



UNIVERSIDAD
ICESI

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RETROSPECTIVIDAD DE LA
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1.991 PARA GARANTIZAR EL DERECHO A
LA SEGURIDAD SOCIAL.**

**JORGE LUIS ALVAREZ ORDÓÑEZ
PABLO FERNANDO GARZÓN ARDILA
RAMIRO LOZANO GARCÍA
HECTOR HERNÁN ORTIZ VÉLEZ**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO**

CALI

2018



UNIVERSIDAD
ICESI

JORGE LUIS ALVAREZ ORDÓÑEZ A00352234
PABLO FERNANDO GARZÓN ARDILA A00350938
RAMIRO LOZANO GARCÍA A00266056
HECTOR HERNÁN ORTIZ VÉLEZ A00350560

CASO DE GRADO

DIRECTOR DEL TRABAJO:
DIANA MARCELA SOLANO
DOCENTE FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO

CALI

2018

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política promulgada el 7 de julio de 1991, que dio paso a la estructura actual del estado social de derecho, incorporando en su articulado lo concerniente a los derechos fundamentales; se entra a corregir graves injusticias sociales, enmendando aquellos desaciertos consagrados en la carta política de 1886, como era el desconocimiento de los núcleos familiares conformados durante su vigencia por vínculos naturales y donde solamente se le otorgaban plenos efectos jurídicos a los matrimonios celebrados por la iglesia católica en virtud del concordato suscrito con la Santa Sede, lo que conllevó al desconocimiento de derechos inalienables como la pensión de sobrevivientes que teleológicamente se encuentra encaminada a cubrir sus necesidades básicas en aras de proteger la dignidad humana y el derecho a la vida por encima de los demás derechos

ABSTRACT

With the entry into force of the Political Constitution promulgated on July 7, 1991, which gave way to the current structure of the social state of law, incorporating in its articles concerning the fundamental rights; it is going to correct serious social injustices, amending those errors consecrated in the political letter of 1886, as it was the ignorance of the family nuclei formed during its validity by natural links and where only full legal effects were granted to the marriages celebrated by the church Catholic Church by virtue of the agreement signed with the Holy See, which led to the ignorance of inalienable rights such as the survivors' pension, which is teleologically directed to cover their basic needs in order to protect human dignity and the right to life above the other rights

PALABRAS CLAVES:

Restrospectividad, retroactividad, familia, seguridad jurídica, seguridad social.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	6
2. ANÁLISIS DEL CASO	8
3. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO	
3.1. RETROSPECTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
3.2. POSICIÓN DE LAS CORTES	12
3.2.1. Corte Constitucional	12
3.2.2. Corte Suprema de Justicia	13
3.2.3. Consejo de Estado	14
3.3. Conclusiones	
4. LA SEGURIDAD SOCIAL BASE ESENCIAL DEL VÍNCULO FAMILIAR	
.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
4.1. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PENSIÓN Y SU DESARROLLO EN EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.....	21
4.2. ¿CUÁL HA SIDO EL DESARROLLO JURSPUDENCIAL SOBRE LA PENSIÓN DE SOBREVIENTES EN EL CASO DE LOS COMPAÑEROS PERMANENTES?	24
4.3. Conclusiones	
5. PONDERACION Y CRITERIOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	27
5.1. DEFINICIÓN DE PONDERACIÓN.	27
5.2. ¿PONDERACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGURIDAD JURÍDICA?	28
5.3. Conclusiones	
10. CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA	31

1. INTRODUCCION

El presente trabajo abordará el problema jurídico en relación a si le asiste el derecho a la compañera permanente, señora Nancy Isabel Mazo Morales, a obtener la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente Hernán Darío Herrera Umaña y padre de sus tres menores hijos, quien falleció el 11 de diciembre de 1.990, es decir, antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1.991, y quien al momento del fallecimiento se encontraba separado de hecho por mutuo consentimiento de su cónyuge la señora Magdalena Sierra de Herrera con quien había procreado un hijo. Nos proponemos responder las siguientes preguntas:

a) ¿Cuál de las altas cortes ha desarrollado una doctrina más sobre las figuras de retroactividad y retrospectividad de en aras de proteger el derecho a la pensión de sobrevivientes de la familia constituida por vínculos naturales? b) ¿Cuál ha sido la doctrina desarrollada por la corte constitucional para garantizar los derechos a la igualdad y seguridad social de la familia constituida por vínculos naturales? c) ¿Cuál de los dos principios (seguridad jurídica o seguridad social) debe prevalecer para el caso en concreto?

Para dar respuesta a estos interrogantes, en el primer capítulo vamos a analizar los conceptos básicos como la vigencia de la ley en el tiempo, la aplicación de la Constitución en variables de retrospectividad y retroactividad, la posición de las cortes frente a la adopción de cada una de ellas; de la misma forma, en el segundo capítulo abordaremos el tema de la seguridad jurídica como un elemento insoslayable del análisis ya que ésta se podría definir como la bandera de los que se oponen a la aplicación retroactiva o incluso retrospectiva de las leyes. En el tercer capítulo vamos a agotar los tópicos de discusión, buscando definir los criterios de

ponderación entre la seguridad jurídica y sus opuestos, con fundamento en criterios de dignidad, solidaridad y apoyo.

Buscaremos acercarnos a los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales para definir nuestra posición y facilitar al lector una óptica que permita cerrar la brecha entre lo que se ha definido como legalidad con la justicia, que, aunque deberían ser inseparables, a veces transitan por orillas diferentes, incluso fraccionándose en temas de trascendental importancia como el que nos ocupa.

Teniendo en cuenta que el andamiaje del análisis se sustenta en la seguridad social como derecho fundamental y del cual, en lo atinente a la pensión de sobrevivientes y/o de sustitución pensional, se obtienen los recursos económicos para proveer las necesidades básicas del núcleo familiar, también abordaremos el marco conceptual de la familia como núcleo esencial de la sociedad, conforme lo dispone el artículo 42 de la norma superior.

2. ANÁLISIS DEL CASO

Entre los señores **NANCY ISABEL MAZO MORALES** y **HERNAN DARIO HERRERA UMAÑA** respectivamente, desde el 1ro de abril del año 1.978, hasta el momento del fallecimiento del segundo de los nombrados, acaecido en la ciudad de Cali, el día 11 de diciembre de 1.990, se inició una relación de pareja con el ánimo de formar una familia.

El señor Hernán Darío Herrera Umaña, era casado con la señora Magdalena Sierra de Herrera y se encontraba separado de hecho desde el mes de abril del año 1.976, por mutuo consentimiento, según consta en el acta de la audiencia de conciliación llevada a cabo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Santiago de Cali I.C.B.F.

La señora Nancy Isabel Mazo, convivió de manera ininterrumpida con el Sr. Hernán Darío Herrera Umaña, en calidad de compañera permanente conformando una familia, donde reinó el amor, la solidaridad, el respeto, ayuda y socorro mutuo; fruto de la cual se procrearon 3 hijos, todos menores de edad a la fecha del deceso del causante; en dicha calidad la mencionada señora convivió con el padre de sus hijos durante los últimos 12 años de su existencia, tiempo durante el cual ella lo asistió hasta el momento de su fallecimiento. La señora Nancy Isabel Mazo, durante todo el tiempo de convivencia se dedicó a las labores del hogar, dependiendo económicamente y de manera absoluta, del señor **HERNAN HERRERA UMAÑA** (q.e.p.d.), quien al momento de su fallecimiento se encontraba disfrutando de la pensión de jubilación de acuerdo con la convención colectiva de trabajo, por parte de la empresa **CEMENTOS EL DURO S.A.**, e igualmente había causado el derecho para la obtención de la pensión por vejez por parte del **Instituto de los Seguros**

Sociales ISS, la cual no alcanzó percibir por cuanto al momento de su deceso contaba con 59 años de edad, es decir, reunía todos los requisitos para acceder a la citada prestación, le faltaba un año para su obtención.

La señora NANCY **ISABEL MAZO MORALES**, compareció ante el I.S.S. (hoy Colpensiones) a reclamar la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente del señor Herrera Umaña, trámite éste al que también se postuló la señora MAGDALENA **SIERRA DE HERRERA** (fallecida el 17/07/2.016), en su condición de cónyuge supérstite, a pesar de estar separada de hecho del causante fallecido desde hacía más de catorce años, sin depender económicamente de éste.

El I.S.S. (hoy Colpensiones), emitió resolución negando a la compañera permanente el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes argumentando que el acuerdo 049 de 1.990, solamente le otorgaba derecho en ausencia de la cónyuge y en consecuencia le otorgó la prestación económica a la esposa, dejando desprotegido el núcleo familiar de la compañera permanente y de sus tres menores hijos.

El tema medular del presente estudio se centrará en establecer, si con respecto a la entrada en vigencia de la Constitución de 1.991, por aplicación de los principios de retrospectividad y /o retroactividad, debe abrigar a la compañera permanente no obstante que para la época del fallecimiento del causante la legislación preexistente no le otorgaba derecho alguno a la compañera permanente y se desconocían los nexos familiares surgidos naturalmente, vulnerando así los derechos atinentes a la seguridad social y a la libertad de conformar una familia.

3. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO.

En este capítulo vamos a responder al siguiente interrogante: ¿Cuál de las altas cortes ha desarrollado una doctrina sobre las figuras de retrospectividad y retroactividad constitucional, en aras de proteger el derecho a la pensión de sobrevivientes de las familias constituida por vínculos naturales en vigencia de la constitución de 1.886?

Para responder a este interrogante, nos adentraremos en el estudio de los fenómenos de la retrospectividad y la retroactividad, sentando la posición de cada una de las cortes.

3.1. RETROSPECTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD

La regla general ha sido clara en señalar que la ley tiene efectos inmediatos y hacia el futuro, pero no por ello se deben desconocer derechos con arraigo constitucional bajo la categorización de derechos fundamentales, o que vayan en abierta contraposición de los principios de equidad e igualdad respectivamente, y es allí cuando entra a desempeñar un rol determinante el concepto de retrospectividad que consiste, para el presente análisis, en la posibilidad de aplicar los preceptos fundamentales surgidos a partir del 7 de julio de 1.991, fecha de entrada en vigencia de la nueva Constitución Política. Contrario a este criterio, se define el concepto de irretroactividad de la ley, que es la prohibición de que la nueva normatividad pueda entrar a regular situaciones ocurridas antes de su vigencia, pero que no se encontraban consolidadas.

Los efectos de aplicación de la ley en el tiempo no pueden llevar al desconocimiento de los derechos adquiridos y que no obedecen a meras expectativas legítimas,

como ocurre en relación con la pensión de sobrevivientes de los compañeros y compañeras permanentes fallecidos antes de entrar en vigencia la Constitución de 1.991, y que habían conformado válidamente una familia; pues ello sería aceptar que en la actualidad estuviesen en vigencia dos codificaciones constitucionales aplicables cada una de manera expresa en circunstancias especiales.

Lo anterior sería, por ejemplo, si una familia conformada con el lleno de los requisitos que en la actualidad establece el artículo 42 superior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005; llegase a presentar en la actualidad ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como consecuencia por la muerte del compañero permanente fallecido el 06 de julio de 1991, y ésta le fuese denegada debiéndose dirimir la controversia ante la jurisdicción ordinaria laboral y que en dicha instancia también le fuese denegada, no cabría duda de que a este núcleo familiar no se le estaría aplicando la Constitución de 1991, sino, la de 1886, que no le otorgaba derecho alguno a las familias constituidas por vínculos naturales.

Por el contrario si en el mismo ejemplo propuesto, el deceso se diera el día 8 de julio de 1991 y al presentar la reclamación, ésta le fuese negada por el fondo de pensiones y en consecuencia se debiese acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a dirimir dicha controversia, en caso de tener acceso a las pretensiones en este evento, tampoco cabría duda en sostener que para este núcleo familiar se le estaría aplicando de manera plena la Constitución de 1991 y es precisamente esa grave injusticia social y familiar que ha venido operando para esas familias preexistentes a la nueva Carta Magna, que la Corte Constitucional ha querido remediar dando aplicación al fenómeno de la retrospectividad, para abrigar con su manto protector de derechos fundamentales, aquellos compañeros o compañeras permanentes que en vigencia de la Constitución de 1991 cumplen con los requisitos válidamente establecidos en el artículo 42 superior.

Con respecto al fenómeno de la retroactividad, éste ha venido siendo decantado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las altas cortes, como la posibilidad de aplicar de manera excepcional una nueva disposición, en este caso la nueva Constitución, a situaciones acontecidas antes de su entrada en vigencia pero que se encontraban consolidadas o que subsistieron al tránsito de la nueva normatividad. Con ello se busca garantizar que dichos derechos o expectativas legítimas no se vean afectadas por la vigencia de la ley en el tiempo solamente a partir de su promulgación, La regla de la retroactividad constitucional lo que hace es retrotraer sus efectos hasta la fecha de la consolidación del derecho para de esta manera otorgárselo y garantizar la prevalencia del derecho adquirido.

3.2. POSICIÓN DE LAS CORTES

3.2.1. Corte Constitucional

De acuerdo con lo manifestado por la Corte constitucional en la línea jurisprudencial aplicada en la Sentencia T-110 de 2011, se ha determinado que la retrospectividad como fenómeno jurídico, resulta aplicable a situaciones que se encontraban consolidadas al momento de entrar en vigencia la nueva disposición, y que en consecuencia mediante la aplicación excepcional de esta regla se le da prevalencia a los nuevos preceptos previstos en la carta de 1991, con el fin de no menoscabar dichas situaciones y dejar desprotegidos núcleos familiares bajo el argumento de que la ley, y en este caso la Constitución, solo tiene efectos hacia el futuro, lo que conllevaría a desconocer la primacía de la Constitución actual por encima de la Carta de 1886, que fue expresamente derogada por el Artículo 380 de la actual norma superior.

Dentro de la sentencia citada, la corte constitucional determinó los eventos a tener en cuenta para aplicar la retrospectividad: a). Por regla general, las normas jurídicas

se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; b). El postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; c). La aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y d). Tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en virtud a que el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.

3.2.2. Corte Suprema de Justicia

En sentencia SC-268 del 28 de octubre de 2005, la Sala de Casación Civil la C.S.J. con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, se pronunció sobre los efectos en el tiempo de la ley 54 de 1990, norma que, con el objeto de dar protección a las parejas unidas por vínculos distintos al matrimonio, introdujo en el ordenamiento jurídico la denominada sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, surgida en la unión marital de hecho. En dicha ocasión esta corporación se pronunció respecto del recurso de casación contra una sentencia de segundo grado que había reconocido una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes por hechos acaecidos en el año de 1983, es decir siete (7) años antes de la entrada en vigencia de la citada ley; afirmando que la ley 54 de 1990, no puede aplicarse a las uniones maritales que surgieron con anterioridad a su vigencia, motivo por el cual, el término que en ella se establece para presumir la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, solo puede computarse desde la fecha de su promulgación, ocurrida el 31 de diciembre de

1990, pues así lo impone el principio de irretroactividad de la ley, que es la regla general.

Sin embargo, un nuevo análisis de esta problemática lleva a la Corte a modificar su aludida doctrina mediante la sentencia SC-435 de 2.014, MP Dra. Margarita Cabello Blanco, para concluir que la ley 54 de 1990, sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia, en esta sentencia la corte señaló que entre Camilo Merizalde Cubillos y María Ruth Rodríguez Soto, existió unión marital de hecho hasta la fecha de fallecimiento de aquel ocurrida el 19 de noviembre de 2007, y que se conformó como consecuencia de la unión marital entre compañeros permanentes, no así, a las que para ese momento ya habían fenecido, de tal manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990, en el obvio entendido que se verifiquen todos los presupuestos requeridos por la normatividad.

3.2.3. Consejo de Estado

Teniendo en cuenta el contenido de la sentencia de diciembre 06 de 2007, emitida por el Consejo de Estado, dictada dentro del expediente radicado bajo el No. 08001-23-31-000-2007-00450-01 con ponencia de la Consejera de Estado Martha Sofía Sanz Tobón, se aprecia que de manera similar a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, el criterio de aplicación de la ratio decidendi en lo atinente a la ejecución del fenómeno de la retrospectividad, es que la ley rige a partir de su promulgación y tiene efectos hacia el futuro, prohibiéndose el empleo de manera retrospectiva. Así lo decidió el Consejo de Estado tutelando el derecho de los familiares del Sr. Isaac Cantillo a la pensión de sobrevivientes a pesar de que el causante aún no había cumplido los requisitos de tiempo de servicio en la Policía Nacional, en este

evento, en un juicio de proporcionalidad y en aras de proteger los preceptos de justicia y equidad, con respecto de situaciones de carácter contencioso referentes al pago de prestaciones sociales y la pensión de sobrevivientes, debe darse prevalencia al principio de favorabilidad en la aplicación retrospectiva de la ley, pero solamente de manera excepcional porque la regla general seguirá siendo la aplicación irretroactiva en el tiempo y esta excepción aplica para cobijar bajo aquellos preceptos arriba señalados aquellas situaciones jurídicas que se encontraban plenamente consolidadas.

3.3. Conclusiones

Si bien es cierto, que antes de la entrada en vigencia de la Carta Constitucional de 1991, existía una proliferación de disposiciones normativas que reconocían derechos a la sustitución pensional y a la pensión de sobrevivientes solamente en favor del cónyuge, y dejando por fuera la posibilidad de reconocimiento de tales derechos a las familias constituídas por vínculos naturales como en efecto lo constituye la unión marital de hecho, también lo es que a partir de su entrada en vigencia, la nueva norma superior empezó a surtir efectos en cuanto a procurar remediar las arbitrarias y discriminatorias injusticias del pasado en vigencia del régimen constitucional que regía los destinos de los Colombianos bajo el imperio de la extinta constitución de 1886.

Así las cosas, vía desarrollo jurisprudencial especialmente por las posiciones asumidas por la Corte Constitucional, en su rol de máxima guardiana del Estado Social de Derecho que cobra vigencia a partir del 7 de julio de 1991, se sentaron férreas posiciones por dicha corporación, contenidas en las sentencias T-1009 de 2007, T- 932 de 2008, T-584 de 2009 y T-098 de 2010 en las cuales determinó que una entidad obligada a satisfacer el derecho a una pensión de sobrevivientes,

vulnera las garantías constitucionales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de un compañero permanente cuya pareja falleció en vigencia de la Carta de 1886, cuando niega el reconocimiento de la prestación amparado en una norma jurídica que, conforme a una interpretación literal, excluye al compañero permanente del beneficio a dicha prestación.

Ahora bien, para dar cabal protección y cubrir con su velo constitucional de amparo a los derechos fundamentales de la familia, la igualdad y la seguridad social, la Corte Constitucional en las sentencias C-1126 de 2004 y C-1121 de 2010, optó por la aplicación retroactiva a fin de que las situaciones en curso al momento de entrada en vigencia la nueva carta, no se vieran afectadas, es decir, las que iniciaron en vigencia de la constitución de 1886, y siguieron su curso sin solución de continuidad a la entrada en vigencia de la Carta de 1991; pero su manto protector no se quedó estático en dicha posición, sino que, por el contrario, con el fin de abarcar la protección de los grupos sociales que históricamente venían siendo marginados u objeto de discriminación por las condiciones de sexo, raza religión, opinión política o filosófica, nacionalidad, familiar, entre otras de las que la jurisprudencia ha denominado como criterios sospechosos, y en el caso particular de las parejas cuyos compañeros permanentes fallecieron en vigencia de la Constitución de 1886, dio paso a la aplicación de la regla retrospectiva, de tal manera que la nueva Constitución se retrotrae en el tiempo para abrigo con sus derechos fundamentales a aquellas familias que bajo la calidad de compañeros permanentes preexistían antes de su vigencia, y que precisamente por la discriminación odiosa de dicho vínculo familiar no le fueron reconocidos sus derechos, corrigiendo con ello una grave injusticia social, de la cual infortunadamente no ha habido consenso generalizado con las demás Cortes.

En síntesis, se puede afirmar que ha sido la Corte Constitucional la institución que ha desarrollado una doctrina sobre la aplicación de las reglas de retrospectividad y retroactividad favoreciendo así el sostenimiento económico de las familias constituidas por vínculos naturales.

Para finalizar, vale la pena señalar que la situación jurídica para aquellos compañeros permanentes cuyas parejas fallecieron en vigencia de la constitución de 1886 es similar en términos materiales a la posición normativa en que se encuentran las personas beneficiarias de pensionados que murieron en vigencia de la norma fundamental de 1991, debiendo preferirse en el caso de los primeros una aplicación retrospectiva de la Constitución de 1991 por parte del operador jurídico.

4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO BASE ESENCIAL DEL VÍNCULO FAMILIAR.

Para abordar el estudio del presente capítulo, daremos respuesta al siguiente interrogante: ¿Cuál ha sido la doctrina que ha desarrollado la Corte Constitucional para garantizar los derechos a la igualdad y a la seguridad social en la familia constituida por vínculos naturales?

4.1. Relación de la Institución Familiar con el Principio de Solidaridad

Desde siempre se ha considerado a la familia como núcleo de toda sociedad, y este es un argumento muy sólido a la hora de determinar que, como principio, el núcleo familiar está íntimamente ligado con la solidaridad; de esta forma se define que en virtud de ese principio es la familia la que debe acudir al auxilio en las necesidades de sus miembros, sin embargo el concepto cerrado de unión familiar se ha venido ampliando y actualmente es el Estado quien ha asumido la responsabilidad de acudir en la previsión y en la satisfacción de las necesidades de sus miembros. En este sentido, Robert Castel afirma que las distintas instituciones: salud, educación y solidaridad, tienen sentido en cuanto se concretan en la familia y el debilitamiento de alguno de éstos principios puede permitir el debilitamiento de la estructura de la familia. ¹

La Seguridad Social, bajo la figura de lo que hoy se conoce como pensión, se trató en un primer momento como un premio a todos aquellos miembros de los ejércitos que participaban exitosamente en las guerras y que eran reconocidos por su valentía o porque la confrontación les había dejado alguna limitación física, del mismo modo se extendía como un homenaje a las viudas de los que participaban

¹ Robert Castel. La Metamorfosis de la Cuestión Social. La modernidad Liberal Pág. 163

en las guerras. Sin embargo, esta concepción cambió su esencia, de distinción honorífica a una concesión estatal, para los empleados públicos. Esta noción perduró hasta principios del siglo XX, época en la cual se modificaron las concepciones de pensión y seguridad pasando de ser un esquema puramente asistencialista, por previsión y la responsabilidad patronal hasta considerar el bienestar y la seguridad social como está concebido actualmente. Estas diferentes acepciones desbordaron sus perspectivas y fue necesario ampliar el concepto dentro del marco de seguridad social con la ley 100 de 1.993, que eliminó el concepto asistencialista por parte del Estado e instituyó los tres grandes subsistemas que se conocen en la actualidad, además dio a los particulares la responsabilidad de participar en el proyecto con la supervisión estatal para facilitar el acceso a la seguridad social de todos los ciudadanos. De esta forma, por lo menos en las disposiciones normativas, se instituyó el Sistema de Seguridad Social que se encuentra vigente actualmente.

Dentro del seno familiar se tienen definidas unas funciones esenciales que constituyen el fundamento de solidaridad, entre éstos están la atención, el cuidado de los miembros dependientes, el apoyo mutuo en situaciones difíciles, la constitución, la construcción y participación de un patrimonio que pueda resolver las necesidades básicas de los miembros de la familia; es justamente acá, en esta extensión que se basa el concepto del caso que hemos venido trabajando en el desarrollo de este documento, pues éste es el insumo fundamental del trabajo y desarrolla sus principales alcances y postulados.

Si se tiene en cuenta que uno de los principales postulados del concepto de seguridad de la familia es el componente económico, se tiene que la muerte del pensionado genera un estado de necesidad de las personas que dependen económicamente del pensionado, más aún si se trata de menores de edad o personas en condición de discapacidad.

4.2. Función Social de la Pensión y su Desarrollo en el Régimen de Seguridad Social en Colombia

De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, el objeto principal de la pensión de sobrevivientes es brindar una especial protección de tipo económico a la familia del asegurado o pensionado que fallece, por lo tanto, es claro que la pensión de sobrevivientes tiene como fin esencial la protección de la familia y el principio de igualdad entre parejas conformadas por cónyuges o compañeros permanentes en materia de sustitución pensional.

Con respecto a la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, la corporación Constitucional se ha pronunciado de diferentes maneras, como por ejemplo, en uno de sus primeros pronunciamientos manifestó que ésta tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarios del producto de su actividad laboral, queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección; del mismo modo, los principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post – mortem del status laboral del trabajador fallecido.

Con posterioridad, mediante sentencia C-1094 de 2003, señaló la Corte Constitucional, con respecto a la precitada prestación, que el objetivo primordial de la pensión de sobrevivientes, o en su caso la sustitución pensional, se encuentra encaminado a cubrir las necesidades básicas del núcleo familiar como base esencial de la sociedad, y a la cual pertenezca el trabajador fallecido; de forma tal que sean las personas más cercanas a éste quienes entren a sustituir los derechos que en vida le correspondían, por cuanto al faltar el proveedor de ingresos de dicho núcleo, éste se quedaría sin la posibilidad de obtener los ingresos para sufragar sus necesidades básicas, lo cual iría en abierta contradicción con lo señalado en el

preámbulo de la Constitución Nacional que erige a la dignidad humana como pilar fundamental del estado social de derecho.

Más recientemente, en la sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional, señaló que: “ La pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad”². En la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional, en la sentencia T110 de 2011, y más específicamente en la sentencia C336 de 2008, esta corporación señaló en relación con la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, que dichas prestaciones económicas están encaminadas a favorecer a las personas que se encuentren en circunstancias apremiantes de necesidad por circunstancias ajenas a su voluntad y para lo cual se hacen merecedoras de un tratamiento diferencial de tal manera que ello se erija en un mecanismo para equilibrar la balanza que les permita vivir en las mismas condiciones de dignidad humana y de trato igualitario que los demás, para lograr dichos fines, la Corte ha establecido tres principios como pilares fundamentales sobre los que recae la finalidad de la prestación económica en comento:

- a. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante.
- b. Principio de Reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados
- c. Principio de universalidad del servicio público de seguridad social

Lo que se busca con estos principios es que no se alteren las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios del causante como consecuencia por su fallecimiento, y que, en todo caso, además del dolor por la pérdida del ser querido, no se vean abocados a las penurias propias de la incapacidad económica.

² Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2.003. M.P. Clara Inés Vargas

Resulta importante igualmente resaltar, que la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional es una expresión del derecho fundamental a la seguridad social, conserva su autonomía como tal, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en este orden de ideas, mediante sentencia C-1035 de 2008, la Corte reconoció: "...que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable y que constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental. Lo anterior, por estar contenido dentro de los valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo y hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quienes deben pagarle la mesada, a lo que se suma lo indicado en la Sentencia C-198 de 1999, que le da la naturaleza de imprescriptible"³.

Ahora bien, bajo el imperio de la Constitución de 1886, y más específicamente, la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, no se consagraba derecho alguno a la pensión de sobrevivientes a la compañera permanente, por lo menos de manera autónoma; pues la rigurosidad de lo previsto en el acuerdo 049 de 1990 reglamentada por el decreto 758 del mismo año, solamente le concedía a ésta derechos a dicha prestación económica al momento del fallecimiento del asegurado, solamente en ausencias absoluta de la cónyuge, y coexistiendo ambas beneficiarias, la última de las citadas claudicaba su derecho en favor de la primera; Igual suerte ocurría con los empleados públicos y trabajadores oficiales bajo el amparo del artículo 34 del Decreto 611 de 1977.

En igual sentido, existía una proliferación normativa que excluía a los compañeros permanentes de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes, los cuales solamente le eran concedidos al cónyuge supérstite. No obstante, que la disposición discriminatoria contenida en el citado decreto, que otorgaba derechos a la pensión de sobrevivientes de manera exclusiva a la cónyuge, fue derogada por virtud del artículo 79 del Decreto 2701 de 1988. La Corte Constitucional, en sentencia C-1126 de 2004, la sometió a juicio de Constitucionalidad, con respecto al contenido de los

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1035 de 2.008. M.P. Jaime Córdoba Triviño

artículos 5, 13, 42 y 48, de la Constitución Política, y en referencia al primero señaló que el Estado reconoce sin ningún tipo de discriminación, la efectividad de los derechos fundamentales, destacando la célula familiar como base fundamental de la sociedad, y garantiza la igualdad de los vínculos familiares formados de manera natural.

4.3. ¿Cuál ha Sido el Desarrollo Jurisprudencial sobre la Pensión de Sobrevivientes en el caso de los Compañeros Permanentes?

Antes de abordar el tema del reconocimiento de los derechos pensionales, es necesario precisar y hacer distinción entre dos figuras que si bien es cierto pueden entenderse como una misma institución jurídica, contienen marcadas diferencias de conformidad con lo que la Corte Constitucional ha sentado en su doctrina sentencia C1251 de 2001, la que a su vez retoma la posición doctrinaria que se conoce al respecto.

En este orden de ideas, nos referiremos inicialmente a lo concerniente a la sustitución pensional, que como su nombre lo indica, no es una cosa diferente que radicar en cabeza de los beneficiarios del pensionado fallecido, el derecho al disfrute de las prestaciones económicas de las que éste disfrutaba en vida; o dicho de otra forma, ello conlleva a una subrogación de la pensión que venía disfrutando el trabajador pensionado por cuanto ya había acreditado plenamente el cumplimiento de los requisitos para tal efecto, en tanto que, con respecto a la otra figura conocida como la pensión de sobrevivientes, es pertinente afirmar que en este evento no se presenta subrogación alguna, en la medida en que el causante fallecido no detentaba la calidad de pensionado, sin embargo, tenía acreditado el cumplimiento los requisitos mínimos en cuanto al número de semanas cotizadas para acceder al derecho, del cual no pudo disfrutar por el acontecimiento del fenómeno o de la muerte, correspondiendo en derecho otorgar dicha prestación económica a los beneficiarios que dependían económicamente de éste.

La evolución jurisprudencial que culmina en la sentencia T110 de 2011, tiene su génesis en la sentencia C477 de 1999 por medio de la cual, en aplicación estricta del principio de igualdad constitucional, la Corte decidió homologar la constitución de familias creadas por vínculos naturales con aquellas surgidas por el vínculo matrimonial sentando así las primeras bases para el reconocimiento de los derechos pensionales. Posteriormente, en la sentencia C-1033 de 2002, de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, haciendo un reposicionamiento jurisprudencial con respecto a la aplicación del principio de igualdad entre las familias creadas por vínculos naturales y aquellas surgidas por el vínculo matrimonial, la Corte extendió sus alcances al determinar que dicho principio debe abarcar no solamente al compañero o la compañera permanente, sino, a todos los miembros del núcleo familiar.

Más adelante, en la sentencia C1126 de 2004, pronunciándose con respecto a lo que se dispone en los artículos 5, 13, 42 y 48 de la Constitución Política, construyó la ratio decidendi por medio de la cual concluyó que toda norma jurídica que excluya a los compañeros o compañeras permanentes del derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes según sea el caso, viola la prohibición constitucional de no discriminación y en consecuencia se deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad en aras de proteger los derechos a las citadas prestaciones económicas como baluarte del sostenimiento familiar. Así mismo en la sentencia, la corte se pronuncia dando aplicación primigenia al principio de la retrospectividad para garantizar los derechos pensionales. dicha ratio decidendi fue seguida igualmente en las sentencias T1009 de 2007, T 932 de 2008, T584 de 2009 y T 098 de 2010 en las cuales reafirmó su posición protectora de los derechos fundamentales señalando para tal efecto que una entidad encargada del reconocimiento y pago de los derechos pensionales vulnera las garantías a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital cuando niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional solicitada por el compañero o compañera permanente bajo el pretexto de que dicho núcleo familiar no tenía

reglamentación jurídica en vigencia de la constitución de 1886, diferente a lo que para tal efecto señalaba el artículo 27 del acuerdo 049 de 1990, norma ésta totalmente discriminatoria y que solo le otorgaba beneficios a la compañera o compañero permanente únicamente en aquellos eventos en que existiera ausencia absoluta del cónyuge, es decir, que la compañera o compañero permanente persé no tenía autonomía en el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensiona ya que en la medida en que coexistiera con el cónyuge, evento este en el cual claudicaría su derecho en beneficio de éste último por sustracción de materia cuya culpa es atribuible al legislador que aprobó la ley 54 de 1990.

4.4. Conclusiones

En respuesta al interrogante propuesto en el presente capítulo, podemos afirmar que la Corte Constitucional ha fundamentado sus decisiones en los principios de no discriminación, igualdad, núcleo familiar y seguridad social, para equiparar los derechos de las familias conformadas por vínculos naturales con las surgidas en virtud del matrimonio; garantizando de esta forma que los derechos a la sustitución pensional y a la pensión de sobrevivientes de aquellas familias no se vean menoscabadas, ante la ausencia de normatividad que le diera el estatus de verdadera familia con los mismos derechos y prerrogativas que aquellas conformadas por el vínculo matrimonial, de conformidad con el concordato suscrito entre el Estado colombiano y el Vaticano, que le otorgaba única y exclusivamente derechos a los matrimonios celebrados por el rito de la iglesia católica.

5. PONDERACIÓN Y CRITERIOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

5.1. Definición

Para materializar la eficacia constitucional de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, se debe llevar a cabo por parte del operador constitucional un juicio de racionalidad en aquellos eventos donde la aplicación de un principio deba ceder su paso en aras de la aplicación de otro que resulte de mayor relevancia dentro de la protección en el marco general del texto constitucional. Para el caso que ocupa nuestra atención, no es otra cosa que poner sobre la balanza el derecho a la seguridad social, en lo atinente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional según sea el caso, en contraposición con la seguridad jurídica contenida en favor del cónyuge supérstite, quien en vigencia de constitución de 1886, tenía plenos derechos al reconocimiento de las prestaciones económicas a que hacemos cita, y las cuales por virtud de aplicación de las reglas de retrospectividad y retroactividad a que hemos hecho alusión en el presente trabajo deberá ceder su paso de manera total o parcial en beneficio de la compañera o compañero permanente, o lo que es lo mismo, en favor del núcleo familiar surgido por vínculos naturales.

La ponderación, como herramienta de solución de derechos en conflicto es un criterio para la correcta valoración de los diferentes argumentos interpretativos en procura de una solución justa de las causas bajo análisis que tiene 3 criterios: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad que deben ser valorados en caso concreto y que constituyen la estructura para la concreción de los derechos fundamentales. Así las cosas, el juicio de la ponderación consiste en la aplicación de los criterios mencionados y permite la disposición efectiva de un derecho que cede su paso a otro, bien sea de forma total o parcial.

5.2. ¿Ponderación entre los Principios de Seguridad Jurídica y Seguridad Social en el Vínculo Familiar?

Uno de los principales criterios en la aplicación de las reglas de ponderación para el caso que nos ocupa, es la garantía en materia de otorgamiento del derecho al disfrute de la pensión de sobrevivientes, ya que consideramos que el ejercicio debe dar como resultado un avance importante en la protección de la familia, buscando su fortalecimiento y las distintas formas de apoyar su unión y su permanencia como núcleo fundamental de cualquier sociedad; por lo anterior, es que tomamos la progresividad de los derechos de la seguridad social sobre los criterios de la seguridad jurídica que puede ser relativa, mas no así los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y a la cohesión familiar.

En alusión al criterio de idoneidad debemos afirmar que en aras de una aplicación rigurosa de las disposiciones vigentes en la Constitución de 1.991 se debe garantizar, sin discriminación alguna la protección del núcleo familiar sin importar la forma en que este sea conformado, pues una interpretación contraria a este precepto conllevaría a la desprotección de esta familia como ocurría en vigencia de la constitución de 1.886.

En aras de lograr este cometido surge la aplicación del criterio de necesidad el cual, para el caso en mención, debe considerarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior, que es el mismo que le otorga igualdad de derechos al núcleo familiar sin importar la forma en que este sea concebido. Ahora bien debemos aplicar la forma más favorable posible de protección de los derechos fundamentales de la familia, que en nuestro caso será sopesar los principios de no discriminación, igualdad constitucional -artículo 13-, derecho a la conformación del núcleo familiar, -artículo 42 , - derecho a la seguridad social-, artículo 48 y la favorabilidad prevista en el artículo 53 con respecto a la seguridad jurídica en beneficio de la cónyuge,

quien resultaba favorecida de manera exclusiva con el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del decreto 758 de 1.990, que solo le otorgaba derecho a la compañera permanente en ausencia absoluta de la cónyuge. Es decir, que estamos hablando de 5 derechos fundamentales que deben ser garantizados y a los cuales debe ceder su paso, el derecho a la seguridad jurídica.

De acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional de la que se ha hecho suficiente hincapié en el presente trabajo, es claro que el juicio de proporcionalidad aplicado en aras de satisfacer el derecho a la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en favor de las familias formadas por vínculos naturales, entra en franca colisión con un derecho en apariencia de la misma categoría, el cual e inicialmente si a priori se entrara a juzgar se podría decir que los dos revisten del mismo peso constitucional, sin embargo y partiendo del principio de progresividad en que se funda la Constitución de 1991, en su análisis, la Corte Constitucional Corporación entró a pronunciarse en beneficio de la familia constituida por vínculos naturales partiendo de la teleología dispuesta para los derechos atinentes a la no discriminación (artículo 5), derecho a la igualdad (artículo 13), derecho a la familia (artículo 42) y finalmente el artículo 48 que le otorga a la seguridad social la doble connotación de derecho público de naturaleza esencial y de derecho fundamental, sopesando estos preceptos con el derecho fundamental a la familia constituida por virtud del matrimonio y que de igual manera se atempera a lo dispuesto en el canon 42 superior, criterio éste de proporcionalidad que con respecto al primer núcleo familiar consideró vulnerados la multiplicidad de derechos fundamentales en cita, en tanto que a la segunda institución familiar se le estaría vulnerando la seguridad jurídica por la plena validez del vínculo familiar tanto en vigencia de la constitución de 1886, como en la constitución de 1991, por la previsión expresa del artículo 42, concluyendo que en el caso de estas últimas su derecho debe ceder para darle cabida al nuevo núcleo familiar surgido en advenimiento del nuevo orden constitucional.

6. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que uno de los postulados esenciales del estado social de derecho, surgido a partir de la entrada en vigencia, el 7 de julio de 1991, de la Constitución Política, aprobada por la Asamblea nacional Constituyente, está en caminado a garantizar la progresividad de los derechos considerados como inalienables, es decir, propios de la naturaleza humana, y que en consideración a ellos, se hace necesaria la protección a la familia, consideramos que la seguridad jurídica debe ceder ante la dignidad del ser humano y a la protección del vínculo familiar, elementos fundamentales de la seguridad social. Entre otras cosas porque igualar los derechos a la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes, según sea el caso entre las diferentes acepciones de familias conformadas en cumplimiento de lo ordenado del artículo 5 en concordancia con el artículo 42 superior, no estaría vulnerando o sacrificando derechos fundamentales de las familias conformadas mediante la celebración del matrimonio, sino que por el contrario lo que ha hecho es ratificar la plena validez de la institución familiar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, esto es al criterio del libre desarrollo de la personalidad, en donde de manera más reciente y sin intervención del legislador y si por la vía jurisprudencial de la corte Constitucional, le otorgó derechos inclusive a las familias conformadas por personas del mismo sexo, de tal manera que se abre así paso a ese estado pluralista, diverso y multicultural en que se funda la nueva realidad jurídica del Estado social de derecho en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

¹ Robert Castel. La Metamorfosis de la Cuestión Social. La modernidad Liberal Pág. 163

² Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2.003. M.P. Clara Inés Vargas

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1035 de 2.008. M.P. Jaime Córdoba Triviño