SENTENCIA T-051/10
(Febrero 2; Bogotá D.C.)

Referencia: expediente T-2.292.035, Expediente T-2.299.859, Expediente T-2.386.935

Accionantes: A , B, C

Accionados: EDATEL S. A., Fondo de Pensiones BBVA y otro., Gobernación de Risaralda.

Fallos objeto de revisión:

-Sentencia del Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009, que confirmó la decisión negativa del Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009.

-Sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá de 22 de abril de 2009, que modificó el fallo impugnado ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá de marzo dos de 2009 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y en su lugar negó el amparo incoado.

-Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009 que confirma la sentencia proferida el día 4 de junio de 2009 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Mauricio González Cuervo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

Aclaraciones iniciales.

La Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional mediante auto fechado el día 6 de agosto de 2009 resolvió acumular los expedientes de la referencia los cuales fueron repartidos al Magistrado Mauricio González Cuervo por presentar unidad de materia para que sean fallados en una sola sentencia. Con ese mismo objetivo, la Sala Quinta de Revisión mediante auto fechado el día 27 de noviembre de 2009 procedió a acumular a los dos expedientes mencionados, el expediente T-2.386.935.

Siguiendo la línea jurisprudencial fijada en decisiones previas de esta Corporación en el mismo sentido[1], la Sala ha cambiado los nombres reales de los peticionarios, de sus compañeros permanentes así como de las personas que presentaron declaración extraprocesal ante notario. Esta determinación se ajusta a los preceptos constitucionales que buscan asegurar el derecho a la intimidad de todas estas personas.

1. Demanda y pretensión.

Elementos de la demanda.

- **Derechos fundamentales cuya protección se invoca**: cláusula del Estado social y pluralista de derecho; derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al buen

[1] La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de personas implicadas en procesos de tutela, así como los de sus familiares, ha sido adoptada como medida de protección en múltiples tutelas, entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992; T-442 de 1994; T-420 de 1996; T-1390 de 2000; T-1025 de 2002; T-510 de 2003; T-292 de 2004; Sentencia T- 900 de 2006.

nombre, derecho a la honra, derecho a la igualdad, derecho a la seguridad social, derecho al respeto por la dignidad humana así como por el bloque de constitucionalidad.

- **Conducta que causa la vulneración:** negativa por parte de las entidades demandadas a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente de los peticionarios sustentada en dos argumentos. En primer lugar, que los accionantes no cumplen con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 mediante la cual se garantiza a las parejas del mismo sexo el derecho al acceso a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que a las parejas heterosexuales. En segundo lugar, que la muerte de los causantes ocurrió en fecha anterior a la expedición de dicha sentencia.

- **Pretensión**: que se conceda la tutela, se revoquen los fallos de instancia, se ampare el derecho de las parejas homosexuales a acceder en igualdad de condiciones al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, derecho que existía aún antes de la expedición de la sentencia C-336 de 2008 aún cuando sus efectos patrimoniales hayan sido diferidos al momento de emisión de la referida sentencia. En suma, que como consecuencia de la protección del derecho a la igualdad dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia se reconozca y pague la pensión de sobreviviente y que se requiera a las entidades demandadas para que en el futuro no vuelvan a incurrir en las conductas que generaron la violación de los derechos cuya protección se invoca.

1.2. Fundamento de la pretensión.

1.2.1. Expediente T-2.292.035

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

- Según el peticionario, A, convivió con su compañero permanente durante once años, hasta el día 10 de febrero de 2008, fecha en la cual R murió[2].

- Sostiene que por medio de declaraciones juramentadas rendidas ante el Notario Segundo del Circuito de Medellín, la ciudadana E y Y testificaron sobre la convivencia como compañeros permanentes de R y A[3].

- Manifiesta que el día 12 de mayo de 2008 solicitó ante EDATEL S. A. –compañía en la que su compañero permanente fallecido trabajó y de la cual se había pensionado–, el reconocimiento de su pensión de sobreviviente[4].

- Señala que mediante comunicación emitida el día 24 de julio de 2008, la compañía EDATEL S. A. respondió de modo negativo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente[5].

- Por todo lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos constitucionales fundamentales y se revoquen los fallos de instancia.

1.2.2. Expediente T-2.299.859

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

- Según el peticionario, B, inició una relación de pareja de manera singular –permanente y continua – con W desde el año 2001[6].

---

[2] Folio 1, cuaderno 1.
[3] Folio 1, cuaderno 1.
[4] Folio 2, cuaderno 1. Copia de la solicitud reposa en el expediente, cuaderno 1 a folio 35.
[5] Folio 1, cuaderno 1. Copia de la comunicación reposa en el expediente, cuaderno 1 a folio 34.

- Sostiene que el día 30 de enero de 2002 el ciudadano W suscribió formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS en calidad de trabajador dependiente[7].

- Manifiesta que el día 29 de mayo de 2007 el ciudadano W murió, motivo por el cual terminó también la unión marital de hecho que existía desde mayo de 2001[8].

- Señala que presentó reclamación de reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente ante la entidad demandada[9].

- Afirma que mediante comunicación fechada el día 18 de septiembre de 2009 el Fondo de Pensiones lo informó respecto de la negación de su solicitud con fundamento en lo establecido por la Ley 100 de 1993[10].

- Por todo lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos constitucionales fundamentales y se revoquen los fallos de instancia.

1.2.3. Expediente 2.386.935

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

- Según el peticionario, C, es compañero permanente supérstite de P quien falleció el día 15 de septiembre de 2008 en su condición de pensionado de la entidad demandada, según consta en la Resolución No. 109 del 23 de julio de 1984, expedida por la Caja de Seguridad Social del Departamento de Risaralda[11].

- Afirma el accionante que el día 22 de octubre de 2008 solicitó en forma escrita y previo el lleno de los documentos que le fueron exigidos por parte de la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de Risaralda, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a que le asiste derecho por la muerte de su compañero permanente pensionado[12].

- Sostiene que hasta la fecha no le ha sido reconocido este derecho y menos aún cancelado por parte del Fondo de Pensiones del Departamento de Risaralda[13].

- Relata que el día 29 de octubre de 2008 presentó la solicitud ante la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL– entidad esta que según lo afirma el demandante *"ya la ha reconocido, sin que tenga que interponer recurso alguno, como consta en copia de la Resolución AMB 13855 del 31 de marzo de 2008".* Documento que adjunta al escrito de tutela[14].

- Narra que reúne los requisitos para acceder a la sustitución pensional de conformidad con lo exigido por la Ley 100 de 1993 en sus artículos 47 y 74 y en concordancia con lo afirmado por la Corte Constitucional en las sentencias C-521 de 2007; C-075 de 2007 y C-811 de 2007[15].

---

[6] Expediente, cuaderno principal a folio 2.
[7] Expediente, cuaderno principal a folio 2.
[8] Expediente, cuaderno principal a folio 2.
[9] Expediente, cuaderno principal a folio 2.
[10] Expediente, cuaderno principal a folio 2.
[11] Expediente, cuaderno principal a folio 3.
[12] Expediente, cuaderno principal a folio 3. Prueba de la solicitud reposa en el expediente a folios 8-26.
[13] Expediente, cuaderno principal a folio 3.
[14] Expediente, cuaderno principal a folio 3.
[15] Expediente, cuaderno principal a folio 3.

- Señala que el día 13 de enero de 2009 mediante Resolución 013 le fue negado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva y agrega que el día 19 de enero de 2009 interpuso de manera simultánea los recursos de reposición y apelación en contra de la Resolución, recursos que fueron decididos de forma negativa –mediante Resolución 112 del 3 de febrero de 2009 que decide la reposición y mediante Resolución 146 que decide la apelación–[16].

- Indica que la entidad demandada ha esgrimido como excusa para negarse a reconocer el derecho que le asiste, la existencia de una ficha de pensionado donde los titulares pueden indicar la persona beneficiaria de la sustitución pensional[17].

- Enfatiza que tal ficha fue llenada por el causante en el año 2000 *"cuando las parejas del mismo sexo no se reconocían por la ley colombiana y por lo tanto en su momento el causante indica no tener a quién suceder la pensión pues entonces sólo tenían derecho 'LA LEGÍTIMA ESPOSA (la que nunca tuvo) la COMPAÑERA PERMANENTE, (quien y tampoco existió) o HIJOS MENORES O DISCAPACITADOS quienes tampoco existían"* [18].

- Subraya que en la mencionada ficha nunca le preguntaron al causante por su compañero permanente y acentúa que ello se debió a una razón muy clara: que en aquella época no se tutelaban los derechos de las parejas homosexuales motivo por el cual no se incluía al compañero permanente como beneficiario de la pensión de sobreviviente lo que no equivale, en su caso, a que no conviviera con el causante[19].

- Aclara que la ficha de pensionados es un documento que las administradoras de pensiones obligan a llenar a los titulares de los derechos al cumplir los 65 años de edad para facilitar las gestiones de quien ha de reclamar la pensión. Ello, sin embargo, no significa que éste sea un requisito indispensable para el reconocimiento de la pensión sustitutiva. Con todo, la entidad demandada lo ha tenido como elemento primordial y ha omitido darle valor a otros elementos probatorios que aporta al expediente, los cuales, a juicio del actor, sí merecen ser tenidos en cuenta pues demuestran con toda claridad que él es el único con derecho a reclamar, al haber convivido con el causante de manera permanente por más de 34 años[20].

- Aporta Copia del carné de Previsión Exequial[21]; copia del Título de Uso de un Osario[22] y copia del certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria que le compró al causante[23].

2. **Respuesta de las entidades accionadas**.

2.1. Expediente T-2.292.035

La abogada Adela Gómez Mavignier, en calidad de apoderada judicial de EDATEL S. A., en escrito de contestación de la tutela fechado el día 18 de febrero de 2009, informó lo siguiente:

- La petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al ciudadano A fue, en efecto, negada y el motivo de la negación se fundamentó en los dispuesto por las sentencias de la Corte Constitucional que *"plantean al homosexualismo como una opción de vida legítima,*

---

[16] Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de la Resolución AMB 13855 de marzo de 2009 emitida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL –EICE– por la cual se reconoce y ordena el pago de una sustitución pensional de una pensión gracia consta en el expediente a folio 28.

[17] Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de la ficha de pensionado reposa en el expediente a folio 33.

[18] Expediente, cuaderno principal a folio 4.

[19] Expediente, cuaderno principal a folio 4.

[20] Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de declaraciones juramentadas donde se rinde testimonio acerca de la convivencia que mantuvo el peticionario con el causante por el lapso de 34 años así como constancia de su dependencia económica para con el finado, reposa en el expediente a folio 31.

[21] Expediente, cuaderno principal a folio 34.

[22] Expediente, cuaderno principal a folio 35.

[23] Expediente, cuaderno principal a folios 38-40.

amparada por la Constitución como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, en consideración a que los lineamientos jurisprudenciales consagran el principio de no discriminación por razón de la opción sexual y de respeto de la dignidad humana como criterios de protección de los derechos de los homosexuales".

- La Corte Constitucional mediante su jurisprudencia y, más específicamente, en sentencia C-075 de 2007 configura el marco conceptual a partir del cual se establece el alcance actual de los derechos de las parejas del mismo sexo. La mencionada sentencia *"otorgó efectos patrimoniales a las uniones de parejas del mismo sexo, al declarar exequible de manera condicionada algunos apartes de los artículos 1º y 2º del régimen de protección contenido en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, que definían el concepto de unión marital de hecho como una unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular".*

- La sentencia C-521 de 2007 declaró la inexequibilidad del tiempo mínimo de convivencia de dos años exigido como factor habilitante para el ingreso al sistema de seguridad social en salud. A partir de ese momento *"puede otorgarse el beneficio al compañero o compañera permanente, pero para ello se requiere declaración rendida ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia. Es decir que la condición de compañero permanente para efectos de cobertura familiar debe ser probada mediante declaración juramentada".* (Énfasis dentro del texto original)[24]. No obstante, la Corte insistió en la necesidad de probar la calidad de compañeros permanentes para evitar fraudes al sistema de Seguridad Social, esto es, para impedir que, sin convivir, las personas dieran la apariencia de convivencia y, de este modo, se beneficiaran de derechos de los que no son titulares.

- Luego de comentar en extenso la referida sentencia C-521 de 2007 así como la sentencia C-075 de 2007 y la C-336 de 2008, concluyó la apoderada judicial de la entidad demandada que del compendio de las decisiones adoptadas por la Corte en dichas providencias, resultaba factible afirmar que el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes que se les reconoce a las parejas heterosexuales cobija también a las parejas homosexuales, siempre y cuando, tal condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Este asunto quedó todavía más claro al proferir la Corte Constitucional la sentencia C-336 de 2008.

- Estimó que en el caso concreto el actor omitió presentar la prueba para acreditar la convivencia, motivo por el cual no puede reconocerse la pensión de sobreviviente y el pago de la misma. En otras palabras, el demandante no acudió junto con su compañero permanente ante notario para hacer constar la voluntad de conformar una familia en los términos señalados por la sentencia C-521 de 2007 y por la sentencia C-336 de 2008.

-Informó, además, que a la par de la solicitud elevada por el actor, fue presentada ante EDATEL S. A. la de la hermana del fallecido *"quien manifiesta que tiene 72 años y se encuentra en proceso de calificación de invalidez ante la Junta Regional de Calificación de Antioquia y considera que tiene derecho por cuanto su hermano era quien proveía para su subsistencia y la dejó desamparada al fallecer".*

-Finalmente, señaló que lo anterior no significa que la entidad que ella representa se niegue a reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente del actor en forma arbitraria sino que *"mal haría en reconocerle el derecho cuando no existe prueba pertinente para acreditar la convivencia".* En especial, por cuanto no existe la declaración juramentada ante notario – *"declaración esta que ya era exigida para efectos de afiliación a la seguridad social en materia de salud, antes del fallecimiento del señor R. Además existe otra reclamación por concepto de pensión de sobreviviente efectuada por una hermana del causante, controversia que debe ser decidida y probada a través de un proceso ordinario laboral –.*

Dadas las circunstancias explicadas en precedencia, la apoderada judicial de EDATEL S. A. exigió que se declarara la improcedencia del amparo por vía tutelar en el presente caso.

---

[24] Expediente, cuaderno principal a folio 43.

2.2. Expediente T-2.299.859

En respuesta a la solicitud de tutela, la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías expuso lo que se sintetiza a continuación.

- El día 30 de enero de 2002 el señor W (q.e.p.d) seleccionó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la suscripción de un formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la entidad demandada en calidad de trabajador dependiente.

- El señor W falleció el día 29 de mayo de 2007, en virtud de lo cual, se presentaron a reclamar pensión de sobreviviente S y T, en calidad de padres del afiliado fallecido.

- Junto con la solicitud, los padres sobrevivientes allegaron acta de declaración con fines extraprocesales número 17575 de 21 de julio de 2007 por medio de la cual manifestaron:

"Cuarto: Que nuestro hijo al momento de su fallecimiento era de estado civil soltero, no tenía unión marital de hecho y no tenemos conocimiento de hijos extramatrimoniales, ni hijos adoptivos o por reconocer que haya dejado el causante, ni tampoco tenemos conocimiento de la existencia de otras personas con igual o mejor derecho que el que a nos asiste (sic) en calidad anterior mente indicada, para efectuar cualquier reclamación con beneficio del causante".

-En el mismo sentido declararon para fines extraprocesales el ciudadano L y la ciudadana M quienes sostuvieron:

"Por tal conocimiento sabemos y nos consta que el causante al momento del fallecimiento era de estado civil soltero, y convivía bajo el mismo techo, lecho y mesa, con sus padres (…) (…) que el causante convivió (sic) con sus padres hasta el momento de su fallecimiento (29 de mayo de2007). Nos consta que el causante, al momento de su fallecimiento era de estado civil soltero y no tenía unión libre. Que nos consta que el fallecido tampoco procreó hijos legítimos, ni tuvo hijos adoptivos, o reconocidos, por tal razón son únicos herederos beneficiarios sus padres. Que no existen otras personas con igual o mejor derecho para efectuar cualquier reclamación con beneficio del fallecido".

- La Directora de Beneficios y Bonos pensionales de la entidad demandada, relató que verificado el cumplimiento de los requisitos de cotización y fidelidad de conformidad con la normatividad vigente, procedió a constatar que los señores S y T tuvieran condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente originada con ocasión de la muerte de su hijo, el estudio adelantado demostró *"la NO condición de beneficiarios de pensión del señor W"* e informó a los padres del causante que había rechazado la solicitud de pensión de sobrevivientes por cuanto ellos no dependían económicamente del afiliado fallecido.

- Manifestó, de todos modos, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley 100 de 1993 que regula lo referente a la Devolución y Saldos, había informado a los padres del causante *"sobre la procedencia y requisitos para efectuar la entrega de los dineros que reposan en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado fallecido".*

- Adujo que el 17 de junio de 2008 se había presentado el actor de la tutela de la referencia a reclamar la pensión de sobreviviente en calidad de compañero permanente del afiliado para lo cual aportó Acta de Declaración Juramentada con Fines Extraprocesales mediante la que los ciudadanos D y H informaron:

"conocemos de vista, trato y comunicación desde hace veinte años a B (…) y por ese conocimiento nos consta que inició relación de pareja de manera singular, permanente y continua con W (…) Dicha convivencia se inició en mayo de 2001 (…) y se terminó el día 29 de Mayo de 2007, fecha en la que falleció W".

- Respecto de la solicitud hecha por el peticionario de la presente tutela indicó la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales que la muerte del ciudadano W había tenido lugar el día 29 de mayo de 2007, esto es, en fecha anterior al momento en que la Corte Constitucional mediante sentencia C-336 de 2008 se pronunció sobre *"el derecho pensional que les puede asistir a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañero o compañera permanente previa comprobación de tal condición".* Advirtió que con anterioridad a dicho pronunciamiento no existía *"la posibilidad de reconocer prestaciones económicas que otorga el Sistema General de Pensiones a los compañeros p compañeras permanentes del mismo sexo"* motivo por el cual la exigencia del peticionario fue rechazada toda vez que la mencionada sentencia no tiene efectos retroactivos sino efectos para el futuro (Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2006).

- Encontró que el principio de favorabilidad invocado por el accionante –contemplado en el artículo 53 de la Constitución Plítica– operaba bajo la existencia de dos o más normas vigentes aplicables a la situación fáctica que se pretende definir, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Así, dado que la única norma aplicable vigente es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, no existe duda en relación con la legislación aplicable para el caso concreto y no puede alegarse, por consiguiente, la aplicación del principio de favorabilidad.

- Finalmente, hizo un repaso de la jurisprudencia sentada en sede de tutela por medio de la cual la Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión y en general el pago de prestaciones de orden económico asunto sobre el cual le corresponde decidir a la justicia ordinaria. (Corte Constitucional. Sentencias T-038 de 1997, T-305 de 1998, T-206 de 1998, T-414 de 1998, T-630 de 2006).

Por los motivos expuestos, la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

2.3. Expediente T-2.386.935

La ciudadana Claudia Cristina Mejía Berreneche en calidad de apoderada del Gobernador de Risaralda responde de la manera que se sintetiza a continuación la tutela de la referencia.

- Luego de referirse a los hechos de la tutela y de admitir la veracidad de lo alegado por el demandante, trascribe una lista con los requisitos exigidos por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, para reclamar la Sustitución Pensional.

Oficio solicitando la Sustitución Pensional, dirigida a la Profesional Especializada del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, indicando dirección y teléfono del solicitante, al cual se le deben anexar los documentos que se relacionan a continuación: Dos (2) declaraciones extraproceso en original. // Registro civil de defunción del causante en original o copia auténtica. // Registro civil de matrimonio, en original o copia auténtica. // Colilla de pago de la última mesada recibida por el causante. // Fotocopia del carné de salud del causante y del beneficiario. // Registro civil de nacimiento del causante y del solicitante en original. // Fotocopia de la cédula de ciudadanía del solicitante. // Cuando se trate de hijos inválidos, debe anexar el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en original. // Si es mayor estudiante, debe anexar certificado expedido por el respectivo plantel educativo reconocido por el Ministerio de Educación, donde acredite como mínimo 20 horas semanales en original. // Tanto para el mayor inválido como el mayor estudiante, deben probar la dependencia económica. // Cuando el beneficiario es menor de edad o demente, la solicitud debe presentarla el representante legal o curador. // Si la solicitud la presentan los padres o hermanos inválidos, deben allegar la partida o registro civil de matrimonio de los padres, partida o registro civil de nacimiento del causante."

- Manifiesta que en efecto el peticionario debidamente identificado presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente e invocó la calidad de compañero permanente del fallecido con quien señaló que convivió durante 34 años.

- Afirma que la entidad por medio del Fondo de Pensiones del Departamento estudió el caso de manera inmediata, estudio que llevó a negar el reconocimiento mediante Resolución número 013 de enero 13 de 2009. El motivo de la negación –sostiene–, radica en que aún cuando el peticionario prueba mediante declaraciones extrajuicio que convivió durante 34 años con el causante, revisado el expediente se constató que en la ficha de pensionado diligenciada el día 7 de julio de 2000 por el causante, él "había manifestado que vivía en el municipio de Desquebradas, que era soltero y que no tenía a quién dejarle la pensión.

- Sostiene que con fundamento en esa prueba la entidad demandada resolvió negarle la pensión mediante Resolución que fue repuesta y apelada por el peticionario siendo negados los dos recursos. Señala como motivo que tuvo el *ad quem* para confirmar la sentencia de segunda instancia, la falta de cumplimiento de lo establecido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 e insiste en que la segunda instancia resolvió *"acogerse a lo planteado en la primera instancia con relación al documento denominado ficha PENSIONADOS y que obra en el expediente del pensionado fallecido P, en el cual había manifestado que no tenía a quién dejarle la pensión, dejando además en blanco el campo correspondiente".*

Solicita desligar al Departamento de Risaralda de cualquier responsabilidad en relación con los hechos invocados por el peticionario.

3. Decisión de tutela objeto de revisión.

3.1. Expediente T-2.292.035: Sentencia del Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009.

3.1.1. **Primera Instancia**. Sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009.

Mediante providencia dictada el 2 de marzo de 2009, el juzgado de primera instancia negó, por improcedente, la tutela invocada. Apoyó su decisión en los motivos que se sintetizan a renglón seguido.

- Estimó el *a quo* que en el presente caso se hacía necesario acudir a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, que regula las causales de procedencia de la acción de tutela. A propósito de lo allí establecido, recordó que la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que la acción de tutela únicamente procede cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial salvo que se acuda a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[25].

- Encontró que en el caso bajo examen existía una vía judicial alternativa que el demandante no había agotado aún y cuyo trámite no le genera ningún perjuicio irremediable, por cuanto, tal como lo manifiesta él mismo, sólo tiene 39 años de edad y no cuenta con ningún tipo de limitación para trabajar, o al menos no existe prueba alguna de ello en el expediente. Lo anterior –sostiene el *a quo*– se confirma con el hecho de que *"cuando la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes se hizo a EDATEL el 12 de mayo de 2008, fue resuelta negativamente por dicha entidad el 24 de julio de 2008 y sólo 7 meses después interpone acción de tutela, circunstancia ésta que verifica la no causación de un perjuicio irremediable".* Añadió, por último, que se había presentado otra solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del causante por parte de su hermana por lo que la controversia tendría que ser resuelta por la justicia ordinaria.

3.1.2. Impugnación.

---

[25] Citó la sentencia C-1112 de 2005 en la que también se señalan los elementos que caracterizan el perjuicio irremediable, a saber, la **inminencia** que exige la adopción de medidas inmediatas; la **urgencia** que tiene el sujeto de la acción de salir del perjuicio inminente; la **gravedad** de los hechos que hacen evidente la **impostergabilidad** de la tutela.

El demandante impugnó –mediante apoderado– la sentencia de primera instancia. Aportó los motivos que se resumen a renglón seguido.

- Afirmó no estar de acuerdo con la decisión emitida por el *a quo*, pues, en su opinión, la acción de tutela sí constituye el instrumento idóneo y primario de protección frente a la discriminación de que fue víctima por parte de EDATEL S. A. ESP y que trajo consigo, precisamente, el que no le fuese reconocida ni pagada la pensión de sobreviviente. Por tal motivo, sostuvo que corresponde al juez de tutela *"en forma expedita materializar [su] derecho a la igualdad"*. Para el demandante, la situación histórica y social de discriminación y, por ende, de desconocimiento del derecho a la igualdad de que han sido víctimas las parejas del mismo sexo, justifica acudir a la tutela como mecanismo de protección principal.

- Admitió el demandante que, en efecto, es el juez laboral la autoridad competente para conocer acerca de procesos relacionados con la seguridad social. Consideró, empero, que *"no puede diferirse en el tiempo, la materialización del derecho a la igualdad".* Trajo a colación que la Corte Constitucional en jurisprudencia reciente hizo énfasis acerca de que el trato distinto era discriminatorio respecto de las parejas homosexuales pues así ellas no estuvieran excluidas de manera expresa de las normas que reconocen el derecho a recibir los beneficios que se desprenden del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de hecho, sí lo estaban y ello desconocía los valores que informan el Estado social de derecho así como la necesidad de respetar la dignidad humana tanto como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Desde esta perspectiva, el derecho a no ser discriminado por motivos de las preferencias sexuales debe ser protegido por el juez de tutela y la acción de tutela se constituye en herramienta idónea para solicitar dicho amparo. No cosa distinta se desprende de la jurisprudencia constitucional que ha insistido en que *"la controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley".*

- Destacó el accionante la importancia de distinguir entre el derecho fundamental y las acciones concretas que lo materializan. Consideró que en el presente caso lo que se invoca es la necesidad de proteger el derecho a la igualdad, esto es, de asegurar que *"cualquier persona independientemente de su (en este caso) orientación sexual, pueda acceder a un derecho, en este caso a la pensión de sobrevivientes".* Insistió el demandante en que debía diferenciarse entre la protección del derecho y el efecto que se consigue con tal protección, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Concluyó que en este caso el *a quo* consideró que se trataba únicamente del segundo punto y dejó por entero desatendido el primero y más importante: la protección del derecho a la igualdad.

- En segundo lugar, la tutela resulta procedente como mecanismo subsidiario de defensa ante la existencia de una necesidad manifiesta, asunto éste, que el *a quo* pasó por alto y desconoció que la acción incoada lo era para solicitar la protección del derecho constitucional fundamental a la igualdad. Ahora bien, el *a quo* también se abstuvo de atender a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las parejas del mismo sexo por motivo de los prejuicios existentes en la sociedad y dejó de lado que los mecanismo ordinarios no siempre resultan idóneos para proteger los derechos constitucionales fundamentales de las parejas del mismo sexo que constituyen grupos sociales marginados históricamente y puestos en especial condición de vulnerabilidad.

- Indicó que, en su caso particular, la protección por vía tutelar no sólo era urgente en virtud de los motivos antes expresados, sino por cuanto en el año de 1998 fue diagnosticado portador del VIH. Aportó prueba de lo anterior y solicitó mantener en reserva esta información como protección de su derecho constitucional fundamental a la intimidad.

- Destacó la doble situación de victimización de las parejas del mismo sexo. Por una parte, ante la falta de protección de sus derecho a la igualdad. Por otra, y como consecuencia de lo anterior, ante la negación de la pensión de sobrevivientes. Mencionó que sólo hasta luego de expedida la sentencia C-336 de 2008 –por medio de la cual se reconocen los derechos de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes– es que se inician tales procesos y en el asunto suyo procedió de manera inmediata a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión

ante la entidad demandada por lo que *"no existen razones fundadas para no conceder la tutela".* Como se desprende del análisis efectuado, en el caso bajo consideración no existe una controversia que deba decidir la justicia laboral puesto que luego de la expedición de la mencionada sentencia C-336 de 2008, lo que se presenta es un cambio en el orden de prelación para la sustitución pensional. El *a quo* al sostener la improcedencia de la acción de tutela evidencia el trato discriminatorio al que el demandante está siendo sometido y desconoció que el actor pertenece a un grupo vulnerable e histórica y socialmente marginado.

- Por último, subrayó la necesidad de que las autoridades judiciales respeten la aplicación del principio de buena fe en sus actuaciones. Dentro de los elementos que configuran tal principio ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia T-617 de 1995) que se encuentra el que la administración no ejerza sus facultades defraudando la confianza que en ella depositan los administrados y no exija a las administrados más de lo que sea estrictamente indispensable para la realización de los fines públicos. En tal sentido, al juez de conocimiento *"no le corresponde en ningún caso cuestionar las motivaciones que llevaron a solicitar la pensión de sobrevivientes, puesto que si como accionante [ha] manifestado [su] necesidad, mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe".*

- Añadió, finalmente, que en vista de su pertenencia a un grupo histórica y socialmente marginado y discriminado, debe primar la necesidad de proteger el derecho a la igualdad y, por ende, resulta necesario invertir la carga de la prueba, esto es, quien considera que tiene iguales o superiores derechos que el accionante debe probar que esto es así. Entretanto la titularidad del derecho recae en el compañero o compañera permanente homosexual. En suma, destacó que a las parejas del mismo sexo no se les puede exigir probar más de lo que deberían en atención a la aplicación del principio de buena fe.

3.1.3. Segunda instancia.

Mediante providencia fechada el día quince de abril de 2009, el *ad quem* resolvió confirmar el fallo del *a quo*. Expuso los argumentos que abajo se sintetizan en apoyo de su solicitud.

- Para empezar, en los antecedentes de su sentencia el *ad quem* adicionó un aspecto probatorio, a saber, que el actor había presentado:

"copia de sendas comunicaciones. Una suscrita por él y entregada el 13 de mayo de 2008 a EDATEL, por medio de la cual reclamó para sí la pensión de sobrevivientes, aduciendo declaración extrajuicio para demostrar convivencia con R, extinto ex empleado de esa empresa, cuyo fallecimiento en febrero 10 de 2008 acreditó mediante copia del registro civil de defunción. La otra es la respuesta dada por EDATEL el 24 de julio de 2008, significándole que la sentencia C-336 de 2008 *tiene efectos a futuro y que el fallecimiento del exempleado antecedió dicha providencia, por lo que no era posible conceder tal derecho porque la normatividad vigente para entonces no regulaba la convivencia entre personas del mismo sexo (fs. 33 y 34). También aportó el libelista copia del acta notarial que consigna sendas declaraciones extrajuicio por parte de E y Y, quienes dieron fe bajo juramento que el extinto R convivió por espacio de once años con A y lo asistía económicamente (fs. 35 fte vto.) Así mismo aportó copia del acta de defunción del R ocurrida el 10 de febrero. Finalmente el actor aportó, tras su impugnación, copia de historia clínica, en la que aparece el diagnóstico de VIH en 1998, y la frecuente demanda de atención en salud desde mayo de 2008 (fs. 81 a 102).*

De otro lado, encontró el *ad quem* que la presentación del facsímile de un acta que contiene dos declaraciones no podía conducir al juez constitucional a conferir la protección solicitada por vía de tutela únicamente porque el peticionario se encuentra –como lo adujo el ciudadano A– en una situación de debilidad manifiesta. Las declaraciones en notaría las cuales *"visiblemente tributan su interés, sosteniendo que les consta de su relación por luengo tiempo como compañero permanente de otro varón; (sic) así hubiese buscado tras la impugnación complementar la prueba con su historial clínico que en el que se muestra él muy compungido por la pérdida afectiva",* no son suficientes para dar por probada la condición de compañero permanente de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-336 de 2008 ni con lo señalado en la sentencia C-521 de 2007 a la que ella remite para tales efectos.

- Reiteró su acuerdo con los argumentos expuestos por el *a quo* en relación con que la tutela constituye un mecanismo subsidiario y excepcional al que es factible acudir únicamente cuando se han agotado los instrumentos ordinarios de defensa y dijo que en este caso la cuestión revestía especial entidad por cuanto había una controversia pendiente de decisión pues debía declararse si *"le asiste mejor derecho a la hermana de quien él alega haber sido por años compañero permanente"* quien, de acuerdo con lo afirmado por la entidad demandada, tiene 72 años, ha alegado dependencia económica y adelanta trámite ante la Junta Departamental de Invalidez.

- Por último, insistió que el argumento expuesto por el accionante en relación con que se había abstenido de acreditar la unión marital de hecho por desconocer las pautas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional, carecía de peso toda vez que *"quien dice haber sido su compañero permanente y proveedor económico falleció en febrero 10 de 2008, la exigencia de que los mismos convivientes declaren conjuntamente sobre tal permanencia reitera la posición del alto Tribunal en* sentencia C-521 de 2007*, que obviamente antecede al óbito en cuestión".* Finalmente, insiste en que el actor omitió aportar prueba de la dependencia económica respecto del causante.

- Concluyó que había derechos inciertos y discutibles que no podían ser objeto del amparo solicitado dado que para tales efectos debía el peticionario acudir a los mecanismo ordinarios pues no había aportado prueba de peligro inminente que justificara el amparo como mecanismo transitorio. Por los motivos aducidos, resolvió confirmar el fallo del *a quo*.

3.2 Expediente T-2.299.859: Sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito

3.2.1. Primera instancia: Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá D.C.

Mediante fallo de dos de marzo de 2009, el despacho resolvió declarar la improcedencia del amparo incoado. Aportó los siguientes motivos en apoyo de su decisión.

- Admitió la jueza *a quo* que en el centro del debate se encontraba *"el pago o no de la pensión de sobreviviente con relación a personas del mismo sexo"* y mencionó que frente a este aspecto era relevante lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2008. Sobre este extremo, enfatizó que la Corte Constitucional había hecho una precisión, a saber, que la condición de compañero o compañera permanente debía ser probada *"mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto".* Subrayó, de otra parte, que idéntica prueba debía allegar quien solicita se le reconozca y pague pensión de sobreviviente cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley y en especial de conformidad con el artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que son las mismas a las que se refiere la sentencia C-521 de 2007.

Al referirse al caso concreto, examinó si se cumplía con las exigencias previstas por el Decreto 2591 de 1991 –numeral 4º– para que proceda la acción de tutela y llegó a la conclusión con arreglo a la cual en el asunto bajo análisis éste requisito no se cumplía por cuanto el actor no probó –ni consta prueba de ello en el expediente – que se encontrara en situación especial de indefensión. De este modo, el ciudadano demandante debe acudir a los medios ordinarios de defensa que constituyen la vía idónea para solicitar el amparo invocado.

Por los motivos antes señalados, resolvió declarar que la acción de tutela impetrada por B mediante apoderado judicial era improcedente.

3.2.2. Impugnación.

El peticionario expuso en el escrito de impugnación los mismos argumentos que adujo en el suyo el ciudadano A –Expediente T-2.292.035–. Dado que en el numeral 3.1.2. de esta providencia se reseñó en extenso dicho escrito, se remite para la lectura de las consideraciones generales a tal numeral. En lo que se refiere a los motivos específicos del impugnante, en el escrito consta, además, lo que se sintetiza a continuación:

- Para empezar, el apoderado judicial del accionante acentuó que la solicitud interpuesta tenía como propósito mantener la estabilidad económica que había alcanzado el peticionario en los años de convivencia con el causante por motivo de lo cual resultaba indispensable que se protegiera en debida forma su derecho constitucional fundamental a acceder a la pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se deben ajustar las parejas heterosexuales. Insistió que en el caso del ciudadano B, se trataba de un interés legítimo para hacer efectivo ese derecho con prontitud. Imponer cargas adicionales en materia probatoria desvirtúa la aplicación del principio de buena fe –artículo 83 superior–, al tenor del cual las *"actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*". Esta disposición, agregó el escrito de impugnación, ha sido desarrollada de manera amplia por la jurisprudencia constitucional.

- Expresó, por lo anterior, que no resulta comprensible la actitud del *a quo* cuando cuestiona las motivaciones que tiene el actor para solicitar la pensión de sobreviviente, pues si el peticionario afirmó y manifestó la necesidad de acceder a este derecho, *"mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe. La presunción en el presente caso por parte de la Sra. Jueza ha sido que no existe necesidad, Por el contrario atendiendo a que el accionante pertenece a un grupo vulnerable, histórica y socialmente discriminado, es evidente que la primera presunción debería hacerse entorno a la necesidad de protección y, de esta forma, invertir la carga de la prueba hacia quien considere que el accionante tiene iguales o superiores a las que tenía antes del fallecimiento su compañero permanente".*

- Concluyó el escrito de impugnación que la jueza *a quo* le estaba exigiendo al peticionario una mayor carga probatoria de la que –de conformidad con la normatividad vigente–, le correspondía, en desconocimiento del principio de buena fe que debe informar todas las actuaciones de orden administrativo. Lo anterior –añadió–, implica, a su vez, un desconocimiento del derecho del actor a acceder en igualdad de condiciones a la pensión de sobreviviente para mantener *"una estabilidad económica igual o superior a la que tenía al momento en que convivía con su compañero permanente ahora fallecido".*

3.2.3. Segunda instancia. Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá.

Este despacho decidió el 22 de abril de 2009 la impugnación de la sentencia de primera instancia y negó el amparo solicitado. Aportó los motivos que abajo se exponen, en sustento de su decisión.

- Analizó, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela contra particulares de conformidad con el numeral 4º del Decreto 2591 de 1991 y llegó a la conclusión de que en el asunto bajo examen, en efecto, el actor contaba con *"otro mecanismo de defensa judicial, esto es, el proceso ordinario laboral para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes".* No obstante, hizo énfasis en que el peticionario había alegado *"la existencia de una necesidad manifiesta, que le [impedía] esperar el extenso desarrollo del citado trámite".* Insistió el *ad quem* en que el accionante por medio de su apoderado judicial había manifestado la necesidad de obtener el reconocimiento y pago de la pensión para mantener la estabilidad económica que había alcanzado con su pareja y acentuó que en el expediente obraba la declaración extraprocesal emitida por los señores D y H, quienes manifestaron que *"al momento de su fallecimiento B, dependía económicamente de él, ya que desde hace tres años B se encuentra sin trabajo y no recibe pensión por parte del Estado ni de ningún otro fondo privado".*

- Consideró desde la perspectiva antes señalada que en el asunto bajo examen se había configurado la existencia de un perjuicio irremediable pues *"el mismo es verificable, inminente, es urgente y exige medidas inmediatas que prevengan la prolongación del daño, lo que hace procedente la acción de tutela incoada".*

- Manifestó, sin embargo, –luego de hacer un análisis de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional relativa al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales (Sentencias C-075 de 2007; C-336 de 2008)– que en el asunto de la referencia no se había

cumplido con las exigencias trazadas por la jurisprudencia constitucional, pues entre la documentación allegada al expediente no se había aportado *"la declaración juramentada de las dos personas que conformaban la relación, requisito indispensable para acreditar la condición de compañero permanente, de acuerdo con lo expresado en la* sentencia C-336 de 2008*".*

- Por lo anterior, no consideró que en el presente caso la entidad demandada hubiese desconocido los derechos constitucionales fundamentales cuya protección invocó el accionante, pues tal entidad *"en ningún momento manifestó que la negativa a acceder a la petición del señor B, se deba a su condición sexual y ello tampoco se deduce de su actuación pues se limitó a verificar el cumplimiento de unos requisitos".* Añadió, finalmente, que si las personas con orientación diversa demandaban un trato igualitario, debían *"ceñirse a las reglas y requisitos dispuestos para el resto de las personas, sin que se entienda que dichas exigencias se originen en su condición y al hecho de que han sido un grupo históricamente marginado".*

Con fundamento en las consideraciones antes desarrolladas, resolvió modificar el fallo impugnado –en el sentido de declarar la procedencia del amparo tutelar– pero decidió negar la protección invocada por las razones aducidas en la parte motiva de la providencia.

3.3. Expediente T-2.386.935: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009.

3.3.1. Primera Instancia. Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira.

Mediante providencia fechada el día cuatro de junio de 2009 el a quo resolvió declarar improcedente el amparo. Aportó los siguientes motivos en sustento de su decisión.

- La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, en principio, la tutela resulta improcedente para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Salvo que se acredite la presencia de circunstancias especiales a partir de las cuales sea factible establecer que se requiere proteger los derechos fundamentales pues no existen otros medios de defensa judicial tan idóneos como la tutela o porque de no protegerse el derecho se producirá un perjuicio irremediable.

- Menciona las exigencias que de conformidad con la jurisprudencia constitucional deben cumplirse para la procedencia excepcional de la tutela y aduce que el demandante no ha agotado los mecanismos ordinarios de protección y tampoco se encuentra ante un perjuicio irremediable que le impida agotarlos.

3.3.2. Impugnación.

Inconforme con el fallo emitido por el *a quo*, el peticionario presenta escrito de impugnación y sostiene lo siguiente.

- Relata que a la muerte del causante acudió a la entidad demandada con el lleno de los requisitos exigidos por la legislación para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, pero su derecho le fue negado mediante resolución contra la cual el interpuso recurso de reposición y de apelación que fueron negados. Insistió que se había presentado ante CAJANAL para solicitar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de la pensión gracia y este derecho le fue reconocido de manera inmediata, motivo por el cual no entiende porqué si cumple con todos los requisitos establecidos por los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, la entidad demanda sustentándose en el argumento de conformidad con el cual el causante al llenar en el año 2000 una ficha de pensionado se había abstenido de poner como beneficiario al peticionario.

- Manifiesta que la Corte Constitucional ordenó que las parejas del mismo sexo fueran incluidas en el ámbito de protección de la ley que regula la cobertura familiar en el sistema de pensiones y de salud y sostuvo que abstenerse de efectuar dicha inclusión constituía una vulneración de los principios de no discriminación, dignidad humana como expresión de la autonomía personal protegidos por la legislación nacional e internacional. La negación de la pensión en su caso

constituye un desconocimiento del precedente constitucional así como del artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La dignidad como atributo de la persona y calidad esencial de la existencia no es algo contingente y se predica de todas las personas sin excepción. El juez *a quo* con su sentencia desconoció esta situación y se abstuvo de proteger sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna así como el derecho a la no discriminación. En este caso debe prevalecer la observancia del texto constitucional que irradia a todos los poderes públicos y en tal sentido vincula a las autoridades administrativas y judiciales. De esta manera el asunto en cuestión debe resolverse a su favor.

3.3.3. Segunda instancia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Risaralda.

Mediante providencia emitida el día 15 de julio de 2009, el juez *ad quem* resolvió confirmar la sentencia proferida por el *a quo*. Aportó los siguientes motivos en sustento de su providencia.

Concuerda con el a quo en que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección y considera que en el presente caso esa características cobra especial relevancia dado que existe controversia entre las partes acerca del derecho que le asiste al peticionario para el reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente. Resolver lo concerniente a este derecho es algo que le corresponde a la jurisdicción ordinaria y que no puede ser decidido por vía de acción tutelar.

4. Documentos aportados en sede de revisión.

4.1 Mediante documento allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 4 de noviembre las ciudadanas Marcela Sánchez Buitrago –Directora Ejecutiva de Colombia Diversa –, Ana María Méndez Jaramillo, Camila Soto Mourraille, Andrea Camacho Rincón y los ciudadanos César Augusto Rodríguez Garavito y Mauricio Albarracín Caballero aportaron en calidad de *amicus curiae* elementos de reflexión para analizar los casos bajo examen[26].

4.2. En escrito presentando el día 6 de noviembre de 2009, el ciuadano Germán Humberto Rincón Perfetti y la ciudadana Giomar Angélica Aguilar González intervinieron en calidad de *Amicus Curiae* en las tutelas de la referencia. En su escrito de intervención hicieron un recuento de las fallas estructurales que presenta el trámite de pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo. Más adelante tendrá ocasión la Sala de referirse con mayor detalle a tales fallas[27].

En escritos allegados a la Sala Quinta de Revisión , Marcela Sánchez Buitrago en su calidad de Directora Ejecutiva de Colombia Diversa expone los motivos por los cuales los expedientes de la referencia deben tramitarse de manera conjunta y señala las razones con sustento en la cuales considera que en estos casos la acción de tutela procede por desconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo pues aún cuando la jurisprudencia les reconoce a estas parejas el derecho a acceder en igualdad de condiciones, en realidad se les exige una mayor carga probatoria que a las parejas heterosexuales así como se les pide cumplir exigencias y adelantar trámites adicionales –no previstos en la legislación– para acceder al derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión de los presentes casos, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número ocho de seis de agosto de 2009 que ordenó acumular entre sí los expedientes T-2.292.035 y T-2.338.046 para ser fallados en una

---

[26] Expediente de revisión a folios 102-155.
[27] Expediente de revisión a folios 249-250.

sola sentencia, así como del auto de la Sala Quinta de Revisión que con el mismo fin aprobó la acumulación del expediente número T-2.386.935.

2. Aspectos relacionados con la protección de derechos fundamentales en sede de revisión.

Teniendo en cuenta los antecedentes referidos, para resolver los asuntos puestos a consideración de la Sala resulta necesario establecer si las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones desconocen el derecho de compañeros y compañeras permanentes homosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se sujetan los compañeros permanentes heterosexuales así como su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo:

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente;

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual;

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con la excusa de que el compañero o compañera homosexual no ha llenado un requisito, no ha adelantado un trámite o no ha aportado una prueba cuyo cumplimiento sin embargo no es exigido por la legislación vigente.

3. Pasos para abordar y resolver los problemas jurídicos.

Para abordar y resolver los problemas jurídicos antes planteados, la Sala se referirá, primero, a la evolución jurisprudencial sobre la garantía de protección del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales. Acto seguido a la luz de lo determinado en la sentencia C-336 de 2008 examinará algunos de los principales obstáculos que se derivan en la práctica para el goce efectivo del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo. Con fundamento en lo anterior, decidirá los casos concretos.

4. Obstáculos que se derivan en la práctica para el goce efectivo del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de compañeros y compañeras permanentes homosexuales que implican desconocer su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y quebrantan su derecho constitucional a la igualdad.

4.1. En la sentencia C-336 de 2008[28], la Corte Constitucional reiteró la importancia de garantizar el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales y estableció que las normas demandadas que reconocían el derecho de las parejas heterosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente resultaban discriminatorias al privar de esa misma protección a las parejas homosexuales. Precisó la Corporación que si bien las parejas homosexuales no están excluidas en forma expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de facto exceptuadas y por consiguiente para finalizar con ese trato discriminatorio es menester reconocer a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo el derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues *"no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual"*.

4.2. Con todo, tanto las intervenciones efectuadas en sede de revisión como los casos puestos a consideración de la Sala en la presente ocasión, hacen patente los numerosos inconvenientes que impiden a las parejas homosexuales el pleno disfrute en la práctica de sus derechos. A partir del recuento fáctico expuesto en los antecedentes de la presente sentencia y de las pruebas allegadas al expediente en sede de Revisión, cabe destacar la tendencia de las autoridades administrativas y judiciales así como de los Fondos de Pensiones privados a imponer trámites, exigencias o pruebas inexistentes en la legislación con lo cual entorpecen, cuando no niegan de tajo, el acceso de las compañeras y compañeros permanentes de parejas homosexuales al efectivo disfrute de su derecho a acceder a la pensión de sobreviviente y quebrantan, de paso, el derecho de las personas homosexuales a la garantía del debido proceso administrativo.

4.3. El derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso en actuaciones administrativas está contemplado en el artículo 29 superior y ha sido protegido por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, por lo que al respecto existe ya una línea jurisprudencial bastante consolidada[29]. Ha dicho la Corporación que esta garantía comprende un grupo de cautelas de orden sustantivo y de procedimiento sin presencia de las cuales no resultaría factible asegurar la vigencia del Estado social de derecho ni s posible proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas[30].

---

[28] En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990 *"por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes"*; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993 *"por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Los demandantes estimaron que las normas acusadas desconocían los artículos: 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política y específicamente quebrantaban el deber *"de extender a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales"*. En el escrito de demanda se hizo especial mención a la decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas *X contra Colombia* el día 14 de mayo de 2007. En dicha providencia, el Comité se pronunció respecto de la situación de un ciudadano colombiano a quien las autoridades negaron el derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pese a haber acreditado convivencia singular con el causante –su compañero permanente– y pese a haber demostrado que dependía económicamente del mismo. El Comité encontró que el Estado colombiano había quebrantado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *"al negar al actor el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente sin aportar argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva"*. Para resolver los problemas jurídicos planteados la Corte dividió en dos partes sus consideraciones. En un primera parte, se pronunció sobre la situación de las personas homosexuales en el ordenamiento jurídico colombiano nacional e internacional y, en una segunda parte, abordó aspectos relacionados con el sentido, alcance y objetivo de la pensión de sobrevivientes.

[29] Corte Constitucional. Sentencias T-048 de 2008; T-828 de 2008; T-917 de 2008; T-653 de 2006; T-1308 de 2005; T-849 de 1999

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-828 de 2008.

4.4. El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales así *"que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley"*[31]. Desde la perspectiva antes señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo al cual *"toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión"* (artículos 4º y 122 C. P.)[32]. De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad.

Los procesos administrativos deben, pues, cumplir con requerimientos de agilidad, rapidez y flexibilidad**[33]**, para efectos de asegurar una eficaz y oportuna realización de la función pública cumpliendo estrictamente con el respeto por los derechos de la ciudadanía. De esta manera ha entendido la Corte que el procedimiento administrativo comprende:

*"un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función publica y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"**[34]**.* (Énfasis añadido).

4.5. Ahora bien, a partir de las pruebas que reposan en los expedientes y de las allegadas en sede de revisión resulta factible constatar que en materia de garantía efectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen elevar un conjunto de obstáculos injustificados a la luz del ordenamiento constitucional. Esta práctica desconoce específicamente la previsión contemplada en el artículo 84 superior al tenor del cual *"cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio"*. De otro lado, es posible confirmar igualmente que, por lo general, las autoridades administrativas, judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen abstenerse de aplicar el principio constitucional de buena fe, según el cual –como lo ordena el artículo 83 superior– *"las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*. No obstante la claridad de esta disposición constitucional, en la práctica las entidades encargadas de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales fundamentales de las parejas homosexuales suelen suponer, sin que medie sustento fáctico alguno, que las parejas del mismo sexo buscan defraudar al sistema pensional.

---

[31] Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si en el caso *sub judice* la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja, al abstenerse de levantar las medidas cautelares que recaían sobre bienes y derechos sucesorales del peticionario *"pese a existir proceso contencioso administrativo atacando el mandamiento de pago y la decisión negativa a las excepciones"* había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor y se procedía conferir la tutela como mecanismo transitorio para resolver un perjuicio irremediable. La Corte efectuó un conjunto de consideraciones muy importantes respecto de la importancia de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas y resolvió conceder el amparo invocado.

[32] Ibíd. Consultar asimismo Corte Constitucional. Sentencia T-982 de 2004.

[33] Ibíd.

[34] Ibíd.

4.6. En suma: a partir de las pruebas allegadas al expediente puede decirse en general que las trabas administrativas más destacadas tienen que ver con la tendencia a abrir investigaciones adicionales –no previstas en la legislación– para recaudar pruebas no exigibles jurídicamente, entre ellas, por ejemplo, visitas domiciliarias; ratificación de solicitud bajo juramento por parte de las personas peticionarias; requerimiento de agotar el juicio sucesorio para determinar herederos así como la liquidación de la sociedad conyugal; exigencia de declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante; juicios de valor que traen como consecuencia la inaplicación de normas aplicables por motivos religiosos o morales; solicitud de agotar el proceso ordinario de unión marital de hecho ante la jurisdicción de familia. Entre los principales obstáculos de orden jurídico se encuentran, entonces: (i) aplicación de norma inaplicable; (ii) exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) interpretación contraria a la Constitución; (iv) aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; (v) inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad.

4.7. Para efectos de arrojar la mayor claridad posible sobre el carácter por entero injustificado de estas trabas que, dicho con diametral claridad, terminan por desconocer en general y de manera grave los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y a la garantía del debido proceso administrativo de las parejas del mismo sexo, estima la Sala indispensable destacar los siguientes aspectos: de un lado, la sentencia C-336 de 2008 constituye precedente constitucional con carácter *erga omnes,* esto es, de obligatorio e inexcusable cumplimiento. Las autoridades, de orden administrativo y judicial a la vez que los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones no pueden dejar de observar el precedente jurisprudencial y el mismo es aplicable incluso cuando la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C-336 de 2008. De lo contrario, incurren en prevaricato por acción.

Sobre este extremo encuentra la Sala preciso acentuar el carácter vinculante que tienen las sentencias de constitucionalidad respecto de particulares y autoridades públicas. Para comprender mejor las consecuencias que se derivan a partir de la obligatoriedad de los fallos emitidos por la Corte Constitucional es necesario empezar por advertir que las sentencias constan de dos partes principales: la parte motiva y la parte resolutiva. No existe discusión alguna sobre el carácter vinculante de la parte resolutiva de las sentencias. En relación con la pregunta sobre si la parte motiva es también de obligatorio cumplimiento y, en dado caso, bajo qué alcance, se pronunció la sentencia T – 292 de 2006:

"(…) la respuesta a la pregunta inicial respecto a si la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, es afirmativa conforme a los enunciado por esta Corporación y el legislador estatutario. Por consiguiente las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutiva de tales providencias, así como frente a los fundamentos 'que la misma Corte indique'[35]."[36]

Son dos los motivos principales que justifican tal conclusión: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas[37]; y ii) la posición y misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta.

4.8. Hasta aquí queda pues claro que la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos *erga omnes* y vincula a todas las autoridades públicas sin excepción tanto como los particulares que se

---

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993.

[36] Corte Constitucional. Sentencia T – 292 de 2006, consideración 16.

[37] Nótese además, que tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. En el caso del inciso 1º, se expresa claramente que son vinculantes las sentencias de constitucionalidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

encuentran comprometidos con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones y debe ser observada en general por toda la ciudadanía sin excepción. Lo expuesto hasta este lugar adquiere aún mayor significación cuando se tiene en cuenta lo establecido recientemente por la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008[38].

Respecto de los efectos de providencias emitidas con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, manifestó la Corporación en aquella ocasión que de conformidad con lo expuesto por el artículo 243 Superior[39] *"todas las autoridades públicas en Colombia [incluidas las autoridades judiciales], [debían] acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad".* Ahora bien, no puede perderse de vista que cómo lo recordó la Corte Constitucional en la referida sentencia C-335 de 2008, "*las disposiciones son simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados"*. Lo anterior significa que a partir de un mismo enunciado normativo pueden extraerse distintas normas, es decir, "mandatos, prohibiciones o permisiones".

En efecto, puede suceder que una disposición ofrezca un sentido unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto. Se presentaría prácticamente una identidad entre la disposición y norma derivada de ésta, quedando reducida al mínimo la actividad creadora del derecho por parte del juez. Otra situación se presenta cuando dado el elevado grado de indeterminación que ofrece una disposición constitucional o legal, *"su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad"*. Tal es el caso de la referencia que se hace en la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 a lo dispuesto por la sentencia C-521 de 2007 para acreditar la permanencia de una relación trabada entre personas del mismo sexo.

Esta remisión ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional (sentencias T-1241 de 2008 y T-016 de 2010) al igual que varias Administradoras de los Fondos de Pensiones [40] han considerado que a la exigencia fijada en

---

[38] En aquella oportunidad le correspondió la Sala Plena de la Corporación pronunciarse sobre la demanda acumulada de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 *"Por la cual se expide el Código Penal."* "*Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años."* Algunos de los actores alegaron que la disposición acusada desconocía el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales al igual que el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Otros sostuvieron que el artículo en cuestión desconocía el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000. La Corte precisó en aquella ocasión lo siguiente: "la pena asignada al delito de prevaricato por acción se incrementó en virtud de la Ley 890 de 2004, cuyo artículo pertinente reza "Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley." La Corte consideró que las dos demandas de inconstitucionalidad presentadas coincidían en formular el mismo cargo, esto es, que el artículo 413 del Código Penal que contiene "el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad." Según los demandantes, a partir de lo prescrito en el artículo acusado no resultaba factible "sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad."

[39] *"ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. / Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."*

[40] *Cfr.*, la interpretación efectuada por las Administradoras de los Fondos de Pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR. Expediente de Revisión a folios 24-25 y 152-155.

la sentencia C-521 de 2007 a la cual remite la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 debe dársele una interpretación restrictiva y con sustento en dicha interpretación han negado el derecho de las personas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente pues al haber muerto uno de los compañeros permanentes, es imposible cumplir con la exigencia de conformidad con la cual ambos compañeros o compañeras permanentes deben acudir ante notario para acreditar la permanencia y singularidad de su relación.

Encuentra la Sala que frente a esta interpretación restrictiva que impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión, existe otra posibilidad de interpretación más compatible con las circunstancias que dan lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y más acorde con lo dispuesto por la Constitución y por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos así como con las Recomendaciones 112 y 113 que frente a Colombia emitiera el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[41].

En concordancia con lo anterior, la Dirección del Instituto Colombiano de Seguros Sociales establece que *"para dar aplicación a la* sentencia C-336 de 2008*, que remite a la acreditación de la condición de pareja permanente del mismo sexo conforme a los términos señalados en la* sentencia C-521 de 2007*, deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante la autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la (sic) buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a lo cual no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento de la muerte respecto de uno de ellos"**[42]***. (Subrayas añadidas).

Así, por los motivos que tendrá ocasión la Corte de exponer más adelante, y bajo aplicación del principio de interpretación *pro homine* se apartará de lo decidido por las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en las sentencia T-1241 de 2008 y en la sentencia T-016 de 2010 y acogerá la interpretación efectuada por la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no sin antes aportar las razones de la decisión.

A juicio de esta Sala Segunda de Revisión, debe existir completa claridad acerca de que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. En la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 estableció la Corte:

"Declarar EXEQUIBLES las expresiones "*la compañera o compañero permanente"; "la compañera o compañero permanente"; "la compañera permanente"; "compañero o compañera permanente"; "una compañera o compañero permanente"; "la compañera o compañero permanente"; "compañero o compañera permanente"*, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones "*el cónyuge o la compañera o compañero permanente"; "la compañera o compañero permanente"; "un compañero o compañera permanente"; "una compañera o compañero permanente"; "la compañera o compañero permanente"; "compañero o compañera permanente" y "compañero o compañera permanente"*, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales".

Cierto es que la exigencia establecida por la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 es que la condición de pareja permanente sea acreditada en los términos establecidos por la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales[43]. Encuentra la Sala que la

---

[41] *Cfr.*, los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales. Expediente de Revisión a folio 192.

[42] Ibíd.

[43] En la sentencia C-521 de 2007, le correspondió establecer a la Corte "si la expresión *'cuya unión sea superior a 2 años'*, perteneciente al artículo 163 de la Ley 100 de 1993, desconoce

remisión hecha por la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo, fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

En el caso de la pensión de sobreviviente, es claro para la Sala –y en eso comparte la interpretación efectuada por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales –, que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. De lo contrario, se impone una carga probatoria imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir –y esto sucede tanto respecto de parejas homosexuales como de parejas heterosexuales– que uno de los compañeros permanentes muere sin que haya podido la pareja acudir ante notario para acreditar la unión.

4.9. En este lugar vale la pena recordar que mediante Auto 163 de julio 9 de 2008 la Corte Constitucional rechazó la posibilidad de aclarar la sentencia C-336 de 2008. No obstante lo anterior, al momento de aportar los motivos del rechazo, la Corte expresó entre otras lo siguiente:
"…contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equivoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la sentencia C-521 de 2007 y en ésta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario; en la sentencia C-521 de 2007, se dijo: (subrayas añadidas)
La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico".

4.10. En este orden, la interpretación de conformidad con la cual la sentencia C-336 de 2008 exige como requisito *sine qua non* para que las personas del mismo sexo accedan al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el que los integrantes de la pareja hayan acudido simultáneamente ante Notario para probar la condición de compañero o compañera permanente, carece de sustento jurídico alguno y apoyarse en tal interpretación desencadena un trato discriminatorio injustificado que conlleva al desconocimiento de pruebas pertinentes y conducentes, como lo es, a todas luces, la declaración extraprocesal de terceras personas ante notario.

La interpretación restrictiva de la que suelen partir las autoridades judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones, desconoce por entero el mandato de igual trato consignado en el artículo 13 superior que busca asegurar que la ley no regulará de forma

---

la dignidad humana y los derechos a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud, lo mismo que a la protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes del afiliado, cuando aquellos no hayan cumplido con la condición temporal prevista en la norma. La referida providencia declaró la inexequibilidad del contenido normativo del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, según el cual la cobertura familiar del plan obligatorio de salud, se brinda entre otros al (la) compañero(a) permanente del afiliado, cuando dicha unión supere los dos (2) años de duración. El sentido de la inexequibilidad en mención consistió en excluir del ordenamiento jurídico el requisito de que los compañeros permanentes deban acreditar mínimo dos (2) años de convivencia, para acceder a la calidad de beneficiarios en salud.

diferente "*la situación de personas que deberían ser tratadas igual*" ***[44]*** ni que regulará *"de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente"****[45]****.* El mandato de trato igualitario plasmado en el artículo 13 superior, persigue que todas las personas reciban, en efecto, igual protección, algo que ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato pueden garantizar por sí mismas. Ello se obtiene únicamente en la medida en que se efectúen distinciones protectivas, esto es, en que se proteja a las personas de forma diferente. Este desarrollo de la igualdad propende porque todas las personas gocen efectivamente de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Tiene una connotación sustantiva pues "*parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual"* ***[46]***; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, corresponde al Estado adoptar "*acciones para garantizar la igual protección"****[47]****.*

4.11. Para el asunto bajo examen estas previsiones contenidas en el artículo 13 superior cumplen un papel de especial importancia. De un lado, exigen tener claridad sobre la posible existencia de grupos discriminados –en el caso que ocupa la atención de la Sala, las personas homosexuales quienes ante una interpretación restrictiva de lo consignado en la sentencia C-336 de 2008 se verán imposibilitadas de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pues, como antes se dijo, la exigencia que en materia de afiliación a salud es razonable y justificada, en materia de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente se torna desproporcionada e injustificada e implica admitir un trato discriminado pues al compañero o a la compañera permanente heterosexual no se le exige dicha prueba[48].
4.12. En vista de lo anterior, debe la Sala precisar que la interpretación restrictiva de lo establecido en la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 no se apoya en razones objetivas ni justificadas desde el punto de vista constitucional y, por el contrario, al haberse convertido en una práctica reiterada tanto por parte de autoridades administrativas y judiciales como por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones, incide de modo negativo en el goce efectivo del derecho de las parejas del mismo sexo a acceder, bajo las mismas condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. En vista de lo anterior, encuentra la Sala imprescindible adoptar en la parte resolutiva de la presente sentencia medidas para evitar que esta circunstancia se repita.

A la luz de las consideraciones efectuadas en precedencia, la Sala procederá a solucionar los casos concretos.

5. La subsidiariedad en cuanto requisito para la procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. La Corte Constitucional de manera reiterada ha manifestado que la tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en atención a que está concebida como un mecanismo judicial previsto

---

[44] Ibíd.
[45] Ibíd.
[46] Ibíd.
[47] Ibíd.
[48] En la sentencia T-1009 de 2007 se pronunció la Corte de la siguiente manera en relación con la prueba de convivencia de compañeros permanentes heterosexuales: "La conclusión de esta Corporación acerca de que para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes lo que se requiere fundamentalmente es demostrar la convivencia afectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte se deriva, entonces, de dos premisas: por un lado, de la norma constitucional que define que la familia se puede crear por vínculos naturales o jurídicos y que sus dos modalidades de creación merecen idéntica protección, y, por el otro, del objetivo que persigue la pensión de sobrevivientes, cual es el garantizarle al cónyuge o compañero supérstite los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión. Así, de lo que se trata en el momento de decidir acerca de una solicitud de sustitución pensional es de observar la situación real de vida en común de dos personas, dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían exigirse. Cfr. Sentencia T-190 de 2003.

ante la inexistencia de mecanismos procesales para el amparo integral del objeto de protección[49].

5.2. Con todo, cuando abstenerse de conceder el amparo solicitado trae como consecuencia un perjuicio irremediable, entonces, es factible acudir a la acción de tutela. En tal eventualidad, el amparo puede conferirse de dos maneras. De una parte, *"en su modalidad transitoria, para dar lugar a órdenes de inmediato cumplimiento que permitan contrarrestar dicho efecto, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo"*. De otra, como un mecanismo judicial supletorio de los mecanismos ordinarios, si se comprueba: (i) que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos o eficaces para asegurar la protección invocada, o (ii) que no conceder el amparo por vía tutelar significaría afectar de manera profunda las condiciones existenciales de quien solicita el amparo; o terminaría por conculcar su derecho al mínimo vital e impediría a quien solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales gozar de una vida en condiciones mínimas de calidad y de dignidad.

5.3. Otras consideraciones pertinentes en estos casos serán, por ejemplo, *la condición de sujeto de especial protección, y el deber de amparo que, de acuerdo con el art. 46 de la Constitución, surge para el Estado, la sociedad y la familia respecto de los sujetos en esta condición, el cual resulta incompatible con el tiempo de respuesta de los medios ordinarios dentro del sistema jurídico, el que resulta excesivo si se tiene en cuenta que se resuelven casos de personas que no cuentan con otra fuente de ingresos económicos"*[50].

6. La subsidiariedad en los casos concretos

6.1. Tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente ha dicho la Corporación que la tutela es inicialmente improcedente[51], pues no puede reemplazar a las acciones laborales configuradas por el Legislador para resolver asuntos litigiosos y tales controversias deben ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria laboral[52]. En breve, la tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial que garanticen de modo efectivo la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

No obstante, en el asunto bajo examen se presentan circunstancias especiales que deben ser tenidas en cuenta por la Sala Segunda de Revisión para establecer la procedencia del amparo tutelar. En primer lugar, resulta preciso distinguir entre la protección de los derechos constitucionales fundamentales y las consecuencias prácticas que se derivan de esa protección en los casos bajo análisis, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Entiende la Sala, que en los asuntos puestos a su consideración las entidades demandadas y

---

[49] *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencias T-432 de 2002, T- 408 de 2002, SU-646 de 1999, T- 632 de 2004.

[50] Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 2009.

[51] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 2009; T-177 de 2008. En esta última recordó la Corporación: *"Teniendo en cuenta tal disposición y en tratándose de la solicitud del reconocimiento y pago de un derecho pensional, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela resulta, por regla general, improcedente para resolver cuestiones de esta estirpe, toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones ordinarias laborales concebidas por el Legislador para resolver asuntos de carácter litigioso. De tal suerte que la existencia y disposición de otros medios de defensa judiciales como escenarios pertinentes para ventilar tanto las diversas controversias de índole económica como para desplegar ampliamente las diferentes garantías de orden procesal encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen, permiten suponer que, en principio, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones*".

[52] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T -177 de 2008 y T-404 de 2009. Ahora bien, como lo ha explicado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, puede acudirse directamente al amparo tutelar cuando se presentan las siguientes eventualidades: (i) se han agotado los mecanismos de defensa ordinarios; (ii) no existen mecanismos de defensa ordinarios; (iii) se comprueba que los mecanismos de defensa ordinarios son ineficaces; o (iv) se establece que el no conferir el amparo por vía tutelar produce en quien lo solicita un perjuicio irremediable.

los jueces de tutela le confirieron especial atención al segundo aspecto y dejaron por entero desatendido el primero y más importante: la protección de los derechos constitucionales a la garantía del debido proceso administrativo y el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales.

6.2. Con sustento en las consideraciones realizadas en precedencia, estima la Sala que la cuestión principal radica aquí en establecer si las entidades demandadas y los jueces de instancia quebrantaron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales: (i) al abstenerse de aplicar la sentencia C-336 de 2008 alegando que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente fue anterior al fallo emitido por la Corte Constitucional –Expediente T-2.299.859–; (ii) al supeditar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a una carga probatoria imposible de observar –Expedientes T-2.292.035 y T-2.299.859– o al exigir el cumplimiento de exigencias no previstas en la legislación –Expediente T-2.386.935–.

6.3. Como se vio en los antecedentes, los hechos en los tres expedientes acumulados son similares. Los peticionarios son personas homosexuales que solicitaron su pensión de sobreviviente por la muerte de su compañero permanente y ese derecho les fue negado. En las tres eventualidades se aporta declaración extrajudicial ante notario que acredita respectivamente una convivencia de once (11), siete (7) y treinta y cuatro (34) años con el compañero permanente difunto. No obstante, dado el hecho irreversible de la muerte, en los tres asuntos se presenta Declaración Notarial Extraprocesal de terceros.

6.3.1. En el primer caso –Expediente T-2.292.035–, la entidad demandada admite que la Corte Constitucional mediante sus desarrollos jurisprudenciales ha reconocido el derecho de las parejas homosexuales a acceder en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. No obstante, alega la entidad demandada que el peticionario no acudió junto con su compañero permanente ante notario para hacer constar la voluntad de conformar una unión permanente y singular en los términos señalados por la sentencia C-521 de 2007 y por la sentencia C-336 de 2008.

La Sala Segunda de Revisión verificó que si bien es cierto el peticionario no aportó al proceso de tutela declaración ante notario realizada en conjunto con su compañero permanente, presentó copia del Acta Notarial que contiene sendas declaraciones extrajuicio por parte de E y Y quienes aseguraron, bajo la gravedad de juramento, que les constaba que el peticionario había convivido por espacio de once años con su compañero permanente[53].

Adicionalmente, comprobó la Sala que al peticionario le fue diagnosticado VIH en 1998[54] y verificó, con sustento en documentación allegada al expediente[55], que en vista de su precaria situación de salud, el actor demanda atención médica frecuente, principalmente, desde mayo de 2008. La entidad demandada informa, adicionalmente, que se presentó la hermana de 72 años del causante quien afirma haber dependido económicamente de él. Por último, insiste en que el demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar su derecho.

No obstante lo anterior, el *a quo* niega por improcedente la acción. Considera que existen mecanismos ordinarios de protección. Impugnado el fallo del *a quo*, el *ad quem* reconoce que el actor aporta dentro del trámite de la impugnación prueba de que padece SIDA. Empero, confirma la improcedencia de la acción.

6.3.2. En el segundo caso –Expediente T-2.299.859–, la entidad demandada señala que luego de la muerte del causante el peticionario y también los padres del fallecido se presentaron para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva. Indica, de igual modo, que estudiado el expediente del tutelante constató la NO condición de beneficiarios de los padres.

---

[53] Expediente, cuaderno 1 folio 108.
[54] Expediente, cuaderno 1 folio 81.
[55] Expediente, cuaderno 1 folios 82-100.

Reconoce que el peticionario aportó como prueba de la convivencia una declaración extraprocesal juramentada. Acentúa, sin embargo, que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente fue presentada por el peticionario el día 29 de mayo de 2007, esto es, en fecha anterior al momento en que la Corte Constitucional mediante sentencia C-336 de 2008 se pronunció sobre *"el derecho pensional que les puede asistir a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañero o compañera permanente previa comprobación de tal condición".* Expone que, por ese motivo negó la solicitud, pues al momento de ser elevada la petición todavía no existía obligación de reconocer prestaciones económicas a las parejas homosexuales. Insiste que los fallos de la Corte tienen efectos hacia el futuro. Enfatiza, que tampoco resulta posible aplicar el principio de favorabilidad consignado en el artículo 53 superior por cuanto la única ley que regula el asunto es la Ley 100 de 1993. Por último, insiste en el carácter subsidiario de la tutela y en la improcedibilidad de la misma para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

La Sala Segunda de Revisión verificó que el peticionario presentó Declaración Juramentada con Fines Extraprocesales. Por medio de esta Declaración, la ciudadana D y el ciudadano H aseguraron que conocían de vista, trato y comunicación al actor y que en virtud de ese conocimiento les constaba que había iniciado relación de pareja de modo singular, permanente y continuo con el causante[56]. Allí también se consigna que dicha convivencia se había iniciado en mayo de 2001 y se había extendido hasta el 29 de mayo de 2007 fecha de la muerte del causante.

Sin embargo, la jueza *a quo* declara improcedente la acción. En las consideraciones de su fallo subraya que la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2008 ha hecho una precisión, a saber, que la condición de compañero o compañera permanente debía ser probada *"mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto".* Estima que el actor no acredita condición de indefensión.

En el escrito de impugnación, el peticionario afirma que el no reconocimiento de su derecho trae como consecuencia la pérdida del equilibrio económico que había alcanzado con el causante y subraya el carácter discriminatorio que adquiere el no reconocer el derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, en especial, respecto de una población como la homosexual que históricamente ha sido víctima de marginalización y estigmatización. Insiste en la importancia de aplicar la presunción de buena fe y resalta que si –como sucedió en su caso– el peticionario afirmó y manifestó la necesidad de acceder a este derecho, *"mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe".* Destaca que el juez de tutela le está exigiendo una mayor carga probatoria de la que acorde a la legislación vigente le corresponde en detrimento de su derecho a la igualdad.

El juez *ad quem* resuelve modificar el fallo impugnado en el sentido de considerar que la tutela sí resulta procedente. Estima, sin embargo, que en el presente asunto el actor se abstuvo de cumplir con los requisitos exigidos por la sentencia C-336 de 2008 *"la declaración juramentada de las dos personas que conformaban la relación, requisito indispensable para acreditar la condición de compañero permanente, de acuerdo con lo expresado en la* sentencia C-336 de 2008*".*

6.3.3. En el tercer caso –Expediente T-2.386.935–, la entidad demandada admite que el peticionario presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. A renglón seguido, expone cuáles son los requisitos que se exigen para tales efectos y de inmediato aporta como argumento para rechazar la solicitud del demandante el que en el año 2000 –al llenar una ficha para facilitar los trámites administrativos del pago de la pensión–, el causante no incluyó como beneficiario al demandante. Sobre este punto, es de anotar que el diligenciamiento de la ficha no está previsto por la legislación vigente como requisito para solicitar la pensión de sobreviviente. Es más, cuando se revisan los requisitos allegados por le misma entidad demandada, entre ellos no se incluye haber diligenciado ficha alguna.

---

[56] Expediente, cuaderno 1, folio 77.

La Sala Segunda de Revisión constató que el peticionario presentó Declaración Notarial Extraprocesal mediante la cual el ciudadano Ñ declaró bajo la gravedad de juramento conocer desde siempre al causante pues era su hermano y manifestó que le constaba la convivencia en unión marital de hecho compartiendo techo y mesa en forma ininterrumpida con el peticionario durante 34 años y hasta el día de su fallecimiento. Indicó asimismo que su hermano había fallecido sin dejar hijos legítimos, que había dejado un hijo extramatrimonial mayor de edad de aproximadamente 56 años y no había dejado hijos adoptivos ni por reconocer.

A pesar de lo anterior, tanto el *a quo* como el *ad quem* niegan la tutela por improcedente. Consideran que hallándose bajo controversia el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del demandante y al no haber acreditado éste las condiciones para el amparo transitorio, puede acudir a la vía ordinaria. En el escrito de impugnación recuerda el demandante que la Corte Constitucional ordenó que las parejas del mismo sexo fueran incluidas en el ámbito de protección de la ley que regula la cobertura familiar en el sistema de pensiones y de salud e insistió en que abstenerse de efectuar dicha inclusión constituía una vulneración de los principios de no discriminación y de dignidad humana en cuanto expresiones de la autonomía personal protegidos por la legislación nacional e internacional.

6.4. Como se deriva de lo hasta aquí expuesto, en los tres asuntos bajo examen tanto las entidades demandadas como los jueces de tutela se sustentan en excusas inadmisibles si se miran bajo la óptica de los preceptos constitucionales así como bajo los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad. Arriba se expuso, que las sentencias de constitucionalidad son vinculantes y de obligatorio cumplimiento dado el carácter *erga omnes* que las informa e impregna. Así mismo, en las consideraciones de la presente sentencia se aportaron los motivos por los cuales se sostiene en esta sede que interpretar la exigencia contenida en la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 de una manera restrictiva implica imponerles a las parejas homosexuales una carga desproporcionada y arbitraria que riñe con las previsiones contenidas en el artículo 13 superior y quebranta el derecho a la garantía del debido proceso administrativo establecida en el artículo 29 de la Constitución Política.

6.5. En las consideraciones de la presente sentencia se enfatizó igualmente la prohibición de fijar requisitos, exigir que se adelanten trámites o se aporten pruebas no previstas en la legislación vigente como sucedió en el tercer caso, cuando a pesar de que la entidad demandada en el escrito de respuesta a la tutela incluye una lista en la que se encuentran los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, a renglón seguido resuelve la entidad negarse a reconocer el derecho invocado bajo el pretexto de que el causante en el año 2000, al diligenciar una ficha para agilizar el procedimiento de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, no había incluido como beneficiario a su compañero permanente. Ahora bien, el diligenciamiento de la ficha tal como aparece en la respuesta al escrito de tutela que presenta la entidad demandada, no forma parte de los requisitos que exige la legislación e implica desconocer por entero lo establecido en el artículo 84 superior que reza: *"cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio"*.

6.6. De otra parte, no puede perder de vista la Sala que en todos los tres casos fue factible constatar la falta de aplicación del principio de buena fe. En las tres eventualidades no se da crédito a las afirmaciones hechas por los peticionarios cuando afirman haber mantenido una relación permanente y singular con sus compañeros permanentes –afirmación que desde luego acreditan como se indicó aportando declaración notarial extraprocesal–, o cuando refieren su situación de dependencia económica y exteriorizan la necesidad de que se les confiera el amparo tutelar. Sorprende que ni las entidades demandadas ni los jueces de tutela tengan conciencia de la situación de exclusión y de discriminación en que históricamente se han hallado las personas homosexuales hasta el punto de imponerles exigencias que, dada esa situación, significa dejarlas por entero desprotegidas o reducir considerablemente la protección de sus derechos.

6.7. En suma, encuentra la Sala que si se analizan los casos bajo examen a la luz de las consideraciones efectuadas en la presente sentencia resulta evidente el desconocimiento en los tres casos del derecho a la garantía del debido proceso administrativo a la par que la

vulneración de su derecho a acceder al pago y reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en las que lo hacen las parejas heterosexuales.

Puesto de otra manera: las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales:

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente –Expedientes T-2.292.035 y T-2.299.859–;
al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual –Expediente T-2.299.859–;
al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con la excusa de que el compañero o compañera homosexual no ha llenado un requisito, no ha adelantado un trámite o no ha aportado una prueba cuyo cumplimiento sin embargo no es exigido por la legislación vigente –Expediente T-2.386.935–.

6.8. Por los motivos antes expresados, la Sala concederá el amparo invocado y ordenará a las entidades demandadas que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de la presente providencia reconozcan y paguen la pensión de sobreviviente de los peticionarios.

A la luz de lo plasmado en el artículo 13 de la Constitución Política, no resulta suficiente saber que el derecho se protegió de modo diferente en dos situaciones en las que se ha debido proteger de la misma forma o si al ampararse el derecho se establecen distinciones razonables. Se exige establecer que la protección conferida sea igual para quienes necesitan la misma protección. Entonces, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución, las diferenciaciones por razón del género, y de cualquier otro referente como la raza, la condición, la opinión política o filosófica, la orientación o identidad sexual están terminantemente proscritas –prohibición de discriminación directa– a menos que se utilicen estas pautas para promover la igualdad de personas usualmente marginadas o discriminadas, esto es, acciones afirmativas.

6.9. Son suficientes las anteriores consideraciones para justificar que las autoridades estatales adopten medidas afirmativas encaminadas a lograr el goce o disfrute efectivo de los derechos de la población discriminada o puesta en condiciones de indefensión como lo es la población homosexual, la cual, históricamente ha sido víctima de prejuicios, marginalización y discriminación. De otra parte, existe un precedente constitucional consolidado según el cual en circunstancias donde el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales es persistente y las autoridades competentes se muestran reacias a garantizar el goce efectivo de los derechos, puede la Corte modular los efectos de sus sentencias y emitir órdenes protectoras de los derechos constitucionales fundamentales con efectos *interpares* o *intercomunis*[57] e incluso decretar el *estado de cosas inconstitucional**[58]**.*

---

[57] En este sentido se han pronunciado distintas Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional. *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia T-1258 de 2008 (derechos de personas de talla baja); T-294 de 2009 (derechos de los recicladores de la ciudad de Cali); T-473 de 2009 (derecho a la educación de los niños con discapacidad en Barrancabermeja); T-294 de 2009 (derecho a la educación de niños con talentos especiales en Cundinamarca; T-113 de 2009 (servicio militar obligatorio e indígenas; T-1223 de 2008 (pago de licencias de maternidad); T-1037 de 2008 (acciones ilegales de inteligencia contra periodistas y defensores de derechos humanos), entre las más destacadas.

[58] Sobre el particular consultar Corte Constitucional Auto 071 de 2001. Corte Constitucional. Sentencias SU-519 de 1997; SU-623 de 2001; SU-484 de 2008; T-1258 de 2008; SU 559 de 1997; SU 090 de 2000; T-025 de 2004, entre muchas otras.

6.10. La situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, es la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello. Justo por ese motivo, procederá la Corte a dictar un grupo de órdenes con efectos *intercomunis*, es decir, las órdenes que proferirá la Sala en esta sede se harán extensivas a todas las personas homosexuales que –encontrándose en las mismas o en similares situaciones a las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia– pretendan hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales.

6.11. En consecuencia, dado que la Administración de Justicia tiene como propósito la promoción y protección de los derechos de la ciudadanía, esta providencia será parte del proceso necesario para remover las cargas excesivas e injustificadas que les han sido impuestas a las compañeras y compañeros permanentes homosexuales para acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente por parte de los Fondos de Pensiones como de las autoridades administrativas y judiciales.

6.12. Para la Sala las órdenes que emitirá en la presente providencia deben entenderse también como concretización de las Recomendaciones 112 y 113 emitidas por la Consejo de Derechos Humanos de la ONU frente al Estado colombiano. De este modo, contribuye a avanzar en la garantía efectiva de los derechos de las personas LTGB (Recomendación 112) y participa de manera activa en el esfuerzo por derribar los prejuicios sociales frente a las personas lesbianas gays, bisexuales y transgeneristas (personas LGTB) así como en la defensa del "*principio de igualdad y no discriminación, independientemente de la orientación sexual o identidad de género",* tal como lo ordena la Recomendación 113.

6.13. Bajo las premisas desarrolladas hasta este lugar, la Sala Segunda de Revisión dictará las siguientes órdenes. Primero, en los tres casos, resolverá conferir el amparo invocado y exigirá a las entidades demandadas que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente providencia, procedan a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios. En segundo lugar, esta decisión tendrá efectos *inter comunis,* por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Nacional.

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por: (i) el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009 que confirmó la decisión negativa del Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009. Accionante: A. Expediente: T-2.292.035; (ii) el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá de 22 de abril de 2009, que modificó el fallo impugnado ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá de marzo dos de 2009 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y en su lugar negó el amparo incoado. Accionante: B. Expediente: T-2.299.859; (iii) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009 que confirma la sentencia proferida el día 4 de junio de 2009 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira. Accionante: C. Expediente: T-2.386.935.

Segundo.- CONCEDER el amparo invocado por los peticionarios: A. Expediente: T-2.292.035; B. Expediente: T-2.299.859; C. Expediente: T-2.386.935, de conformidad con las consideraciones realizadas en la presente sentencia y ORDENAR a las entidades demandadas en los procesos de la referencia que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia procedan a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales. Esta decisión tendrá efectos *inter comunis,* por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado. Ofíciese.

Tercero.- VINCULAR a la Defensoría del Pueblo, para que dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales vigile el cumplimiento de esta sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Así mismo, **ORDENAR** a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que adopten las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de los peticionarios, de sus compañeros permanentes fallecidos como de las personas que rindieron declaración extraprocesal ante notario.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
Magistrado
Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General