

**LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD
SOCIAL COLOMBIANA: CONVIVENCIA SIMULTÁNEA DE CÓNYUGE Y
COMPAÑERO (A) PERMANENTE SUPÉRSTITE CON EL CAUSANTE DE LA
PRESTACIÓN**

Presentado por:

Luz Mery Rodríguez Lascarro.

Director de Tema:

Rafaél Rodríguez Mesa

Directora Metodológica:

Judith Echeverría

**UNIVERSIDAD DEL NORTE, BARRANQUILLA
MAESTRÍA EN DERECHO
JUNIO 14 DE 2011**

**LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD
SOCIAL COLOMBIANA: CONVIVENCIA SIMULTÁNEA DE CÓNYUGE Y
COMPAÑERO (A) PERMANENTE SUPÉRSTITE CON EL CAUSANTE DE LA
PRESTACIÓN**

“La familia, es el elemento activo; nunca permanece
estacionaria, sino que pasa de una forma inferior
a una forma superior a medida que la sociedad
evoluciona de un grado más bajo
a otro más alto”

Morgan (Engels, F., 2006).

Introducción

En el presente artículo de revisión, se abordará el tema del desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal de la pensión de sobrevivientes en Colombia y algunos países de Latinoamérica; haciendo énfasis cuando la prestación debe ser distribuida entre el cónyuge y el compañero (a) permanente que han convivido de manera simultánea con el causante fallecido.

Este trabajo se hace porque los cambios en la conformación de la familia nuclear¹, (*“en Colombia se viene presentando la figura de un cotizante o pensionado con dos hogares, por lo que se ha hecho necesario en las más de las ocasiones distribuir la mesada pensional del fallecido”*), han propiciado que el legislador Colombiano, efectúe cambios en la legislación interna; sin embargo, y a pesar de ser un tema de consulta muy frecuente, entre los profesionales del

¹ Se dice que una familia es nuclear cuando un matrimonio (esposos e hijos) conviven bajo un mismo techo. (Dueñas, O. 2010: pág. 25).

derecho y del ciudadano común y corriente, no existe la legislación ni la doctrina suficiente, lo que se constituyó en una dificultad en la elaboración del artículo.

Para lograr este cometido, se procedió a revisar la legislación y la jurisprudencia Colombiana, los conceptos emitidos por los doctrinantes locales, respecto a la pensión de sobrevivientes en casos de convivencia simultánea con el causante fallecido. De la misma manera, se hace una revisión sobre la pensión de sobrevivientes en algunos países de Latinoamérica, teniendo en cuenta su legislación.

En este orden de ideas, se puede afirmar, que el interés primigenio de hacer este trabajo es que en nuestro país se vienen conformando de manera simultánea dos familias, donde el jefe del hogar es el mismo para ambas, lo que ha llevado al legislador a pronunciarse sobre el tema, haciendo modificaciones en las leyes que lo regulan, debido a que ambas familias dependen económicamente del mismo jefe de hogar y el ánimo que mostró el causante en vida, era sostener y ayudar a ambos núcleos familiares.

En efecto, como ya se mencionó, la limitante principal para la elaboración del artículo, fue la escasez de textos de consulta; para su búsqueda fue necesario recurrir a lo dicho por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que han tenido que resolver demandas de ciudadanos que invocan la protección de sus derechos que en ocasiones consideraban les habían sido conculcados.

A través de la historia legislativa y jurisprudencial de Colombia, la pensión de sobrevivientes, ha tenido varias modificaciones, surgidas de la necesidad de abarcar más los beneficiarios de acuerdo a como se van dando los cambios en la conformación de la familia. Es así, que en un comienzo se cubría sólo a la viuda o al viudo, pero hoy el brazo de protección alcanza también a la compañera permanente y a las familias conformadas por parejas homosexuales.

En este artículo también se abordará el tema de la Seguridad Social en Pensión, haciendo alusión al tema exclusivo de la Pensión de Sobrevivientes, cuando el causante de la prestación, haya hecho vida en común con cónyuge y compañera (o) permanente supérstite.

Para poder hacer lo anterior, se hizo necesario hacer una revisión legislativa y jurisprudencial del tema, haciendo una división principal de lo que ocurrió antes de la ley 100 de 1993² y después de ella, iniciando por los antecedentes de la seguridad social en Colombia, de los temas que hacen alusión a la Seguridad Social, en lo que toca a la Pensión de Sobrevivientes, incluyendo un capítulo que hará alusión a la pensión de sobrevivientes en algunos países de Latinoamérica.

Este artículo se ha elaborado, con el fin de que sea consultado por personal docente, estudiantes y abogados litigantes y pretende hacer un recorrido por la legislación de nuestro país, y ver cómo, en desarrollo de las políticas públicas de los diferentes gobiernos, se ha hecho necesario introducir reformas al Estatuto de Seguridad Social y de Pensiones, que permitan que dentro del Estado Social de derecho, exista la inclusión de todos los sectores de la población, es así como el legislador ha avanzado notablemente al reconocer que dentro de nuestra sociedad, dejó de existir la conformación única de la familia por parejas heterosexuales monogámicas, y que por el contrario pueden existir dos familias, beneficiadas por el mismo causante de la prestación, y que puede estar conformada por parejas heterosexuales u homosexuales, presentándose que el causante de la prestación, ha hecho vida en común con dos personas diferentes de manera simultánea.

Por último, en este artículo se desplegarán los siguientes capítulos, iniciando por la introducción, seguidamente se da paso a los Antecedentes de la Seguridad Social, Seguridad Social y Estado Social de Derecho: Constitucionalidad de la

² La ley 100 de 1993, en el artículo 5º consagró la seguridad social integral, cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado.

Seguridad Social, Seguridad Social y la Constitución de 1991, La Seguridad Social y los Instrumentos Internacionales que rigen la materia, en este punto se hará referencia a la Organización Internacional del Trabajo, las Comunidades Indígenas, la Decisión 583 del Consejo Andino, la Pensión de Sobrevivientes en Colombia, Desarrollo legislativo y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes en Colombia antes y después de la Ley 100 de 1993, Principio de Progresividad en la Seguridad Social, La Pensión de Sobrevivientes en algunos países de Latinoamérica, seguidos de un apartado final en el que se plantearán las principales conclusiones del trabajo.

1 Seguridad social

1.1. Antecedentes.

La seguridad social surge en la vida del hombre con el propósito de proteger la vida y bienestar social de sus congéneres, tiene como fin principal prestar amparo social o modelos de aseguramiento (Cañón, L. 2007: 103). Por su parte, tratadistas como Julio Armando Grisolia, (Rodríguez, R. 2009: 33), considera que “la seguridad social es el conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las denominadas contingencias sociales, como la salud, la vejez y la desocupación”. A diferencia de lo señalado anteriormente por Cañón y Grisolia; Gerardo Arenas Monsalve, (2009: 12), hace una distinción entre política y derecho de la seguridad social, “concibiendo la primera como universalidad subjetiva y la segunda como universalidad objetiva, y una última como igualdad protectora a todos los ciudadanos”.

Esta idea, se encuentra consagrada en nuestra Constitución; por un lado, como principio fundamental y cardinal del ordenamiento jurídico y por el otro, como derecho fundamental de las personas (Moreno, S., 2003), sirviendo de guarda constitucional fundamentada en la dignidad del ser humano, en el sentido de que es el único atributo que hace a las personas iguales (Pérez, J., 2000: 300), cuando se encuentran frente a una misma situación jurídica (CConst, T-171/1996, V. Naranjo). De otra parte, el artículo 85 de nuestra Carta Magna, establece que para su ejercicio no requiere desarrollo legislativo y es susceptible de aplicación inmediata por los operadores jurídicos³. En cuanto a la expresión seguridad social,

³ Artículo 85 de la Constitución Política de Colombia: Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.

es el instrumento por medio del cual se pretende alcanzar una finalidad política (Arenas, G. 2009: 12).

Así mismo, bajo el imperio de la Constitución de 1886, la principal preocupación del Estado Colombiano, estuvo orientada a prestar una seguridad social que garantizara exclusivamente la prestación de servicios básicos en salud, caracterizada por ser discriminatoria, que para poder acceder a ella dependía de la capacidad de pago de sus afiliados, servicios que eran prestados por entidades de carácter público y privado (Cortés, O. 2006: 19)⁴.

En 1904, Rafael Uribe Uribe, en su discurso “*Socialismo de Estado*”, planteó la previsión social en Colombia, como la necesidad de expedir un Código Laboral que implantara los seguros sociales, cajas de ahorro de los trabajadores y la vivienda popular (Martínez, J. 2009: 5). En la historia de la Seguridad Social se tiene como un primer avance a los sistemas de protección de los trabajadores en Colombia.

Posteriormente el Constituyente de 1991, consagró en el artículo 48, la Seguridad Social como un “servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (Narvéez, J. 2008: 33).

Hace parte de los derechos que tiene el ser humano y que le permiten tener una vida digna; son condiciones universales que deben ser protegidas por el Estado y por la comunidad internacional, reconocidos por la constitución y por los tratados internacionales (Rojas, M., Cardona, C. & Jiménez, R. 2008).

A partir de la reforma de la constitución política de 1991, donde se reconoce a Colombia como un Estado Social de Derecho, “siendo el modelo jurídico político

⁴ En vigencia de la Constitución de 1886, el acceso a los servicios de salud, dependía de la capacidad de pago del usuario. “De esa época subsisten los hospitales, llamados actualmente Entidades Sociales del Estado, y los centros hospitalarios administrados por organizaciones religiosas. En Pensión nace a la vida jurídica la Ley 50 de 1886, estableciendo el derecho de jubilación a los empleados de la instrucción pública”.

que ha resultado más satisfactorio para la promoción de la justicia y la igualdad en la sociedad global compleja de hoy” (Neves, M. 1999: 365), y en desarrollo de sus principios inspiradores, se consagra la seguridad social en el capítulo II del Título II correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales⁵, catalogados como derechos de segunda generación⁶ o prestacionales o de reclamación, entre los cuales se haya comprendido el derecho a la pensión, y los derechos fundamentales, en el capítulo I del Título II, lo que generó la discusión si solo pueden catalogarse como fundamentales los descritos como tal.

Frente a esta problemática, el máximo Tribunal Colombiano, ha emitido diversos pronunciamientos, que se inspiran en las facultades constitucionales de una interpretación extensiva otorgada por el artículo 94⁷, en el sentido de que los derechos incluidos en el Capítulo I, Título II, no son los únicos considerados como fundamentales, bajo dos perspectivas: la primera de ellas, basada en que la naturaleza propia de un derecho fundamental, no depende de la ubicación dentro del texto constitucional, sino de otros factores, como la inherencia del derecho fundamental al ser humano, y la segunda, porque la titulación en la Constitución no es vinculante sino que se hizo con fines pedagógicos.

Sin embargo, esta corporación judicial no ha sentado una posición definitiva de cuales son aquellos derechos considerados como fundamentales autónomos y ha adoptado diferentes posturas sobre el particular; reconociendo en algunas

⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22, proclama el derecho a la Seguridad Social así: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9º, establece que los Estados signatarios “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. (Naranjo, V. 2006).

⁶ “Los Derechos de segunda generación, de contenido social, consagrados durante el periodo comprendido entre el triunfo de la revolución rusa de 1917 y el final de la primera guerra mundial y el inicio de la segunda, es decir, el periodo entreguerras. Los derechos sociales se manifiestan como la expresión de la solidaridad humana y buscan no tanto la igualdad ante la ley – ya conformada en los de primera generación-, sino la igualdad real y efectiva ante la vida, dentro de la idea de que para consolidar la auténtica libertad, hay que fundamentarla en la igualdad material, antes que en formal” (2006).

⁷ Artículo 94 de la Constitución Política: 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.

oportunidades el carácter absoluto de este derecho y en otras, dependiendo del caso concreto, cuando existe conexidad con otros derechos catalogados como fundamentales.

En desarrollo del mandato constitucional, de garantizar la seguridad social como un servicio público a cargo del Estado, surge el marco normativo que crea el Sistema general de Seguridad Social –Ley 100 de 1.993-, permitiendo que el sector privado participe en su financiación, administración y gestión, pero sin acompañarlo de una política de Estado que permitiera su direccionamiento y avance progresivo ajustado a la situación socioeconómica del país, lo que ha generado una prestación tardía y fraccionada de los servicios, desconociendo sus principios rectores como son: la Universalidad, Solidaridad y Eficiencia del Sistema, quedando los derechos reducidos a un concepto economicista, en que todo se tabula en razón a un costo beneficio y no a la protección integral y efectiva del derecho a la seguridad social.

A la seguridad social la rodean los principios de solidaridad, eficiencia, suficiencia, universalidad, igualdad, obligatoriedad y participación, (Dueñas, O. 2010: 72 a 75), de los cuales la Constitución de 1991, elevó a rango constitucional los principios de 1) Eficiencia, 2) Universalidad y 3) Solidaridad (Arenas, G. 2009: 146). Entendidas en Seguridad Social de la siguiente manera:

- 1) Eficiencia: “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la Seguridad Social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”.
- 2) Universalidad: “la garantía de la protección para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida”.
- 3) Solidaridad: “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”

Otro factor que ha incidido para que los gobiernos cambien sus políticas de previsión es la nueva dinámica que está surgiendo en las relaciones de trabajo tradicionales, al cual le han aparecido competidores como el trabajo independiente, el trabajo informal, no muy definido hasta ahora, que ha hecho una presencia fuerte en los países del tercer mundo y algunas formas más sofisticadas como el teletrabajo, cambios éstos que son el resultado de las dificultades del mercado laboral y de su baja capacidad de generar nuevos puestos de trabajo, aunada la flexibilización y el desarrollo de nuevas tecnologías, disminuyendo la necesidad de mano de obra (Fernández, M. 2004).

Por otra parte, la reestructuración de la salud, fue justificada por los impulsores de la reforma, presentando como objetivo central crear las condiciones para la emergencia de un modelo de atención con mezcla de público – privada, basados en el hecho relevante de ampliar la cobertura en los servicios, aumentando la equidad en el acceso a los mismos (Támez, S. & Valle, R. 2005).

Consagra dentro de la asistencia social o esquema de aseguramiento prestaciones en especie y en dinero en la pensión de sobrevivientes, encontrándonos ante la presencia de un derecho perseguido por la ley, al ofrecer esta modalidad de protección a los miembros de la familia del afiliado o pensionado que fallece, protección que busca cubrir las contingencias económicas derivadas de la pérdida de un ser querido (CConst, C-1176/2001, A. Beltrán).

Lo que persigue el legislador es evitar que una vez ocurrido el deceso de una persona, los demás miembros del grupo familiar que dependían económicamente de él, se vean obligados a soportar además de la carga espiritual, las cargas materiales ocurridas con su fallecimiento (Arenas, G. 2009) y de hacer del derecho previsional un sistema en palabras de Luhmann, menos excluyente donde la mayoría de las personas puedan estar incluidas y protegidas (Luhman, N. 1998).

De otra parte el legislador ha expresado en Sentencias como la del Consejo de Estado, del 20 de septiembre de 2007, que el derecho a la sustitución pensional ha sido creado, como mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, que ante su deceso, puedan quedar desamparados en razón que ellos dependían económicamente del producto de su actividad laboral, lo que la constituye en protección directa de la familia, cualquiera sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho, heterosexual u homosexual (C.E. 2B. 20 Sep. 2007. N°76001233100019990145301).

Las Cortes hacen este tipo de pronunciamientos, basados en el principio de justicia retributiva y de equidad (García, L. 2008); justificando que las personas que constituyen la familia del trabajador, tengan derecho a la prestación de pensión de sobrevivientes del pensionado o trabajador cotizante fallecido, para mitigar el riesgo de la viudez y orfandad, al permitirles gozar post-mortem, de los servicios asistenciales, sustitución pensional u otros beneficios, y poder ver sus necesidades básicas satisfechas (Cañón, L. 2007).

2. Seguridad social y estado social de derecho: Constitucionalidad de la seguridad social

Las manifestaciones de Estado de bienestar (Welfare State), tuvo sus principales manifestaciones en la Alemania de Bismarck, en las leyes sociales de Lord Beveridge en Inglaterra y la política del “New Deal” que había sido implantado por Roosevelt en Estados Unidos, orientado por el economista inglés John Maynard Keynes, cuya propuesta consistió en un papel más activo del Estado, en el desarrollo de la vida económica como reacción al “Laissez faire” que había propiciado la crisis económica de 1929.

Durante la reconstrucción de Europa Occidental, y después de la Segunda Guerra Mundial, los partidos social demócrata y los demócratas cristianos, jugaron un papel preponderante en el sentido de propugnar un nuevo concepto, insertando para ello el de Estado Social de Derecho, o lo que es igual, ensanchar la visión del Estado de Bienestar que era un contrato social, encaminado a brindar garantía de seguridad social a todos los ciudadanos y de manera individual y colectiva promover la justicia social y la solidaridad entre sus miembros y generaciones (Narváez, J. 2008).

Surgen a partir de allí los derechos fundamentales, adquiriendo la función judicial, dimensiones especiales en la consolidación y protección de esos derechos fundamentales (Durango, G. 2007).

2.1. Seguridad Social y la Constitución de 1991

Para empezar se considera necesario, decir que la Constitución Política según su propia definición que hace en el artículo 4º es una “norma de normas” (Carrillo, J. 2005).

Seguidamente se dice, que nuestra Constitución Política consagró, que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio, que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley; en la misma carta se otorga carácter de irrenunciabilidad a la seguridad social, ofreciendo garantías de acceso para todos los habitantes y establece que con la ayuda de particulares se hará la ampliación de la cobertura, cuya prestación podrá prestarse por entidades públicas o privadas, así mismo plasmó que los recursos de la seguridad social tienen destinación específica, es decir que no se puede dar un uso diferente (Cortés, O. 2006).

Es así como los artículos 44, 46, 48 y 49 de esta máxima norma, establecen todo lo concerniente al tema de la seguridad social como un derecho y como un servicio público⁸:

Igualmente, por virtud de la Carta de 1991, se constitucionalizó la Seguridad Social en los artículos 48 y 49, uno de cuyos segmentos es la pensión y con ella la sustitución pensional (CE. 2B. 24 Abr.2003. No. 2157).

⁸ Artículo44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (CConst. C-617/2001, A. Tafur).

Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 48: La Seguridad es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Artículo 49. Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Se conoce a esta nueva etapa de nuestra constitución con la expresión “nuevo derecho” (Zagrebelsky, G. 2008: 14), introduciendo nuevos ingredientes relacionados con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación del derecho, la relación derecho-sociedad y el carácter vinculante de los principios, entre otros. (García, L. 2008).

En conclusión a partir de la Constitución Política de 1991, pasamos del Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho.

No hay duda, que una de las obligaciones de la Corte Constitucional, relacionada con los derechos fundamentales, es que de su interior emane jurisprudencia de unificación que sirva de fuente a las autoridades, a los asociados y principalmente a los jueces, elementos que les sirvan de doctrina para guiar sus actuaciones futuras (López, D. 2008). La función unificadora es fundamental, porque refuerza la garantía del derecho a la igualdad, entre los ciudadanos, que acuden a la acción de tutela como mecanismo excepcional de protección inmediata, a sus derechos que le han sido conculcados (CConst, Sentencia SU-995/1999, C. Gaviria).

El legislador y los máximos tribunales jurisdiccionales en Colombia, han extendido el derecho a la compañera (o) permanente, hasta aquí restringido únicamente para la esposa (o), equiparando en iguales derechos a la compañera permanente respecto al derecho a la pensión, pero hasta ese momento contempló un orden de precedencia excluyente, donde la segunda tendría derecho sólo a falta de la primera (Rodríguez, R. 2009).

3. *La Seguridad Social y los instrumentos internacionales que rigen la materia*

3.1. *La organización internacional del trabajo y la seguridad social*

En junio de 1952, se llevó a cabo en Ginebra, la 35ª Conferencia General de la OIT, en ella se creó y expidió el Convenio 102 contentivo de las normas mínimas de seguridad social, vale aclarar que el Estado Colombiano no ha ratificado este convenio, igualmente ha sucedido con 126 convenios más (Rodríguez, R. 2009).

Dentro de las prestaciones que se establecen en el Convenio 102, se encuentran: asistencia médica de carácter preventivo y curativo, asistencia médica general, asistencia por especialista, el suministro de productos farmacéuticos esenciales y hospitalización entre otras (Rodríguez, R. 2009).

3.2. *Comunidades indígenas*

Existe en este aspecto un avance en la protección de la diversidad étnica, mediante el Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia por Ley 21 de 1991, dirigido a las comunidades indígenas, que por sus condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Sin embargo no se tuvieron en cuenta comunidades como la ROM (gitanos, organizados en Kumpanias, tienen ley propia denominada Kris o ley gitana), éstos últimos fueron incluidos en el Acuerdo 415 de 2008, del Ministerio de Protección Social, como población prioritaria en la inscripción al Régimen Subsidiado en Salud. (Dueñas, O.).

En el caso de las negritudes o afrodescendientes, el Congreso expidió la Ley 70 de 1993⁹ y la Ley 691 de 2001¹⁰, reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el Sistema General de Seguridad Social en nuestro país (2010).

3.3. Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este pacto en su artículo 2º señala que:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹ La Ley 70 de 1993, tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

¹⁰ La Ley 691 de 2001, se hizo encaminada a proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia social y cultural, según los términos establecidos en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales y las demás leyes relativas a los pueblos indígenas.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

3.4. Decisión 583 del Consejo Andino.

Lo interesante de esta decisión, es que permite sumar tiempos de cotización en los Países Miembros.

Así mismo encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 22 y 25¹¹; El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12¹² y el Protocolo de San Salvador, aprobado por la Ley 319 de 1996 (CConst, Sentencia C-251/1997, A. Barrera).

¹¹ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

¹² Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha entre ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

4. *Pensión de sobrevivientes en Colombia*

Como ya se había mencionado, se entiende como pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, el mecanismo de protección de los familiares que dependían económicamente del pensionado o trabajador cotizante, que al fallecer deje el derecho causado. Se traduce pues, este tipo de prestación, en el mecanismo de protección, de que pueden hacer uso los miembros del núcleo familiar, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión marital de hecho, sigan gozando de los mismos beneficios que ostentaban en vida del familiar que fallece y que les servía de sustento, así lo ha definido la jurisprudencia en sentencia del Consejo de Estado, CE. 2B. 20 Sep. 2007. N°76001233100019990145301 y doctrinantes como Rodríguez, Cañón y Arenas, entre otros.

4.1. *Desarrollo legislativo y jurisprudencial de la pensión de sobrevivientes en Colombia antes y después de la ley 100 de 1993.*

4.1.1. *Pensión de sobrevivientes antes de la ley 100 de 1993*

Se puede anotar, de acuerdo a la cronología elaborada por Juan Martínez, (2009: 5 a 12) que la pensión de sustitución o sobrevivientes, tiene un primer lugar en la historia de nuestro país, con la expedición de la ley 29 de 1905, que consagró la pensión en favor de las viudas de aquellos ciudadanos que hubiesen prestado sus servicios a la patria.

Posteriormente en los años 1945 a 1967, emanó de nuestro legislador la ley 90 de 1946, o ley del Instituto Colombiano de Seguro Social, que estableció la pensión vitalicia mensual al viudo o la viuda, sufrieran invalidez o no, incluyendo

como sustituta eventual a la concubina, siempre y cuando no existiera esposa y aquella demostrara que el vínculo existente con el fallecido superaba los últimos tres años inmediatamente anteriores a la muerte del trabajador. El término concubina fue cambiado por el de compañera permanente con la expedición de la ley 54 de 1990, la cual representa una “actitud diametralmente contraria, frente al concubinato; en tanto que la legislación anterior no le asignaba consecuencias económicas por sí mismo, la entrada en vigencia de esta ley, no sólo la denomina unión marital de hecho, sino que hace de esta unión, el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal, que permite declarar judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes” (CConst, Sentencia C-239/1994. J. Arango).

Se dio en esta etapa la ley 64 de 1947, en su artículo 2º, modificando el artículo 5º de la ley 43 de 1945, que hacía referencia al fallecimiento del maestro e institutor de enseñanza primaria oficial, que ostentare el status de pensionado al momento de su deceso conforme a las leyes preexistentes, en esta oportunidad se incluyeron como beneficiarios temporales de la pensión, a la esposa siempre y cuando se mantuviera en estado de viudez, los hijos menores, las hijas solteras o viudas, los padres o hermanas solteras que carecieran de recursos para subsistir (Martínez, J. 2009).

Para el régimen de servidores públicos y trabajadores oficiales, el artículo 12 de la ley 171 de 1961, modificatoria de la ley 77 de 1959, creó solamente a partir del 29 de diciembre de ese mismo año, una forma genérica para obtener el derecho a la sustitución pensional¹³ (Martínez, 2009).

Luego, el Decreto 3135 de 1968, artículo 34, modificado parcialmente por el Decreto 1848 de 1969, otorgando la sustitución temporal de la pensión por un

¹³ El artículo 12 reza que: “fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, en los que existiera el concepto de dependencia económica del fallecido en razón de ostentar la calidad de estudiantes o inválidos, serían sus beneficiarios de acuerdo a lo establecido en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera temporal durante dos años subsiguientes la mesada pensional de que disfrutaba el jubilado fallecido.

término de dos años, de un empleado público o trabajador oficial fallecido, que se encontrara en goce de su pensión o con el lleno de los requisitos para tener derecho a ella, en el orden establecido en éste artículo; encabezando la lista de beneficiarios el cónyuge sobreviviente, norma que a pesar de haber sido derogada expresamente, los artículos 3, 4 y 5, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-879 de 2005, en el entendido de que serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente supérstite (CConst, Sentencia C- 879/2005, Monroy. M.).

Ya en la Ley 5ª de 1969, menciona al cónyuge y se mantiene el derecho temporalmente por dos años subsiguientes y en cuanto a los beneficiarios se seguirán los términos del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo.

El decreto 434 de 1971, fue modificado, mediante la Ley 10 de 1972, incluyendo reformas interesantes en cuanto al tiempo del disfrute de la pensión temporal de sobrevivientes, extendiendo el término de dos a cinco años, incluyendo en este término a quienes se encontraban gozando el derecho de sustitución pensional.

En cuanto a los docentes, se introdujo una modificación a través del Decreto - Ley 224 de 1972, dentro del régimen especial de excepción de sustituciones pensionales para la cónyuge y los menores hijos del docente, que falleciere sin haber cumplido la edad para tener derecho a la pensión, esto es 50 años las mujeres ó 55 los hombres, siempre y cuando hubiere trabajado como profesor de planteles oficiales, por lo menos 18 años sin importar su continuidad en el servicio, en un monto equivalente al 75 por ciento de la asignación mensual que devengaba para el cargo que desempeñaba, al momento de su muerte, por un lapso de cinco años (2009).

Únicamente a partir de la Ley 33 de 1973¹⁴ y su Decreto reglamentario 690 de 1974, se concede el derecho a la sustitución pensional en forma vitalicia ante el deceso de un trabajador particular, fuera pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o de un empleado o trabajador del sector público, oficial o semioficial, con igual derecho para la viuda, siempre y cuando demostrare la convivencia con el fallecido hasta el momento de su muerte y no hubiese vuelto a contraer nupcias ni a hacer vida marital, igualmente tenían derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la pensión respectiva, los hijos en cuantía del 50 por ciento hasta cumplir la mayoría de edad, sin exceder los 21 años y los hijos inválidos, hasta el momento en que esta cesare, para lo cual debían acreditar dependencia económica del causante (2009).

El Tribunal Constitucional Colombiano, hace un pronunciamiento interesante a través de la Sentencia C-309 de 1996, haciendo referencia a la pérdida de la pensión de sobrevivientes en el evento de que la viuda contrajera un nuevo vínculo matrimonial, poniendo en pie de igualdad a mujeres y hombres como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad; expresando así en esta oportunidad, que en aras de plantear una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, sería inconstitucional que se perdiera la prestación por este motivo (Dueñas. O. 2010).

La norma legal que asocie a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto, que vulnera el libre desarrollo de su

¹⁴ Derecho extendido a la compañera permanente mediante el artículo 3 de la ley 71 de 1988, amplió el beneficio de la sustitución pensional previsto en la ley 33 de 1973 a la compañera permanente al prescribir “Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (...)”.(CConst, Sentencia T-1028/2010, Sierra. H).

personalidad, sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas (CConst, Sentencia C-309/1996, E. Cifuentes).

Por lo que a través de esta sentencia sacó del ordenamiento jurídico en primer lugar las expresiones "*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital*" del artículo 2 de la Ley 33 de 1973; "*o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital*" del artículo 2 de la Ley 12 de 1975; y "*por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital*" del artículo 2 de la Ley 126 de 1985.

Así mismo, estableció que las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991, hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y por tal motivo hubiesen perdido el derecho a la pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de ese fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esa sentencia, pero la Corte Constitucional, no dejó sentada su posición con respecto a mesadas causadas anteriores a su fallo (CConst, Sentencia C-309/1996, E. Cifuentes). En este sentido los tutelantes, invocaron como derecho fundamental conculcado para el caso sub examine, el libre desarrollo de la personalidad, contenido en el artículo 16 de nuestra carta magna, por lo que se puede afirmar, que la Alta Corporación, adoptó la definición de derecho fundamental de Robert Alexy quien define los derechos fundamentales como "posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento, no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria" (Arango, R. 2005).

Posteriormente en el año de 1997, la Corte vuelve a pronunciarse respecto a que la viuda vuelva a contraer nupcias o hacer vida marital con una nueva pareja, en esta oportunidad lo hizo para referirse a las viudas de los miembros de las fuerzas militares, mediante Sentencia C-182 del 10 de Abril de 1997, declarando inexecutable la expresión "para el cónyuge, si contrae nuevas nupcias o hace vida marital", contenida en los artículos 188 y 125 de los Decretos 1211 y 1214 de

1990, respectivamente, dando preeminencia al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de nuestra carta magna (Martínez, J. 2009).

Más adelante se da una etapa de cambio, donde se proporciona una metodología para hacer más ágil el traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales y en la ley 44 de 1980 artículo 1º, el pensionado podrá designar en forma expresa el beneficiario o beneficiarios de su pensión, para que la entidad que reconocerá la prestación efectúe la sustitución en forma inmediata, aunque provisionalmente, mientras decide la sustitución de forma definitiva o vitalicia, esta ley fue modificada a su vez por la ley 1204 del 4 de julio de 2008, ampliando esta disposición legal a todos los operadores públicos y privados encargados del reconocimiento de pensiones (2009).

Otra disposición legal es la Ley 33 de 1985, que extendió al compañero permanente el derecho a sustituir la prestación de pensión de sobrevivientes del trabajador pensionado o con el derecho causado de jubilación, aunque no se haya efectuado el reconocimiento, poniendo fin a la discriminación de que fueran objeto hasta aquí las personas que decidieran formar vínculo familiar por medio de la unión marital de hecho, de la misma manera el artículo 3º de la ley 71 de 1988, prescribió que se extendieran las previsiones sobre sustitución pensional de la ley 33 de 1973, de la ley 12 de 1975, ley 44 de 1980 y de la ley 113 de 1985 vitaliciamente al cónyuge supérstite o compañera (o) permanente, a los hijos menores ó inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependieran económicamente del pensionado que falleciera (2009).

El Acuerdo 049 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, establece como requisitos para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, que la muerte del asegurado sea de origen no profesional y que haya cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, con anterioridad a la fecha del fallecimiento.

Esta ley fijó como beneficiarios, en forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado, entendiéndose que falta el cónyuge sobreviviente, en los siguientes casos:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil y,
- d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

En el artículo 29 de la norma citada anteriormente, para que el compañero o compañera permanente tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes, se requería que fuese soltero o que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes y que haya hecho vida marital con el causante durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que haya tenido hijos; si en varias mujeres concurren estas circunstancias sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el asegurado fallecido.

Se perdía el derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando el cónyuge sobreviviente en el momento del deceso no conviviera con el causante bajo el mismo techo, salvo que se hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento o compañía.

Igualmente se perdía el derecho, cuando con posterioridad al fallecimiento del causante, el cónyuge supérstite, el compañero o compañera permanente contrajeran nupcias o hicieran vida marital con otra pareja.

Como lo expresa Locke (Vallespín, 2008), al mencionar la limitación que debe tener el Estado y a sus poderes efectivos, que dentro de sus fines específicos, está el garantizar los derechos humanos y civiles, “que a su vez constituyen el soporte de la democracia” (Illera, M. 2001) y debe mostrar su neutralidad frente a la libertad de los ciudadanos. Aunado a esto resalta la importancia del sometimiento de los poderes públicos a la ley, siendo llamado más adelante Estado de derecho, coexistiendo la división de poderes y un gobierno representativo producto de elecciones frecuentes.

A pesar de que el Gobierno Colombiano ha hecho caso omiso a la mayoría de lineamientos de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que concierne a tratamientos laborales y de seguridad social; ha tenido grandes avances en materia de la pensión de sobrevivientes en relación a las nuevas formas de conformación de la familia, gracias a las sentencias de los altos tribunales, en especial a pronunciamientos de la Corte Constitucional.

4.1.2. Pensión de sobrevivientes a partir de la Ley 100 de 1993

Se puede anotar, que a partir de esta ley, los avances legislativos en la prestación de pensión de sobrevivientes, se han extendido, con el fin de beneficiar a los familiares del afiliado o pensionado que llegare a fallecer, por cualquier causa, sea que esta se derive de enfermedad común o riesgos profesionales, luego de estar afiliado durante 26 semanas durante el año inmediatamente anterior, o 26 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años, término que fue modificado por la ley 797 de 2003, exigiendo a partir de esta ley 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a su deceso.

Esta prestación goza de garantía constitucional (CN, Art. 49), cumpliendo con el objetivo primigenio de la seguridad social, como es la de velar porque las personas que se vean en la imposibilidad temporal o permanente de producir para

su propio sustento, o que por haber perdido al familiar que sufragaba los gastos para el sostenimiento del núcleo familiar, se vean abocadas a la miseria.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha dejado sentado, que la pensión de sobrevivientes es “un derecho fundamental de carácter cierto, indiscutible e irrenunciable, por estar asociado íntimamente con valores sujetos de tutela, como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo, condiciones éstas que le dan el carácter de inalienable, inherente y esencial, dada la indefensión del beneficiario respecto a quien debe reconocerle y pagarle su derecho (CConst, T-173/1994, A. Martínez, En: Martínez, 2009).

4.2. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a partir de la ley 100 de 1993.

Es preciso hacer alusión en este acápite a los beneficiarios establecidos en la ley 100 de 1993, cuando hace mención a la esposa (o) ó compañera (o) permanente, que hayan convivido en grado de simultaneidad con el causante hasta el momento de su deceso, teniendo en cuenta que la justicia como igualdad compleja es incompatible con la “exclusión” de personas o grupos que hagan parte del sistema social, conllevando en sí misma la exigencia de “inclusión social” como “inclusión jurídica” en términos de derechos fundamentales (Neves, M. 1999).

Establecía esta norma que en caso de convivencia simultánea entre esposa (o) y compañera (o) permanente supérstite, tendría un lugar de prevalencia la esposa, que hubiese convivido por lo menos durante los dos años inmediatamente anteriores a su fallecimiento en la sustitución de los derechos pensionales de la persona fallecida, siempre y cuando no exista separación legal y definitiva de cuerpos, o cuando en el momento del deceso el causante no hiciera vida en común con él, excepción de esta situación se da únicamente cuando dicha

separación no se hubiere dado por culpa del beneficiario, por haber el primero impedido acercamiento alguno (Rodríguez, R. 2009), en el mismo sentido se había pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 1º de julio de 1993.

4.3. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a partir de la ley 797 de 2003.

En esta ley se introdujeron nuevos requisitos en este sentido, aumentado el tiempo de convivencia de dos a cinco años continuos con anterioridad a su muerte (Arenas, G. 2009).

Siguiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en las sentencias C-075 y C- 811 de 2007, esta alta corporación declaró exequibles, las expresiones “la compañera o compañero permanente” en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación definida¹⁵ contenidas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 y las expresiones el cónyuge o la compañera o compañero permanente” y todas las expresiones “la compañera o compañero permanente” contenidas en el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad¹⁶ en el artículo 74 de la ley 100 de 1993, que a su vez habían sido modificadas por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las parejas del mismo sexo, cuya condición sea acreditada en los términos de la Sentencia C-521 de 2007, es decir, mediante declaración extraprocesal ante un notario público (Rodríguez, R. 2009)¹⁷.

¹⁵ El régimen de prima media con prestación definida, es administrado por el Instituto de Seguro Social y es un fondo de naturaleza común.

¹⁶ El régimen de ahorro individual con solidaridad es administrado por las Administradoras de fondos de pensiones –AFP- y son cuentas de ahorro individual.

¹⁷ Ley 100 de 1993, artículo 47 y 74, literales a, b, d y e. Estos artículos fueron modificados parcialmente por la Ley 797 de 2003, artículo 13.

Respecto al tema de la reclamación de la pensión de sobrevivientes, de beneficiarios de parejas homosexuales, la Corte Constitucional se vio abocada a hacer un nuevo pronunciamiento, debido a los obstáculos que debían superar los homosexuales al momento de la reclamación ante el Instituto de Seguro Social y las Administradoras de Fondos de Pensiones, debido a que estaban vulnerando el principio constitucional de la buena fe, exigiendo que el reclamante aportara declaración ante notario, donde la pareja haya expresado su voluntad en vida del fallecido de conformar una relación permanente y singular, en este sentido la alta corporación consideró que esa posibilidad no tiene sustento jurídico y que desencadenaría un tratamiento discriminatorio injustificado (CConst, C-051/2010, M. González).

El legislador hasta este momento, había hecho regulación expresa sobre la sociedad patrimonial de la unión marital de hecho de las parejas heterosexuales, dejando sin regulación la unión marital de hecho conformada por parejas homosexuales, que hayan tomado la decisión de conformar una pareja como proyecto de vida de manera permanente y singular. Señaló la Corte Constitucional que no hay razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. Por ello, se vio precisada a emitir su pronunciamiento en aras de proteger los derechos fundamentales de las personas, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana (CConst, Sentencia, C-075/2007. R. Escobar & C-811/2007, M. Monroy & C-336/2008, C. Vargas).

Hasta ese momento la Corte Constitucional no se había pronunciado respecto a los casos de convivencia simultánea, por lo que al resolver una demanda de constitucionalidad decidió declarar exequible por los cargos analizados, la expresión “ *En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo*”, contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de

2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (CConst, Sentencia C-1035/2008, J. Córdoba)¹⁸.

¹⁸ Razones de la decisión, en la Sentencia C-1035/2008: La Corte comenzó por reiterar que la discriminación que vulnera el derecho a la igualdad se produce en aquellos eventos en los que existe una diferencia de trato, que no encuentra ningún fundamento constitucional de carácter objetivo y razonable. En este sentido, la prohibición constitucional se encamina a impedir que se restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio únicamente a ciertas de ellas, sin que exista alguna justificación constitucionalmente válida. De igual modo, reafirmó que de acuerdo con los artículos 5º y 42 de la Constitución, la igualdad que propugna la Carta Política entre las uniones surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13 que prohíbe toda discriminación por razones de origen familiar. Como consecuencia de lo anterior, el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero (a) permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él. No obstante, reiteró que la protección del derecho a la igualdad entendido como no discriminación, no significa que exista una equiparación total entre el matrimonio y la unión marital de hecho. Una cosa es el reconocimiento jurídico de estas uniones permanentes, de las que se derivan unos derechos patrimoniales y otra que subsistan diferencias esenciales, como la de la existencia o no de una unión *libre* que excluye la imposición de las reglamentaciones propias del matrimonio, con efectos distintos en cada caso. Sin embargo, a partir del reconocimiento de estas diferencias, recordó que la Corte también ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que, en ambos casos, han constituido una familia. En cuanto concierne a la pensión de sobrevivientes, la Corporación recalcó su naturaleza de derecho cierto, indiscutible e irrenunciable que reviste el carácter de fundamental para sus beneficiarios, por estar en íntima conexión con los derechos a la vida, la seguridad social, la salud y al trabajo. Advirtió que el propósito central de la sustitución pensional es el de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte y dar apoyo económico a los familiares del pensionado o del afiliado fallecido, frente a las necesidades que surgen como consecuencia de su deceso. Así mismo, reiteró los principios que definen el contenido de esta prestación, a saber, el de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus familiares y la aplicación de un criterio material –convivencia efectiva al momento de la muerte– para definir al beneficiario. Como quiera que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, su regulación legal no puede incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional. De manera específica, la Corte precisó que el aparte normativo demandado del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula un fenómeno social que no se contemplaba en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, cual es la posibilidad de que un afiliado al sistema de seguridad social en pensiones conviva simultáneamente con un cónyuge y una compañera o compañero permanente. En esta hipótesis, al fallecer el afiliado, la norma favorece a la unión matrimonial, en la medida que la pensión de sobrevivientes se entrega a la esposa o esposo del causante. Para la Corte, aunque ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la situación preferencial que se deriva de la expresión demandada, establece un trato discriminatorio de acuerdo al entendimiento de la dimensión constitucional de la pensión de sobrevivientes. De ahí que se haya

4.4. Requisitos para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

En demanda de inconstitucionalidad que fue presentada por los ciudadanos Rafael Rodríguez Mesa y otros, contra los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del parágrafo 2° del artículo 12 de la ley 797 de 2003, equiparando en un 20% la cotización exigible del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió veinte años de edad y la fecha de su muerte (CConst, Sentencia C-1094/2003, J. Córdoba) y posteriormente mediante Sentencia C-556 de 2009, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sentencia C-428 del mismo año, sacó del ordenamiento jurídico los literales a) y b) del artículo 12 de la citada ley, que exigía para el reconocimiento de la prestación de pensión de sobrevivientes, que al momento del fallecimiento, el causante hubiese acreditado al sistema general de seguridad social en pensiones, el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y el momento de su deceso, fuera este causado por enfermedad de origen común o riesgo profesional (CConst, Sentencias C-428/2009, M. González & Sentencia, C-556/2009, N. Pinilla). En este mismo sentido, del literal a) la frase que dice tenga 30 años o más de edad y no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte y todo el contenido del literal b).

considerado que el beneficio establecido en la norma deba extenderse a la compañera o compañero permanente, de manera que la pensión de sobrevivientes se divida entre el (la) esposo (a) y el (la) compañero (a) permanente, según lo establecido en el mismo literal b) del artículo 13, esto es, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En este sentido, se condicionó la exequibilidad de la expresión demandada del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En todo caso, la Corte aclaró que la norma no se aplica a vínculos que carecen de la vocación de permanencia y estabilidad que caracteriza a la unión marital de hecho, que la disposición legal debe proteger. Igualmente, precisó que este pronunciamiento se circunscribe al beneficiario de la sustitución pensional en la hipótesis prevista en el párrafo del literal b) acusado, sin que cobije otros elementos y aspectos regulados en la disposición acusada en esta oportunidad.

Se puede apreciar que las normas que han sido sacadas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, ha sido gracias a demandas de constitucionalidad que han presentado algunos ciudadanos.

5. Principio de progresividad en la seguridad social.

El Protocolo de San Salvador, de aplicación obligatoria en nuestro país, expresa en su artículo 4º, que “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado, en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales” (Dueñas. 2010).

"En el mismo sentido se expresa el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando sostiene: 'Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados'."

La Corte Constitucional en la Sentencia T-752 de 2008, desarrolla el principio de progresividad, siguiendo la dirección sugerida por el artículo 48 superior, quedando plasmado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que la seguridad social constituye un “servicio público esencial” en lo relativo a los subsistemas de salud y pensiones, precisando que en este último sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas pensionales (CConst, T-752/ 2008, H. Sierra).

En igual sentido se pronunció esta alta corporación al decidir declarar la inexecutable del artículo 1º de la ley 860 de 2003, ya que a su juicio contraría el principio de progresividad contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, al establecer unos requisitos más gravosos, para acceder a la pensión de invalidez, de los exigidos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

La Sentencia T-752 del 28 de julio de 2008, se refiere al principio de progresividad en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, haciendo de manera preliminar una distinción entre este postulado y el principio de favorabilidad en materia laboral.

De igual forma, en la Sentencia T-925 de Noviembre de 2010, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, del alto Tribunal Constitucional Colombiano, se refiere a este principio en los términos de no regresividad en el derecho a la seguridad social, diciendo que se encuentra establecido en el artículo 48 de la Carta Política, la cual sostiene que el Estado debe brindar las garantías necesarias para materializar los derechos en cabeza de todas las personas, en procura de dar un mayor alcance de los beneficios a toda la población en general (CConst, T-925/2010, J. Pretelt).

De la misma manera, la Sentencia T-595 de 2002, relaciona los elementos que configuran el principio de progresividad en la siguiente forma:

1. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. Porque la exclusión de algún grupo de población, sería incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa.
2. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en

el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos.

3. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos.

Como conclusión en este punto podemos afirmar que, el fin perseguido por la Corte Constitucional, es impedir que medidas regresivas disminuyan los reconocimientos ya logrados, es decir, que cuando una norma en Seguridad Social resulta regresiva, se presume de inconstitucional.

En Sentencia T-534 de 2010, dictada por la Corte Constitucional, hizo referencia a la prohibición de los retrocesos constitucionales y a la progresividad en el sistema de pensiones y la no regresividad de la pensión de sobrevivientes, para lo cual se basó en la doctrina internacional, concluyendo que “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad” (CConst, Sentencia T-534/10, L. Vargas).

El comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, ha manifestado, que las medidas regresivas, que reducen una protección alcanzada a un derecho social, son contrarias al pacto. En tales casos, el Estado debe demostrar que tales medidas son compatibles con él. Al respecto el PIDESC¹⁹ en la observación general 3 sobre las obligaciones derivadas del

¹⁹ De igual manera el PIDESC en el artículo 2, establece lo siguiente: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social,

mismo, señala que “todas las medidas de carácter retroactivo en este aspecto, requieren una consideración más cuidadosa y deberán estar justificadas totalmente por referencias a la totalidad de los derechos previstos en el pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (CConst, Sentencia T-534/2010, L. Vargas).

6. *La pensión de sobrevivientes en algunos países latinoamericanos*

Para seleccionar los países de Latinoamérica que se mencionan en el presente artículo de revisión, se tuvieron en cuenta dos criterios, el primero de ellos, los países que habían realizado cambios recientes en la legislación que hace mención a la pensión de sobrevivientes y el segundo obedece a que al revisar la legislación externa se encontró, que en la República de Ecuador se procede de manera diametralmente opuesta a lo que sucede en Colombia, allí cuando se presentan a reclamar la prestación dos mujeres que han hecho vida en común de manera simultánea con el causante que fallece, no se la conceden a ninguna de las dos.

En el primer caso mencionaremos a las Repúblicas de Argentina y Bolivia y en el segundo como lo habíamos mencionado anteriormente, haremos referencia a la legislación de la República de Ecuador.

Se puede concluir que Colombia, ha sido el país latinoamericano que ha tenido más avances en el tema pensional en la región, gracias a la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y El Consejo de Estado.

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

6.1. Argentina

El Sistema de Pensiones de Argentina, fue modificado por la ley 26.425 de 2008, esta ley unificó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, conformando a partir de su expedición un único régimen previsional público que se denomina Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), cuya financiación tiene lugar a través de un sistema solidario de reparto, eliminando el régimen de capitalización individual, que fue absorbido y reemplazado por el régimen de reparto (Rodriguez, R, 2009, p: 242).

En caso de muerte del jubilado; del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

- a) La viuda;
- b) El viudo;
- c) La conviviente;²⁰
- d) El conviviente²¹.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante, cuando concurre en aquél, un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad encargada de dar aplicación al derecho, podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante, estén separados de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio, durante por lo menos

²⁰ En Colombia, compañera permanente supérstite.

²¹ En Colombia, compañero permanente supérstite.

cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite, cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

Con respecto a lo anterior, igual tratamiento se le da en nuestro país, pero no porque la norma lo establezca expresamente, sino gracias a pronunciamientos que han hecho la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

6.2. Bolivia

La reciente reforma al sistema pensional Boliviano, se hizo a través de la Ley No.065 del 10 de Diciembre de 2010, establece en el artículo 23, que los derechohabientes del asegurado fallecido sin Pensión Solidaria de Vejez, percibirán la Pensión por muerte derivada de la misma, previo el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley y su reglamento.

El Capítulo VI, hace relación a la prestación por pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta para ello si la muerte tuvo origen común, el artículo 37, contempla que las pensiones por muerte originadas por Riesgo Común, serán pagadas al fallecimiento de un asegurado no pensionado por invalidez de origen común, menor de sesenta y cinco (65) años de edad, previo el cumplimiento de requisitos establecidos en la presente ley. Las pensiones por muerte consisten en

pensiones vitalicias y temporales según corresponda, a favor de los derechohabientes de primer y segundo grado.

Entre los requisitos de cobertura, se exige que los derechohabientes de un asegurado fallecido por accidente por riesgo común, podrán acceder a la Pensión por Muerte, si el Asegurado cumplía conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Ser menor de sesenta y cinco (65) años de edad.
- b) Contar con al menos sesenta (60) cotizaciones pagadas al Sistema de Reparto, al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y/o al Sistema Integral de Pensiones.
- c) En caso de contar con menos de sesenta (60) cotizaciones, cumplir alguno de los siguientes requisitos:
 - i. Contar con primas pagadas al menos durante la mitad del tiempo transcurrido entre el mes de mayo de 1997, fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio de largo plazo y el mes de la fecha del fallecimiento.
 - ii. Contar con primas pagadas al menos durante la mitad del tiempo transcurrido entre el mes que se inicia la primera relación laboral o el mes de pago de la primera cotización en caso de Asegurados Independientes; y el mes de la fecha de fallecimiento.
 - iii. Si entre la fecha de inicio de la primera relación laboral y la fecha de fallecimiento, existiere un periodo de cesantía mayor a sesenta (60) periodos continuos, debidamente comprobados, contar con primas pagadas al menos durante la mitad del tiempo transcurrido entre el mes de inicio de una nueva relación de dependencia laboral, posterior a dicha cesantía, y el mes de la fecha de fallecimiento. Para los numerales ii. y iii. anteriores, se deberá considerar que si la fecha de inicio de la relación laboral es anterior a la fecha de inicio del Seguro Social Obligatorio, se tomará como mes de inicio de la primera relación laboral el 1ro. de Mayo de 1997.

- d) El fallecimiento se produzca mientras las primas son pagadas o dentro de un plazo de doce (12) meses computados desde el mes siguiente en que se dejó de pagar las contribuciones.

- e) Para los casos de fallecimiento por enfermedad por Riesgo Común, adicionalmente a los requisitos señalados precedentemente, el Asegurado deberá contar con primas pagadas al menos por dieciocho (18) meses en los últimos treinta y seis (36) meses previos a la fecha de fallecimiento. Para efectos de verificación de requisitos de cobertura, se deberán considerar únicamente las primas pagadas en fecha anterior a la fecha de fallecimiento.

La cuantía de la pensión por muerte por riesgo común que se reconozca a los derechohabientes, corresponderá al resultado de aplicar los porcentajes correspondientes a cada Derechohabiente, establecidos en el reglamento, al setenta por ciento (70%) del Referente Salarial de Riesgos del Asegurado fallecido.

Los Derechohabientes con Pensión por Muerte, por Riesgo Común, Riesgo Profesional o Riesgo Laboral en curso de pago, de un Asegurado que hubiese cumplido al menos cincuenta y ocho (58) años de edad, podrán solicitar la suspensión definitiva del pago de la pensión que perciben a objeto de acceder al pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual, siempre y cuando el monto de esta última sea mayor al de la Pensión por Muerte. De igual manera se procederá en el caso de los Derechohabientes con Pensión por Muerte derivada de la Pensión Solidaria de Vejez, previo cumplimiento de los requisitos exigidos.

Al fallecimiento de un Asegurado con o sin Pensión menor de sesenta y cinco (65) años de edad, los Derechohabientes podrán optar por la Pensión por Muerte que resulte mayor entre la Pensión por Muerte derivada de riesgos y la Pensión por Muerte derivada de Vejez, de acuerdo al reglamento.

Para los casos citados en el párrafo I y II precedentes, cuando corresponda, el saldo de la Reserva Matemática o su equivalente en el Fondo Colectivo de Riesgos, deberá ser transferido en su totalidad al Fondo Solidario.

Ningún Derechohabiente que acceda al pago de una Pensión por Muerte en los regímenes Contributivo y Semiccontributivo podrá percibir simultáneamente dos (2) o más Pensiones generadas por un mismo titular. Ningún Derechohabiente que acceda al pago de una Pensión por Muerte en los regímenes Contributivo y Semiccontributivo podrá percibir simultáneamente la pensión por muerte y el pago de la Compensación de Cotizaciones Mensual generada por el mismo titular.

La Pensión por Muerte a favor de los Derechohabientes de un Asegurado que no recibía Pensión o pago en el Régimen Contributivo o Semiccontributivo, se devengará desde la fecha de solicitud.

Para el reconocimiento de la prestación de pensión de sobrevivientes, se tendrán como beneficiarios el orden de prelación en que debe ser reconocida la Pensión de Sobrevivientes, será en primer orden al cónyuge o conviviente supérstite, que haya convivido de manera permanente y singular con el causante fallecido, no exigiendo dentro de los requisitos el tiempo de vida en común, siempre y cuando no contraiga nuevo matrimonio o sostenga alguna relación de convivencia, posterior a la viudez, y las sitúa como derechohabientes en forma forzosa.

En estudios realizados en Bolivia, se da una característica especial en su población y es que no hay envejecimiento, cualidad que no pone en riesgo la falta de financiamiento inter generacional de los más jóvenes hacia los más viejos por falta de nuevos ciudadanos. (Fuente: EPI – INFO)²², al contrario de lo que sucede

²² Epi Info es un programa de dominio público diseñado por el Centro para el Control de Enfermedades de Atlanta (CDC) de especial utilidad para la Salud Pública. En estudios que realizó en Bolivia demostraron que en la pirámide poblacional de ese país no hay envejecimiento de la

en Europa donde la pirámide poblacional se encuentra totalmente invertida por falta de población joven que cotice para pagar las pensiones de los que ya han adquirido el derecho²³.

6.3. Ecuador

En Ecuador existe el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, gozará de autonomía, estará dirigido por un organismo técnico administrativo, cuya integración será tripartita y paritariamente por representantes de asegurados, empleadores y Estado, quienes serán designados de acuerdo con la ley, con criterios de eficiencia, descentralización y desconcentración y sus prestaciones serán pagadas de manera oportuna, suficiente y con calidad (Ley 55 de 2001).

Serán beneficiarios de la pensión de viudez, la cónyuge conviviente del asegurado o jubilado fallecido, el cónyuge o conviviente de la afiliada o jubilada fallecida, incapacitado para el trabajo y que haya convivido a cargo del causante, la convivencia genera derecho a pensión de viudez, a la persona que sin hallarse casada hubiere convivido en unión libre, monogámica y bajo el mismo techo, con el causante, por más de dos años inmediatamente anteriores a la muerte de éste, en caso de no haber convivencia inmediatamente anterior a los dos años del fallecimiento del causante, bastará la existencia de hijo o hijos comunes.

población, por tanto no hay riesgo de falta de financiamiento inter generacional de los más jóvenes hacia los más viejos por falta de nuevos ciudadanos.

²³ La agencia EFE París, informa que el XXV Congreso de la Población en Tours concluyó que el descenso de la fecundidad y el aumento de la esperanza de vida aseguran un envejecimiento en la población mundial que afectará a los países menos desarrollados duplicando su población de ancianos hasta el 2040, produciéndose en pocas décadas lo que en Europa llevó un siglo. Concluyen además que si bien en los países desarrollados los sistemas de jubilación evolucionarán, en los países del sur en los que el envejecimiento será más rápido y donde las soluciones naturales como los lazos familiares se erosionan rápidamente sin que una solidaridad colectiva tome relevancia, pues la falta de jóvenes y la pobreza deben ser sustituidos por seguros sociales.

No tendrá derecho a pensión de viudez el cónyuge del beneficiario de jubilación de vejez por edad avanzada, si la muerte de éste acaeciere antes de cumplirse un (1) año de la celebración del enlace.

Cómo hecho relevante diferenciador con la de nuestro país, la prestación de pensión de sobrevivientes en Ecuador, en caso de convivencia simultánea, no habrá derecho a pensión de viudez, si más de una persona acredita ante el Instituto Ecuatoriano de Seguro Social, su condición de conviviente del causante. (Ley 55 de 2001). Perderá el derecho a pensión de viudez quien contrajera segundas nupcias o conforme nueva unión libre con una nueva pareja.

Conclusiones

Se puede concluir que nuestro legislador, ha hecho cambios sustanciales respecto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en primera medida cedió en cuanto a reconocer a la compañera permanente, inicialmente a través de la ley 90 de 1946 para el sector privado y posteriormente en la ley 71 de 1988, para el sector público, más adelante con la expedición de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y a través de Sentencias de Constitucionalidad y Tutela, dando paso al reconocimiento de la prestación en caso de convivencia simultánea de esposo (a) o compañero (a) permanente supérstite, cuando el legislador se ha quedado rezagado al momento de reconocer algunos derechos. En este campo, las leyes expedidas por el legislador, han sido reformadas por la Corte Constitucional en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, cuando algunos ciudadanos han presentado demanda de inconstitucionalidad contra los artículos de las normas que a su juicio consideran que vulneran derechos fundamentales o no cumplen con el principio de progresividad en materia de seguridad social.

Especialmente, uno de los avances lo ha hecho al reconocerle derechos prestacionales de la pensión de sobrevivientes a las parejas conformadas por miembros del mismo sexo, poniéndose muy a tono con relación a otros países latinoamericanos en la misma materia y muy avanzado en lo que se refiere a reconocer que ha dejado de existir en alguna manera la existencia de la familia monogámica, por lo cual ha extendido su brazo de protección en caso de convivencia simultánea del causante fallecido con cónyuge y compañero (a) permanente supérstite.

En lo que sí ha faltado pronunciamiento, es cuando se presentan a reclamar dos compañeras (os) permanente supérstites, tema al cual no se ha referido ni el legislador ni los tribunales colombianos por lo que en este caso se deberá acudir a la figura de la analogía.

En el caso de los países, de cuya legislación se hizo revisión del tema, se puede establecer que en la República de Argentina presenta alguna similitud con el caso Colombiano, en el sentido de que la pensión de sobrevivientes se distribuirá en partes iguales cuando el cónyuge supérstite no hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio y cuando él o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente; en tal caso la prestación será otorgada al cónyuge y al conviviente por partes iguales. Contrario sensu ocurre en la República de Ecuador, que niegan la prestación cuando dos personas se presentan a invocar su derecho sobre la misma y de igual manera no tendrá derecho a la pensión de viudez el cónyuge del beneficiario de jubilación de vejez por edad avanzada, si la muerte de éste acaeciere antes de cumplirse un (1) año de la celebración del enlace.

En cuanto al reconocimiento de la prestación en La República de Bolivia, se otorga desde el momento en que se presentó la solicitud de reclamación ante la entidad encargada de otorgarla, sin tener en cuenta el tiempo de convivencia de la cónyuge o conviviente; en Colombia su causación es a partir de la fecha del fallecimiento del causante y se tienen en cuenta a la cónyuge o compañera permanente siempre y cuando hayan hecho vida común con el causante, durante por lo menos los últimos cinco (5) años anteriores a su deceso.

Referencias

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis S.A. pág. 17.

Arenas, G. (2009). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis S.A. pág. 12, 146.

Cañón, L. (2007). *Una visión integral de la seguridad social*. Bogotá: Universidad externado de Colombia. pág. 103.

Carrillo, J. (2005). *Reforma constitucional al sistema de pensiones, evaluación y análisis*. Bogotá: Legis S.A.

Cortés, O. (2006). *Derecho de la seguridad social*. Bogotá: Librería ediciones del profesional. Pág. 19 – 32.

Dueñas, O. (2010). *Las Pensiones*. Bogotá: Ediciones librería del profesional Ltda. Pág. 21- 22 - 72 – 73 – 74 - 75 – 481 - 484.

Durango, G. (2007). *Estado democrático de derecho – estado constitucional de derecho: ¿tensión entre el desarrollo y garantía de los derechos fundamentales?* Barranquilla: Revista de derecho Universidad del Norte.

Fernández, M. (2006). *Efectos generados por los cambios en las relaciones de trabajo sobre los Sistemas de Seguridad Social Latinoamericanos*. Zulia. Revista Gaceta Laboral Universidad de Zulia.

Friedrich, E. (2006). *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Bogotá: Editorial Panamericana. pág. 7.

García, L. (2008). *El “nuevo derecho en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?* Barranquilla: Revista de derecho Universidad del Norte.

Illera, M. (2001). Cambios normativos en el derecho laboral colectivo a partir de la constitución de 1991. Revista Universidad del Norte.

López, D. (2008). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis S.A. pág. 74.

López, D. (2009). Las fuentes del argumento. Bogotá: Editorial Legis S.A.

Luhmann, N. (1998). *Inclusión y exclusión*. En J. Beriaín y J. García M. Madrid: Editorial Trotta.

Martínez, J. (2009). *La pensión de sobrevivientes*. Bogotá: Temis S.A. pág. 5 a 12.

Moreno, S. (2003). El principio de igualdad y no discriminación a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, Universidad de Sevilla.

Naranjo, V. (2006). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá. Editorial Temis S.A. pág. 357.

Narváez, J. (2008). *Régimen pensional y seguros privados*. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda. pág. 33 – 34 – 35.

Neves, M. (1999). Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. XVII Conferencia Nacional de Abogados, Río de Janeiro, del 29 al 2 de septiembre de 1999. Pág. 365 y 368.

Pérez, J. (2000). Curso de derecho constitucional. Madrid: Editorial Marcial Pons. pág. 300.

Rodríguez, R. (2009). *Estudios sobre seguridad social*. Barranquilla: Ediciones Uninorte. pág. 25- 27- 33 – 211 – 213 – 242.

Rojas, M., Cardona, C. & Jiménez, R. (2006). La igualdad en los derechos a la salud y la unidad familiar gozan de garantía constitucional. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, 30: 200-246, 2008.

Támez, S. & Valle, R. (2005). *Desigualdad social y reforma neoliberal en salud*. México: *Revista Mexicana de sociología*, Vol. 67, núm., 2.

Vallespín, F. (2008). *Manual de ciencia política*. (Capítulo 3). (R. Del Águila, Ed). Madrid: Trotta.

Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta. pág. 14.

Jurisprudencia

Consejo de Estado.

CE. *Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 2361, radicado 110001-03-25-000-1998-0157-00.*

CE. *Sentencia Expediente No. 760012331000199901453 01, No. Interno: 2410-2004.*

CE. Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 157 del 9 de Agosto de 2004.

CE. Sala de lo contencioso administrativo, radicado 2157, del 24 de Abril de 2003.

Corte Constitucional

CConst, Sentencia T-173/1994, A. Martínez.

CConst, Sentencia C-239/1994, J. Arango.

CConst, Sentencia T-58/1995, E. Cifuentes.

CConst, T-171/1996, V. Naranjo.

CConst, Sentencia C-309/1996, E. Cifuentes.

CConst, Sentencia C-182/1997, H. Herrera.

CConst, Sentencia C-251/1997, Caballero. A.

CConst, Sentencia SU-995/1999, C. Gaviria.

CConst, Sentencia C-1176/ 2001, A. Beltrán.

CConst, Sentencia C-617/2001, A. Tafur.

CConst, Sentencia T-595/2002, M. Cepeda.

CConst, Sentencia T-857/2002, E. Montealegre.

CConst, Sentencia C-1094/2003, J. Córdoba.

CCConst, Sentencia C-879/2005, M. Monroy.

CCConst, Sentencia C-075/2007, R. Escobar.

CCConst, Sentencia C-521/2007, C. Vargas.

CCConst, Sentencia C-811/2007, M. Monroy.

CCConst, Sentencia C-336/2008, C. Vargas.

CCConst, Sentencia T-752/2008, H. Sierra.

CCConst, Sentencia C-1035/2008, J. Córdoba.

CCConst, Sentencia, C-428/2009, M. González.

CCConst, Sentencia, C-556/2009, N. Pinilla.

CCConst, Sentencia, C-051/2010, M. González.

CCConst, Sentencia, T-534/2010, Vargas. L.

CCConst, Sentencia, T-925/2010, J. Pretelt.

CCConst, Sentencia, T-1028/2010, Sierra. H.

Legal

Ley 29 de 1905

Ley 43 de 1945

Ley 90 de 1946

Ley 64 de 1947

Ley 77 de 1959

Ley 171 de 1961

Decreto 3135 de 1968

Decreto 1848 de 1969

Ley 5ª de 1969

Decreto 434 de 1971

Ley 10 de 1972

Decreto - Ley 224 de 1972

Ley 33 de 1973

Decreto reglamentario 690 de 1974

Ley 12 de 1975

Ley 44 de 1980

Ley 33 de 1985

Ley 113 de 1985

Ley 126 de 1985.

Ley 71 de 1988

Acuerdo 049 de 1990

Decretos 1211 de 1990

Decreto 1214 de 1990

Decreto 758 de 1990

Ley 54 de 1990

Ley 100 de 1993

Ley 797 de 2003

Ley 860 de 2003

Ley 1204 del 4 de julio de 2008

Normas internacionales

Convenio 102 de la OIT

Convenio 169 de la OIT

Declaración Universal de los derechos humanos, art. 22

Decisión 583 del Consejo Andino

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12

Ley 26.425 de 2008, Argentina.

Ley No.065 del 10 de Diciembre de 2010. Bolivia.

Ley 55 de 2001. Ecuador.

Protocolo de San Salvador, aprobado por la Ley 319 de 1996