentan las parejas del mismo sexo para acceder al reconocimiento de sus derechos pensionales. El estudio y análisis tanto de las sentencias del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional y de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos a parejas del mismo sexo fue agenda permanente en la Comunidad de Práctica Jurídica, con más de 20 sesiones dedicadas a su análisis. Se practicaron clínicas de caso con los servidores que tienen a su cargo el reconocimiento de prestaciones económicas, consulta de fuentes y líneas jurisprudenciales.

Finalmente, FONPRECON se reunió con la ONG Colombia Diversa cuyos estudios, experiencias y material compartido influyeron positivamente la construcción de este instructivo.

INTRODUCCIÓN

La pensión de sobrevivientes es un auxilio o ayuda fundamentado en los principios de solidaridad y universalidad de la seguridad social. Tiene como finalidad esencial proteger a los familiares de la persona fallecida, brindando así estabilidad económica para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, sobre todo cuando esta prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios. Por tanto, de allí se asume que la prestación cumple una función restaurativa de las contingencias generadas a los allegados del causante, consistente en estabilidad económica y social.

La Ley 100 de 1993, a través de los artículos 46 y 47, enlista aquellas personas beneficiarias de la prestación y establece los requisitos. No obstante, la interpretación de quién es beneficiario estuvo aparejada al concepto de familia, como un vínculo *natural* y legal entre varias personas, pero en su esencia por un hombre y una mujer, déficit de protección contenido en la redacción del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

Ello generó un margen de insuficiencia en la protección del derecho a la igualdad que se predica de las personas que siendo del mismo sexo quieren conformar una familia. Por tanto, la interpretación que se deriva de la legislación fue exequible en el evento en que se estableciera con observancia del principio de igualdad, lo que conllevó a la consideración de trato igualitario de las parejas heterosexuales y las homosexuales.

Ese avance, fue el resultado de diferentes pronunciamientos internacionales, considerados como mecanismos de protección del derecho a la igualdad y no discriminación. De allí se identificó la necesidad de disminuir el margen de desprotección hacia las parejas homosexuales, y fue por ello que la jurisprudencia, y en particular los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, conllevaron a que la legislación interna se ajustará *-adecuara-* y, con ello, el avance en las garantías que hoy permiten establecer que las parejas homosexuales tienen derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte siempre y cuando acrediten los requisitos establecidos por la regulación.

EVOLUCIÓN Y TRASFONDO DE LAS UNIONES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO.

Las primeras concesiones que se hicieron a las parejas del mismo sexo fueron de carácter eminentemente económico, tal como ocurrió con el régimen patrimonial entre compañeros permanentes que se extendió a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Con la demanda de constitucionalidad formulada a la Ley 54 de 1990, que definió las uniones maritales de hecho y del régimen patrimonial entre compañeros permanentes, hizo eco el reclamo de protección a los derechos de las parejas homosexuales, como consecuencia de la violación de los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución Política, porque las normas acusadas no toman en consideración a las parejas de mujeres o de hombres que conviven de manera estable y permanente.

La sentencia C-098 de 1996, declaró la exequibilidad de las normas acusadas, indicando:

“Para todos los efectos civiles, se denomina 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 denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Pasados once años de este pronunciamiento, en Sentencia C-075 de la Corte Constitucional se declaró la exequibilidad de la norma, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Al respecto la Corte Constitucional expreso:

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.”

A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción de las modalidades de protección, que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encontró la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente fue declarada la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se predica respecto de las parejas homosexuales.

IDENTIFICACION DE OBSTACULOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Los obstáculos se entienden como toda aquella barrera o dificultad que enfrentan las familias diversas al momento de solicitar el reconocimiento de sus derechos. Se constituyen por situaciones directamente enmarcadas en la condición personal del solicitante, generando distinciones que por lo regular comportan requisitos más estrictos que los dispuestos para las parejas heterosexuales.

Su tratamiento y las medidas para superarlos, se fundamentan en el reconocimiento de la condición de igualdad que se ha reconocido a las parejas del mismo sexo en el escenario constitucional, legal y jurisprudencial. Por esto, toda consideración negativa basada en la orientación sexual no se apoya en la legislación.

Para efectos de documentar los obstáculos que enfrentan las parejas del mismo sexo, se acudió a los estudios y documentos académicos de la Organización Colombia Diversa, que fueron ampliamente citados en la sentencia del Consejo de Estado radicado No. 25000 23 42 000 **2012 00038** 02. En ese propósito, los principales obstáculos que se han identificado se describen a continuación:

<<A pesar de los avances en el papel, existen grandes obstáculos para que se materialicen en la realidad. Múltiples sentencias han protegido a las parejas del mismo sexo, pero por partes, generando nuevos desacuerdos sobre su alcance e interpretación, y sobre los procedimientos para su aplicación, poniendo en peligro su eficacia. La falta de acompañamiento jurídico y psicosocial para proteger los derechos derivados de los vínculos familiares, impide también el acceso a la justicia y a las garantías judiciales>>

<<Este informe busca hacer visibles los obstáculos que se presentan en sentencias emitidas por la Corte Constitucional para el reconocimiento y ejercicio de los derechos originados alrededor de una pareja del mismo sexo, principalmente las resistencias institucionales (Prácticas institucionales de funcionarios como obstáculo que entorpece e impide la aplicación real de las sentencias, manteniendo la interpretación de la legislación como antes de los reconocimientos) que hacen que las familias diversas sean consideradas como no deseables, y se ubique a las parejas del mismo sexo en una jerarquía inferior con respecto a las parejas homosexuales.>>

Obstáculos¹	Descripción²
Paseo burocrático	Hace referencia al uso de mecanismos para postergar las solicitudes de las familias. En cada caso las familias se someten a dilaciones injustificadas, sustentadas en un aparente desconocimiento generalizado por parte de los funcionarios, su aplicación “especial”, el alcance y la competencia de cada funcionario o funcionaria e institución
Interpretación discriminatoria	Cuando se aplica lo expresado en las sentencias de manera selectiva y partiendo de la carencia de los derechos, haciendo que en cada caso las parejas deban sobre argumentar su derecho al reconocimiento.
Desinformación y confusión	Cuando los funcionarios o funcionarias manifiestan no tener claridad sobre el caso, los procedimientos, los documentos que deben solicitarse y la inexistencia de formatos para parejas del mismo sexo, apelando a argumentos procesales como forma de negar el acceso de las parejas a los mecanismos de protección que desean, o cuando con la información que les suministran a las parejas las inducen a error.
Requisitos adicionales	Cuando se piden requisitos no previstos en las sentencias ni en la ley. Práctica que se deriva de la creencia que el trato a parejas del mismo sexo debe ser diferente al dado a las parejas heterosexuales.
Dependencia de la empatía del funcionario	Cuando se depende de un funcionario o funcionaria, para que las parejas accedan a los mecanismos de protección o figuras jurídicas familiares, y se ven forzadas a acudir sólo a determinados lugares o a rastrear la ubicación de la persona que no les imponga obstáculos.

¹ Familias bajo sospecha. Una batalla por la igualdad. ONG Colombia Diversa.

² Ibid.

Para el caso específico del Sistema General de Pensiones, NO se asociaron obstáculos relacionados con la dependencia de la empatía del funcionario.

MEDIDAS PARA SUPERAR LOS OBSTACULOS

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional (en particular C-336 de 2008 y C-577 de 2011) y de las normas y principios que son parte del **Bloque de Constitucionalidad**, ajustó sus procedimientos de acuerdo con los estándares de interpretación del derecho a la igualdad frente al reconocimiento de las prestaciones sociales en parejas del mismo sexo, razón por la cual todas las solicitudes que han sido resueltas y que guardan relación con el tema, son respetuosas del derecho a la igualdad y conservan la línea de no discriminación por razones de orientación sexual.

Por tanto, a continuación, se relacionan los aspectos que por considerarse esenciales dentro de la resolución de casos, evitan el desconocimiento que se predica del derecho a la igualdad en las parejas del mismo sexo. Para facilitar su consulta se acude al mecanismo de relacionar dudas e inquietudes generales sobre el tema y su tratamiento con base en preguntas.

- 1. ¿En materia pensional el concepto de familia se fundamenta en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 de la Constitución Política?**

Respuesta:

No. Tanto la jurisprudencia Constitucional como los instrumentos jurídicos internacionales han manifestado que también el concepto de familia debe hacerse extensivo a las parejas homosexuales.

- 2. ¿Existe justificación que autorice un trato discriminatorio a las parejas del mismo sexo en materia pensional?**

Respuesta:

No. Acorde con la Sentencia C-336 de 2008 no existe fundamento razonable y objetivo suficiente para justificar un trato desigual a las parejas del mismo sexo. De existir algún criterio de exclusión sería claramente contrario a los principios

constitucionales que pretende desarrollar el Sistema de Seguridad Social y a los principios que irradian todo el ordenamiento jurídico.

3. ¿Cuáles se consideran factores demostrativos de convivencia en parejas del mismo sexo?

Respuesta:

Se consideran factores demostrativos de la convivencia en parejas del mismo sexo los tres siguientes:

La comunidad de vida. Exteriorización de la voluntad de los integrantes en conformar una familia, manifestado en la convivencia, ayuda y socorros mutuos, compartiendo metas y asuntos esenciales de vida.

La permanencia. La forma en que una pareja comparte voluntaria y maritalmente, con una característica de estabilidad y permanencia en contraposición con las relaciones temporales, esporádicas u ocasionales.

La singularidad. Como la identificación plena de la pareja.

4. ¿En qué consiste la clandestinidad y cómo incide en la acreditación del requisito de convivencia?

Respuesta:

La clandestinidad es la condición de sigilo, reserva y cuidado frente al público y la sociedad con el fin de evitar prejuicios e intolerancia. El hecho de que una relación sentimental sea discreta no la hace inexistente, por tanto, no tiene incidencia en la acreditación del requisito de convivencia.

5. ¿Existen requisitos especiales para el reconocimiento de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo?

Respuesta:

No. Los requisitos son los mismos que se exigen a las parejas heterosexuales consagrados en el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.

6. ¿Qué norma se aplica para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo?

Respuesta:

La norma que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, por extensión de las sentencias C-075 de 2007, C-366 de 2008, C-557 de 2011, T-717 de 2011. En este sentido, debe valorarse a partir de la fecha de fallecimiento la norma que gobernaba la situación jurídica, entre otras puede tratarse de la Ley 100 de 1994 o la Ley 797 de 2003.

7. ¿La declaración de la Unión Marital de Hecho ante Notaria es un documento determinante para el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo?

Respuesta: No. En desarrollo de la libertad probatoria aplicable a parejas del mismo sexo, el documento puede aportarse, pero en ninguna medida constituye un requisito determinante o tarifa legal para acceder al reconocimiento. Si existen otros elementos probatorios con los cuales se demuestre la convivencia y el vínculo familiar, hay lugar a declarar el derecho.

8. En el caso de las parejas del mismo sexo ¿cuáles son las pruebas que deben ser presentadas para el reclamo de alguna prestación por muerte que exija demostrar convivencia por un tiempo determinado?

Respuesta:

Las pruebas que se deben solicitar para efectos del reconocimiento de estas prestaciones son las mismas exigidas para parejas heterosexuales, es decir, documentos, testimonios, declaraciones de parte, que den cuenta de que la pareja convivió por un tiempo no inferior a cinco (5) años, con el ánimo de conformar una familia.

9. ¿Las parejas del mismo sexo en el régimen son sujetos de especial protección constitucional?

Respuesta:

Si. En jurisprudencia diversa de la Corte Constitucional, se ha concedido a las parejas del mismo sexo la categoría de sujetos de especial protección constitucional por cuenta de los actos históricos y sistemáticos de discriminación de que fueron víctimas.

10.¿Qué implicaciones tiene el reconocimiento de sujeto de especial protección constitucional?

Respuesta:

Las implicaciones son varias, principalmente se traducen en un catálogo de medidas que permita monitorear las condiciones de acceso a sus derechos y resguardarlo siempre que se constituyan dificultades en su realización. En el caso pensional, el reconocimiento de una situación de indefensión respecto de las distintas relaciones sociales en las que están inmersos, propicia la necesidad de que tanto en el contexto judicial como en el administrativo se cree un escenario probatorio justo, apropiado y sensato, en donde las partes involucradas se ubiquen en un plano de igualdad de condiciones.

11. ¿Qué modalidad de prestacional se concede a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes menores de 30 años de edad?

Respuesta:

De acuerdo con la Ley 797 de 2003, tanto para beneficiarios heterosexuales como homosexuales, si el beneficiario que acredita su derecho es menor de 30 años y sin hijos en común con el causante, el reconocimiento procede únicamente por el término de 20 años, esto es, de forma temporal.

12. ¿Cómo aplicar el criterio de temporalidad del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la luz de la sentencia C – 336 de 2008?

Respuesta:

El criterio de temporalidad se debe aplicar en forma retrospectiva, es decir, las entidades administrativas tienen la obligación de estudiar de fondo las solicitudes de pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo, así el fallecimiento del causante hubiere ocurrido antes de la expedición de la Sentencia C – 336 de 2008.

13. ¿Qué medidas de protección adoptan las Normas Internacionales del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) para las parejas del mismo sexo?

Respuesta:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968. Los artículos 2.1 y 26 del aludido Pacto de Derechos Civiles y Políticos señalan, en su orden, que (i) cada uno de los Estados Partes «se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio [...] los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social», y (ii) «[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Por otro lado, Colombia ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 29 de octubre de 1969. El Artículo 9. Señala “Los

Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”, por tanto, todos los estados Parte en el Pacto se han comprometido a garantizar el ejercicio de los derechos, sin discriminación alguna por motivos de sexo.

14. ¿Qué dispone frente al reconocimiento de los derechos prestacionales las Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?

Respuesta:

Colombia ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 28 mayo de 1973. Con base en la Convención se concluye que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es inseparable de la dignidad esencial de la persona y con base en él está vedado todo trato discriminatorio por condiciones de sexo.

15. ¿Es posible someter a las parejas del mismo sexo a trámites diferentes a los que debe adelantar las parejas heterosexuales, para la reclamación de una pensión de sobrevivientes?

Respuesta:

No. Ninguna administradora de pensiones puede exigir requisitos diferentes a los que contempla la Ley para efectos del trámite y reconocimiento de una pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo.

16. ¿Pueden los regímenes especiales de pensiones consagrar requisitos o elementos diferenciales en materia de reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo?

Respuesta:

No. Ni la Ley ni la jurisprudencia contemplan requisitos especiales para la pensión de sobrevivientes, según la especialidad de sus regímenes. Por tanto, las condiciones que debe acreditar el beneficiario se encuentran definidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Si bien debe considerarse la normatividad vigente al momento del fallecimiento del

causante, a la luz de los pronunciamientos constitucionales no se excluye a las parejas del mismo sexo.

17. ¿Se considera sospecha de discriminación, el solicitar como requisito para el reconocimiento pensional sentencia ejecutoriada que declare la unión marital de hecho, para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes?

Respuesta:

No. Cualquier prueba que lleve a la certeza del derecho y aclare dudas para quien reconoce la prestación es admisible, la discriminación se configura, cuando las pruebas solo se exigen a un determinado grupo de parejas.

18. Las administradoras o fondos de pensiones pueden abstenerse de estudiar las pruebas aportadas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, so pretexto de dejar en suspenso hasta que la jurisdicción ordinaria dirima quién tiene el mejor derecho, en caso de presentación de múltiples beneficiarios

Respuesta:

No. No puede abstenerse ya que estarían violando el debido proceso administrativo. Las administradoras y fondos de pensiones deben valorar todas las pruebas allegadas por los beneficiarios y sobre ellas pronunciarse, en caso de no hacerlo, le está coartando el derecho a solicitar revisión en segunda instancia administrativa, y en ese caso la jurisdicción ordinaria no sería un medio idóneo para reclamar esta prestación.

19. ¿Qué consecuencias produce la decisión administrativa que afecta el derecho de igualdad por razones de orientación sexual?

Respuesta:

Para el funcionario medidas disciplinarias y para la entidad, medidas fiscales y judiciales que hacen más costoso el derecho pensional por el pago de interés, indexación, costas y agencias en derecho.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA RELEVANTE

Documento	Enlace
Familias bajo sospecha	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=497
Sentencia SC-4369 de 2018 Corte Suprema de Justicia	Link: https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=501
Sentencia SL-4549 de 2019 Corte Suprema de Justicia	Link: https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=505
Sentencia No. 2013-00008 (4263-13) Consejo de Estado	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=508
Sentencia T-291 de 2016 Corte Constitucional	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=511
Sentencia T-376 de 2019 Corte Constitucional	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=514
Sentencia SC-1399 de 2019 Corte Suprema de Justicia	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=518
Sentencia SL-5524 de 2016 Corte Suprema de Justicia	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=522
Sentencia T-357 de 2013 Corte Constitucional	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=525
Sentencia T-592 de 2010 Corte Constitucional	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=528
Sentencia T-349 de 2006 Corte Constitucional	https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=531

Sentencia C-336 de
2008 Corte
Constitucional

<https://gdc.fonprecon.gov.co/wordpress/?p=534>