

Sentencia T-716/11

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Prestación del Sistema General de Seguridad Social/PENSION DE SOBREVIVIENTES-Régimen de prima media con solidaridad/PENSION DE SOBREVIVIENTES-Régimen de ahorro individual con solidaridad

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Servicio público de carácter obligatorio, sometido al Estado y sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad

SEGURIDAD SOCIAL-Doble condición de derecho constitucional y servicio público

SEGURIDAD SOCIAL-Regulación legal sometida a la prohibición de regresividad/SEGURIDAD SOCIAL-Debe ser interpretada de manera compatible con el principio pro homine

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Protección especial a la familia como núcleo fundamental de la sociedad

Los criterios nodales sobre los que se edifica la pensión de sobrevivientes, a saber (i) principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) principio de universalidad del servicio público de seguridad social, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante

PENSION DE SOBREVIVIENTES COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Vínculo con el mínimo vital de quien depende del afiliado o pensionado que fallece

La pensión de sobrevivientes guarda un vínculo inescindible con la protección de la familia y, en particular, con la vigencia del mínimo vital del grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado que fallece o queda en situación de grave discapacidad. Esto bajo el entendido

que esos ingresos son presupuesto material para el adecuado ejercicio de los demás derechos fundamentales. El alto grado de interdependencia entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los derechos mencionados, permite que la jurisprudencia constitucional haya conferido a esa prestación de la seguridad social la condición de derecho fundamental autónomo. En suma, la relevancia constitucional de la pensión de sobrevivientes y, como se explicará más adelante, la validez de su exigibilidad judicial, está sustentada tanto en el carácter universal y obligatorio de la seguridad social, como en la necesidad de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales del grupo familiar dependiente del afiliado o cotizante. En tal sentido, existe una relación estrecha entre la protección especial de la familia, que para el caso se traduce en la vigencia del derecho al mínimo vital, y la satisfacción de la prestación económica

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Obligatoriedad del reconocimiento de derechos y posiciones jurídicas a personas homosexuales y parejas del mismo sexo/DERECHOS Y POSICIONES JURIDICAS A PERSONAS HOMOSEXUALES Y PAREJAS DEL MISMO SEXO-Inadmisibilidad de tratamientos discriminatorios

La tesis central de esta conclusión consiste en considerar que en el Estado Constitucional se privilegia, en tanto aspectos definitorios del mismo, la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida, bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás. Dentro de esa competencia se encuentra, sin duda alguna, tanto la definición de la identidad y orientación sexual, como la decisión acerca de conformar una unidad marital estable, constitutiva de familia, con otra persona del mismo o de diferente sexo. Este, a su vez, es un ámbito estrechamente vinculado con el núcleo esencial del derecho a la intimidad, de manera tal que configura un límite infranqueable para la influencia tanto del Estado, como de la sociedad. Para la Sala es válido afirmar, en términos conclusivos, que las personas en el Estado Constitucional están investidas de soberanía sobre la definición de su orientación e identidad sexual, así como para la decisión sobre con quién y en qué condiciones desean conformar proyectos de vida con otras. Por lo tanto, están proscritas formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de orientaciones o identidades sexuales, por el simple hecho de ser distintas y minoritarias. Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino

porque toman la forma de tratamientos indignos puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas con base en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Reconocimiento como modalidad de familia constitucionalmente protegida

FAMILIA-Reconocimiento y protección constitucional de los diferentes tipos

FAMILIA-Prohibición constitucional de discriminación en razón de orientación u opción sexual

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Comunidad de vida estable y singular/PAREJAS DEL MISMO SEXO-Modalidad de familia constitucionalmente protegida

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Protege derechos de miembros de la familia gravemente interferidos por súbita interrupción de ingresos aportados por afiliado o pensionado

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Perjuicio irremediable cuando afiliado o pensionado del sistema general de seguridad social fallece teniendo a su cargo el soporte económico de quien lo sobrevive

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos inter comunis de sentencia T-051/10 que desarrolla derechos fundamentales de parejas del mismo sexo/REGIMEN DE PENSION DE SOBREVIVIENTES DE COMPAÑEROS PERMANENTES-Decisión de sentencia C-336/08 se extiende a parejas del mismo sexo

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Sentencia C-336/08 no exige declaración ante notario como condición para reconocimiento y pago/PAREJAS DEL MISMO SEXO-Reconocimiento notarial resulta desproporcionado e irrazonable ya que configura tratamiento discriminatorio

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Son contrarias decisiones de entidades administradoras que niegan pensión de sobrevivientes por requisitos predicables de cónyuges o compañeros permanentes de diferente sexo

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-
Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-
Aspectos fácticos concretos

RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES-Familia constituida por pensionado
fallecido y pareja con dependencia económica ante carencia de ingresos propios

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Efectos de sentencia C-336/08 no son constitutivos de prestación
económica particular sino declarativos de discriminación injustificada

DERECHO A LA IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO DE PAREJAS DEL MISMO
SEXO-Violación por cuanto Seguro Social contradijo principio de cosa juzgada constitucional
al negar la pensión de sobrevivientes

ACCION DE TUTELA CONTRA CAJANAL PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE
SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Término razonable habida cuenta de la
instrucción y estado de pobreza de accionante

RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-No se
infringe el deber de diligencia al no agotar el recurso de reposición pues junto con el recurso
de queja no son obligatorios para el agotamiento de la vía gubernativa

ACCION DE TUTELA CONTRA CAJANAL PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE
SOBREVIVIENTES A PAREJA DEL MISMO SEXO-Procedencia como mecanismo transitorio hasta
que jurisdicción ordinaria resuelva

Referencia: expedientes T-3.086.845 y T-3.093.950

Acciones de tutela interpuestas respectivamente por Pedro contra el Instituto de Seguros
Sociales, y por Luisa contra la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, en liquidación.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, para el caso del expediente T-3.086.845, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Pedro contra el Instituto de Seguros Sociales; y en relación con el expediente T-3.093.950, la revisión de las sentencias dictadas por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva y por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, que decidieron acerca de la acción de tutela formulada por Luisa contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación.

Asunto preliminar. Protección del derecho a la intimidad de los accionantes afectados

Debido a la naturaleza del asunto bajo examen, que involucra asuntos que pueden dar lugar a tratamientos discriminatorios y ante la necesidad de proteger el derecho a la intimidad de los actores, la Sala considera pertinente conservar el anonimato de las personas involucradas en las situaciones fácticas materia de las acciones de tutela de la referencia. Por tanto, en el ejemplar de esta sentencia destinado al conocimiento general serán omitidas las referencias que permitan dilucidar dichas identidades, las cuales serán remplazadas por seudónimos en cursiva.

I. ANTECEDENTES

Expediente T-3.086.845

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. El ciudadano Pedro, quien manifiesta haber ostentando la condición de compañero permanente del fallecido Álvaro, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en razón que su pareja ostentaba la condición de pensionado al momento del deceso.

La seccional Cundinamarca y Distrito Capital del Instituto, mediante Resolución 036485 del 5 de Agosto de 2009, negó la prestación, por lo cual el actor formuló los recursos de vía gubernativa. A través de Resolución 021826 del 23 de julio de 2010, fue resuelta la reposición, confirmándose el acto atacado. De acuerdo con el asesor de la Gerencia Seccional del Instituto, las directrices internas de esa entidad, señaladas para el efecto en memorando de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado, eran claras en determinar que la procedencia de las solicitudes de pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo solo resultaban procedentes cuando el fallecimiento del causante hubiera acaecido con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, fallo que en su criterio reconoció la posibilidad jurídica de esa prestación para dichas parejas. Como el ciudadano Álvaro falleció el 10 de mayo de 2008 y la citada sentencia quedó en firme el 12 de junio del mismo año, no había lugar al reconocimiento de la pensión.

1.2. En cuanto a la apelación, el Instituto, en Resolución 05377 del 17 de enero de 2011 confirmó el acto administrativo recurrido. Para ello, utilizó idéntico argumento al expresado en el acto que negó la reposición.

1.3. El 4 de marzo de 2011 y a través de apoderada judicial, el ciudadano Pedro presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, al considerar que la negativa en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes vulnera sus derechos constitucionales a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, la igualdad, el mínimo vital y la seguridad social. Señala que tiene 57 años de edad, convivió 28 años con el causante y nunca se desempeñó laboralmente, en tanto se dedicó a las tareas del hogar, por lo que dependía económicamente del causante. Por esta razón, carece de los recursos materiales necesarios para su subsistencia, al punto que se ha mantenido luego de la muerte de su pareja gracias a la caridad de algunos amigos.

Las condiciones anotadas demuestran, a su juicio, que la ausencia de la prestación lo deja ante la inminencia de un perjuicio irremediable, en las condiciones que para el efecto señala la jurisprudencia constitucional. Así, no resulta razonable hacer uso de las herramientas judiciales ordinarias, aplicables luego de haber agotado la vía gubernativa, pues por sus condiciones personales no se muestran aptas para conjurar la vulneración de sus derechos.

Estas condiciones fácticas, a su vez, hacen que el caso del actor se encuadre dentro de los presupuestos que ha admitido la Corte para la procedencia de la acción de tutela para el

pago de pensiones.

Indica, del mismo modo, que la decisión adoptada por el Instituto es incompatible con las reglas jurisprudenciales que la Corte ha previsto en materia de pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo. Resalta que la sentencia T-051/10 determinó, con efectos inter comunis, que la fecha de fallecimiento del causante, de cara a la ejecutoria de la sentencia C-336/08, no era un factor dirimente para el reconocimiento de la prestación, de modo que no resulta válido, desde la perspectiva constitucional, que la entidad accionada hiciera una exigencia en ese sentido.

1.4. Debe indicarse que como material probatorio el actor presentó, entre otros, (i) los documentos que dan cuenta la actuación administrativa ante el Instituto; (ii) copia de documento que da cuenta de haber asistido al actor en su tratamiento médico, en su condición de “persona responsable” del causante; (ii) copia de documento suscrito por el ciudadano Álvaro, de fecha 9 de enero de 2008, en el que manifiesta que el accionante “ha sido mi compañero permanente durante varios años”; (iii) copia del registro de defunción del causante; (iv) tres declaraciones extraproceso, que dan cuenta que la pareja conformada por los ciudadanos Pedro y Álvaro fue estable por 28 años y que, a su vez, aquél era dependiente económico de aquel. Los declarantes afirman, del mismo modo, que en virtud de esa dependencia el actor estaba actualmente en condiciones de vulnerabilidad al no contar con recursos para la subsistencia digna.

2. Respuesta de la autoridad accionada

Habiéndose convocado para el efecto por parte del juez de tutela de primera instancia, el Instituto de Seguros Sociales no intervino durante el proceso judicial.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá D.C., a través de sentencia del 18 de marzo de 2011, declaró improcedente la acción de tutela formulada por el ciudadano Pedro. Expresó para sustentar esta conclusión que el actor no había probado suficientemente su condición económica, de manera tal que dejó de desvirtuar la aptitud del mecanismo ordinario de

defensa judicial, llamado a dirimir el conflicto presentado, que tiene contenido eminentemente prestacional. Señaló sobre el particular que "... debe ponerse de presente que el accionante aduce que siempre dependió económicamente de su pareja fallecida, no tiene ingreso alguno, ni trabajo, ni bienes (circunstancia de la que no obra prueba contundente que así lo acredite), pues las declaraciones allegadas no demuestran realmente tal situación". En ese orden de ideas, se imponía aplicar la regla jurisprudencial que otorga prevalencia a la vía judicial ordinaria cuando no se demuestre la inminencia de un perjuicio irremediable.

3.2. Segunda instancia

La apoderada del actor impugnó el fallo de primera instancia, para lo cual resaltó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la condición exigida por el Instituto para reconocer la pensión de sobrevivientes no era exigible, al punto que adoptar una decisión en ese sentido sería constitutivo de prevaricato por acción. Agregó que la inminencia del perjuicio irremediable sí estaba acreditada, puesto que los declarantes eran unívocos en afirmar que el actor no tenía ingreso alguno, al extremo que obtenía su subsistencia de la caridad. Insistió la recurrente en que las declaraciones extraproceso eran un medio de prueba válido, por lo que no resultaba admisible que hubieran sido rechazadas sin mayor consideración.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 29 de abril de 2011, confirmó la decisión de primera instancia. En criterio del Tribunal, era acertado el razonamiento acerca de la improcedencia de la acción, ante la ausencia de prueba sobre la inminencia del perjuicio irremediable. Expresó para el efecto que "el interesado tiene ante sí un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz que le garantiza la protección de su derecho, toda vez que a través de aquel mecanismo, especial y específico, puede pedir no solo la nulidad del acto administrativo sino el restablecimiento del derecho, la reparación del daño y de manera especial, la suspensión provisional del acto que le genera la vulneración del derecho fundamental invocado, lo que pone de manifiesto su efectividad e idoneidad para el fin perseguido por el actor, desplazando a la tutela dado su carácter subsidiario residual. (...) Aplicados estos preceptos al caso bajo estudio, se advierte que el accionante no es una persona de la tercera [edad], no demuestra que tenga personas a cargo, o que esté en condiciones físicas o de salud que le impidan trabajar, ni que se trate de una persona de

pobreza extrema, todo lo cual mina el camino para conceder el amparo como mecanismo para evitar el presunto perjuicio irremediable que alega. Tampoco puede la acción constitucional convertirse en la solución a situaciones de desempleo pues resquebrajaría el orden legal vigente.”

Expediente T-3.093.950

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. La ciudadana Luisa, solicitó en calidad de compañera permanente de Juana, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes ante la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación (en adelante Cajanal). Para este fin, aportó entre la documentación exigida declaraciones extraproceso, que daban cuenta de la unión marital entre ella y la causante. Esta entidad, a través de Resolución PAP 11304 del 30 de agosto de 2010, expedida por el liquidador de Cajanal, negó la prestación solicitada. Indicó para ello que de acuerdo con lo decidido en las sentencias C-521/07 y C-336/08, “... 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”. Como no existía prueba que las ciudadanas Luis y Juana hubieran adelantado ese trámite notarial, no se reunían los presupuestos jurídicos para la exigibilidad de la prestación.

1.2. La actora, a través de apoderada judicial, formuló el 4 de marzo de 2011 acción de tutela contra Cajanal, en liquidación. En su criterio, el acto administrativo citado era contrario a sus derechos constitucionales al debido proceso y a la igualdad en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, respecto de las parejas de diferente sexo. Para sustentar la acción, indicó la apoderada que, contrario a lo expresado por Cajanal, con la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes fueron aportados declaraciones extraproceso “... rendidas por personas que conocieron la relación sentimental entre mi poderdante y la señora Juana (q.e.p.d.), la cual perduró por muchos años”. Agregó que conforme a las reglas fijadas en la sentencia T-051/10, no resultaba exigible para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el reconocimiento notarial de la unión marital, pues ello sería imponer un requisito adicional a los que para el mismo efecto se

imponen a las parejas de diferente sexo en la misma condición, lo que configuraría un tratamiento discriminatorio injustificado. Además, no podía perderse de vista que la decisión mencionada tenía efectos inter comunis, por lo que no existía justificación alguna para que Cajanal hubiera impuesto el requisito citado, a pesar que la actora se encontraba en situaciones fácticas análogas a las analizadas por la Corte en aquella oportunidad.

1.3. Debe advertirse que, ante la necesidad de lograr mayores elementos de juicio para adoptar la decisión correspondiente, el juez de primera instancia ordenó el testimonio de la actora, a fin de profundizar en los hechos que dieron lugar a la acción. Debido a la importancia de este material probatorio, la Sala transcribe varios de los aportes de la declaración:

“... Yo la inicié [la acción de tutela] pidiendo la pensión de la señora Juana por la convivencia con ella por más de 19 años, 7 meses de yo estar conviviendo con ella, y la cual yo le solicitaba a CAJANAL esa pensión, pero CAJANAL me la negaba, me trasladé a Bogotá porque tuve una citación allá en Bogotá, y allá me dieron una Resolución que me negaban esa pensión porque unos documentos no habían sido allegados, la cual recibí una nota de allá exigiéndome el documento que me hacía falta, y era el registro civil de la demandante - sic - Luisa, tenía 2 meses de plazo para hacer llegar ese documento tan pronto como recibí ese comunicado yo envié ese documento, después fue cuando me trasladé hacia Bogotá me dieron esa Resolución tenía 5 días hábiles para volverla a entregar otra vez si no estaba de acuerdo con lo que decía en la Resolución para volverla a reintegrar otra vez, yo enseguida mandé los papeles y no me volvieron a dar respuesta ninguna hasta ahí hasta ahora que me volvieron a citar a esta juzgado. PREGUNTADO: Dígame al Juzgado, cómo acredita usted su condición de compañera permanente de quien en vida se llamó Juana. CONTESTÓ: Pues pruebo siempre y cuando no se si será permitido, pues tengo una hija pues cuando yo me fui para allá, la niña tenía 3 años, y la cual la niña nos acompañó hasta la edad de 15 años, lo otro que pues tan pronto ella falleció me hice presente en la notaría de (...) con tres testigos que ellos manifestaban con juramento desde qué tiempo me conocían a mí. Y lo otro tengo documentos cuando ella principió a recibir la pensión, carné de CAJANAL, y un carné de pagadora, y unos documentos cuando ella presentó la renuncia y le aceptaron la renuncia, pero después ella volvió como a demandar porque la liquidaban era por vejez y ella reclamaba era todo el tiempo, y lo otro todo lo que conteníamos - sic - ahí en el hogar eso quedó en poder mío de la demandante, cuentas de ahorro también quedaron en poder mío

(....) PREGUNTADO: La actora cuenta en su relato que una vez conoció de la decisión le fue concedido a usted un término para interponer recursos. Dígale al Juzgado, si usted interpuso algún recurso contra la decisión contenida en la Resolución PAP 11304 del 30 de agosto de 2010. CONTESTÓ: Yo tengo mi apoderada, pues ella me decía tráigame tal papel y yo se lo hacía llegar, entonces no se si ella interpuso algún recurso. PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, durante el tiempo que dice usted convivió con la señora Juana a qué se dedicaba usted, y actualmente en qué se ocupa. CONTESTÓ: Pues ahí en el hogar, ver por la casa por la comida, ya el último año pues ver por ella porque estuvo enferma ahora último tenía problema en la rodilla, y de un momento para otro le dio un paro respiratorio. Y ahora ni trabajo consigo, me tocó vivir con la hija, porque ya faltando Juana, pues no tengo con qué vivir. Por la edad no me dan trabajo. PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, en la actualidad con quién convive y cuáles son sus gastos regulares. CONTESTÓ: Yo convivo con mi hija (...) y mis gastos son como \$350.000 gastos mensuales para vivienda, servicios, comida, etc. PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, si sabe si la señora Juana, la tenía a usted como afiliada como beneficiaria en los servicios de salud. CONTESTÓ: Juana respondía por todos mis gastos, pero yo no figuraba como beneficiaria en los servicios de salud. PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, si una vez fallecida la señora Juana se ha presentado a CAJANAL alguna persona a reclamar la pensión de sobreviviente distinta a usted. CONTESTÓ: Pues doctor hasta que yo sepa no. No tengo documentos que me acrediten como compañera permanente de la finada Juana pues de por sí ella mantenía poco dinero.”

2. Respuesta de la autoridad accionada

Cajanal, en liquidación, mediante apoderada judicial, presentó escrito ante el juez de tutela de primera instancia, en el que se opuso a las pretensiones de la ciudadana Luisa. Para ello, señaló que la acción de tutela resultaba improcedente, en tanto la actora tenía otros mecanismos de defensa para resolver el problema jurídico planteado, tanto de índole administrativa, como son los recursos de la vía gubernativa, como de naturaleza judicial. Resalta que la accionante no hizo uso de esos mecanismos, lo que impide el reclamo judicial en sede de tutela. Además, en el caso planteado tampoco se había acreditado la inminencia de un perjuicio irremediable, que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

Mediante decisión del 18 de marzo de 2011, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva declaró improcedente la acción de tutela formulada por la ciudadana Luisa. Para ello, señaló que el amparo no era viable, en tanto la actora tenía a su disposición mecanismos administrativos y judiciales para cuestionar el acto administrativo que negó la pensión de sobrevivientes.

Agregó que tampoco podía concluirse que Cajanal había incurrido en una conducta al ordenamiento, pues las sentencias citadas en la Resolución atacada determinan el requisito de reconocimiento previo, a través de trámite notarial, de la unión entre la actora y la causante Juana. Sostiene que el acto administrativo mencionado es compatible con el derecho al debido proceso, en tanto "... no toca para nada, el hecho de no haber considerado la veracidad de los testigos citados por la accionante, pues de lo que trataba y trata, es de juzgar si la accionante convivió o no con la señora Juana, carga esta de la prueba que le compete a quien alega la calidad de compañera permanente, y no habiendo logrado producir certeza, es que deviene el pronunciamiento de decisión desfavorable de la autoridad administrativa llamada a dirimir en primera instancia dicho conflicto, pudiendo perfectamente, si la decisión ha sido adversa, acudir a la Justicia Laboral para debatir lo alegado en esta instancia."

Expresó, del mismo modo, que la decisión administrativa no se mostraba irrazonable ni contraria al orden jurídico, puesto que "... allí se hizo por mandato constitucional, un prudente análisis de las pruebas allegadas que en suma, fueron recogidas con posterioridad al fallecimiento de la señora Juana, lo que deviene en sospechoso la conducta (sic) de la accionante cuando es bien clara que la condición de compañera, si se quiere actuar de manera transparente, debía preconstituirse durante el periodo de convivencia, y no con posterioridad al fallecimiento, como se advierte del texto de la acción interpuesta. Nótese como es la misma accionante quien al ser interrogada si en algún momento, en vida de la señora Juana, esta la tenía afiliada a la seguridad social, en condición de beneficiaria, señala: "...Juana respondía por todos mis gastos, pero yo no figuraba como beneficiaria de los servicios de salud...". En este sentido cabe preguntarnos: ¿Cómo la accionante alega la condición de compañera, si ni siquiera la difunta Juana, nunca la hizo figurar beneficiaria de los servicios de salud?"

3.2. Segunda instancia

La apoderada de la actora impugnó la decisión al señalar que (i) no podía señalarse que la ciudadana Luisa hubiera pretermitido los recursos de vía gubernativa, los cuales sí habían sido interpuestos, sin obtener respuesta alguna por parte de Cajanal; (ii) la jurisprudencia constitucional había eliminado los requisitos exigidos por el juez de tutela de primera instancia, reglas que eran de obligatorio cumplimiento para ese funcionario judicial, más aun cuando estaban contenidas en un fallo con efectos inter comunis; (iii) no podía descalificarse la actuación adelantada por la actora, o la falta de afiliación al sistema de salud, pues ello sería cuestionar su humilde condición.

La Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, en fallo del 17 de mayo de 2011, confirmó el fallo de primera instancia. Para ello, indicó que en el caso analizado no se evidenciaba la inminencia de un perjuicio irremediable y, a su vez, la actora había omitido hacer uso de los mecanismos administrativos y judiciales, aptos para resolver el problema jurídico planteado. Por ende, resultaba claro que no era cumplido el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. De acuerdo con los antecedentes expuestos, se encuentra que los hechos que motivan el presente debate jurídico constitucional consisten en que las administradoras de pensiones demandadas negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, a partir de dos tipos de argumentos, relacionados con los efectos temporales de la sentencia C-336/08 y la necesidad, presuntamente derivada de ese mismo fallo, de la declaración notarial que dé cuenta de la conformación de unión marital entre las mencionadas parejas.

Ante el reclamo judicial de esa problemática, los jueces de tutela consideraron que el amparo era improcedente, al considerar que (i) los demandantes tenían a su disposición otros mecanismos de defensa judicial, ordinarios y preferentes, para resolver el asunto debatido; o (ii) los argumentos expresados por las entidades demandadas resultaban ajustados a derecho, en tanto estaban basados en lo decidido por la Corte en sede de control de

constitucionalidad, respecto de los requisitos fácticos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el caso de parejas del mismo sexo.

2. Por ende, el problema jurídico que debe dilucidar la Sala en esta oportunidad es si las decisiones de las administradoras de fondos de pensiones, que niegan el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, fundadas en la necesidad de cumplir con exigencia de trámite notarial o basadas en el hecho que la muerte del causante tuvo lugar antes de proferirse la sentencia C-336/08, violan los derechos constitucionales de los solicitantes de la prestación, en especial el mínimo vital, la igualdad frente a las parejas de diferente sexo y el derecho al debido proceso administrativo.

Para resolver el asunto planteado, la Sala adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, hará una exposición general sobre la naturaleza jurídica y las implicaciones constitucionales de la pensión de sobrevivientes, en tanto prestación del sistema general de seguridad social.

Luego, recopilará las reglas jurisprudenciales fijadas por la jurisprudencia constitucional que ha asumido el debate sobre la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para las uniones maritales conformadas por parejas del mismo sexo. En tercer término, la Sala explicará la reconceptualización que opera sobre el asunto anterior, a partir de lo decidido por la Corte en la sentencia C-577/11, en especial respecto de la comprensión actual de la jurisprudencia de este Tribunal sobre el concepto de familia. En cuarto lugar determinará, con base en esa reconceptualización, los requisitos predicables para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo. Finalmente, en cuarto término y habida consideración de las razones de las decisiones de tutela objeto de revisión en esta sentencia, la Sala hará una breve referencia a las reglas fijadas por la Corte para la procedencia excepcional de la acción. A partir de las reglas que se deriven de los análisis anteriores, se resolverán los casos concretos relativos a los ciudadanos Pedro y Luisa..

Implicaciones de la pensión de sobrevivientes en la vigencia de los derechos fundamentales de los dependientes del causante. Reiteración de jurisprudencia

3. De acuerdo con los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes es una prestación del sistema general de seguridad social, dentro del régimen de prima media con solidaridad, que se reconoce a favor del grupo familiar del afiliado o pensionado

por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, de acuerdo con las condiciones de cotización y personales de los beneficiarios, previstas en la misma norma.¹ En virtud del artículo 73 de la misma Ley, estas condiciones, en lo que respecta a los requisitos para acceder a la prestación y su monto, son igualmente predicables para la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

A partir de su definición legal, se observa que el aspecto central de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes es evitar la desprotección del grupo familiar dependiente del afiliado o cotizante ante su fallecimiento y, por ende, la eventual interrupción de los ingresos económicos necesarios para garantizar la subsistencia de dicho grupo. Es por esta relación inescindible entre la prestación económica y los derechos fundamentales que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado en distintos fallos, tanto de control abstracto como concreto, de las implicaciones de la pensión de sobrevivientes. El tratamiento que la jurisprudencia ha dado a esta prestación versa, a partir de una visión sistemática de las distintas decisiones, sobre dos tópicos específicos: (i) la relación entre la pensión de sobrevivientes y los rasgos constitucionales de la seguridad social; y (ii) la interdependencia entre la pensión de sobrevivientes y la vigencia de los derechos fundamentales de sus beneficiarios.

4. En cuanto al primer aspecto, la jurisprudencia ha señalado que en tanto la pensión de sobrevivientes hace parte del sistema general de seguridad social, está circunscrita dentro de la naturaleza jurídica de ese derecho constitucional con contenido iusfundamental y, en especial, dentro de los principios rectores consagrados en el artículo 48 C.P.² Así, la pensión de sobrevivientes es expresión de un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección y control del Estado y sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, según lo disponga la ley.

La previsión superior que confiere a la seguridad social la doble condición de derecho constitucional y servicio público tiene importantes implicaciones. El carácter de servicio público conlleva que la seguridad social sea una responsabilidad que corresponde originalmente al Estado, el cual puede adscribirla por mandato legal a agentes públicos o privados, sin que ello signifique desmedro en sus deberes constitucionales, en especial el cumplimiento de los fines para el cual es instituido el servicio. Estos fines no son otros que amparar a los ciudadanos de los riesgos derivados de la vejez, la discapacidad o la muerte.

En términos de la jurisprudencia reciente de esta Sala, “[l]a naturaleza de servicio público que exhibe la seguridad social implica su sometimiento a los lineamientos que la jurisprudencia constitucional ha decantado al caracterizar este tipo de prestaciones. De este modo, “(i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas”. Igualmente, el artículo 365 superior, al señalar la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, prescribe que estos “son inherentes a la finalidad social de Estado” y que es deber de la administración “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.³

Ahora bien, esta perspectiva de análisis cobra mayor fuerza si se advierte el contenido de los principios que informan la seguridad social, en especial su obligatoriedad y universalidad. La intención del Constituyente es unívoca al incorporar a todos los ciudadanos en el sistema de seguridad social, de modo que queden cubiertos por los riesgos antes mencionados. En ese orden de ideas, ante la ocurrencia de siniestros, como es en el caso que nos ocupa el fallecimiento o la discapacidad de la persona que prodigaba el sustento del núcleo familiar dependiente, el legislador ha fijado una prestación que permite la continuidad de la pertenencia material al sistema, a través del reconocimiento de la pensión que sustituye el aporte económico del causante o discapacitado. El principio de universalidad se traduce, en el presente escenario, en la ausencia de interrupción en el acceso a los ingresos para la digna subsistencia del núcleo familiar dependiente del afiliado o pensionado. Sobre este respecto, la Corte ha insistido en que “según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc⁴. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que “no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad”⁵. 6”.⁷

5. Considerar a la seguridad social como un derecho constitucional también implica, en los

términos de la jurisprudencia en comento, consecuencias igualmente definidas y trascendentales. Así, en primer lugar, su consagración impone al Estado deberes concretos de respeto, garantía y protección frente al contenido del derecho, que según se ha señalado se concentra en la cobertura de los riesgos derivados de la vejez, la discapacidad o la muerte. De otro lado, también permite inferir la necesidad de satisfacer componentes prestacionales concretos, como sucede en el presente caso con la decisión legislativa de conferir la prestación económica de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado que fallece.

En tercer término, la satisfacción del derecho a la seguridad social, que en el caso analizado se verifica mediante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios que ha previsto el legislador, es un mecanismo que permite lograr la eficacia material de derechos fundamentales, en especial la vida en condiciones dignas y el mínimo vital. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado reiteradamente que la especial relevancia constitucional de la pensión de sobrevivientes se explica en que es una prestación que impide que el grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado quede en condiciones de extrema vulnerabilidad luego de su muerte.

Existe por ende, conforme al precedente analizado, una relación de interdependencia entre el derecho a la seguridad social, que en el caso se materializa en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con varios derechos fundamentales de que son titulares los beneficiarios de esa prestación. Según el precedente analizado, "... el derecho constitucional a la seguridad social ha adquirido dentro de nuestro ordenamiento jurídico la connotación de garantía iusfundamental, toda vez que ha cumplido con los criterios de fundamentabilidad que caracterizan esta especial categoría de derechos. De este modo, se ha desarrollado mediante la concreción de derechos subjetivos prestacionales; cuenta con una estructura enderezada a la satisfacción de sus contenidos; su goce y disfrute está íntimamente relacionado con la satisfacción de los restantes derechos humanos; y la constatación de su cardinal importancia en la efectivización del principio de dignidad humana en cuanto se dirige a la superación de las desigualdades materiales que la pobreza y la miseria entrañan. (...) Igualmente, toda vez que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra en una relación de interdependencia con la satisfacción de los restantes derechos

constitucionales reconocidos en la Carta, y los valores y principios en que se funda el ordenamiento superior, la jurisprudencia de esta Corte se ha ocupado de advertir al legislador que tales valores, principios y derechos representan un límite a su margen de configuración legislativa, al punto que al regular aquellos aspectos relativos al goce y disfrute del derecho a la seguridad social, debe evitar adoptar medidas que impliquen la anulación o vaciamiento de tales bienes constitucionales.”⁸

6. En ese mismo sentido, la consagración de la seguridad social como derecho constitucional implica la aplicación de estándares interpretativos y de delimitación de la actividad del legislador. En cuanto a los primeros, de conformidad con el artículo 93 C.P., la definición del contenido y alcance del derecho debe hacerse en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos los que regulan los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, la regulación legal de la seguridad social está sometida a la prohibición de regresividad, en tanto se trata de un derecho social. Adicionalmente, como sucede con los demás contenidos constitucionales, la seguridad social debe ser interpretada de manera compatible con el principio pro homine, lo que proscribe entendimientos incompatibles con la vigencia de los derechos fundamentales o que infrinjan tratos discriminatorios por motivos sospechosos. En los términos de la jurisprudencia analizada, “... la orientación de la seguridad social como derecho constitucional implica que su interpretación se haga “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93.2 C.P). Así, el contenido y alcance de este derecho se nutre de los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia⁹, las observaciones y recomendaciones generales emitidas por los órganos de supervisión de las convenciones internacionales sobre la materia, entre otros instrumentos y documentos relevantes¹⁰ y/o vinculantes. (...) En consonancia con el principio constitucional de igualdad en sus facetas de igualdad frente a la ley, de trato frente a esta, y en particular la prohibición de discriminación cuando el presupuesto de diferenciación corresponde a los denominados criterios sospechosos, es decir el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión o la opinión política o filosófica¹¹, la Corte Constitucional indicó que el juicio de constitucionalidad sobre las regulaciones de la seguridad social que de alguna manera tengan la potencialidad de afectar esta garantía y los restantes derechos fundamentales, se torna riguroso.”¹²

7. Por último, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado que la pensión de sobrevivientes es un instrumento que concurre en la protección especial que la Constitución confiere a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad. Esta protección se traduce en diversos planos, a saber “(i) las familias constituidas tanto por vínculos naturales como jurídicos están en pie de igualdad; (ii) el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales; (iii) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, sin tener en cuenta el origen de la misma familia y (iv) la igualdad de derechos y obligaciones que le reconoce la Carta a la familia, independientemente de su origen, no implica identidad entre el matrimonio y otras formas de constitución de vínculos familiares. De esta manera, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos como aquella constituida por vínculos naturales, es igualmente digna de respeto y protección por parte del Estado”¹³.

El argumento que sustenta esta afirmación, en el escenario analizado, consiste en que los derechos fundamentales de la familia están sujetos a la consecución de los recursos económicos mínimos que aseguren tanto la subsistencia digna, como el acceso material a las diferentes garantías constitucionales. En otros términos, la protección especial que la Carta confiere a la familia no pasaría de ser una simple fórmula retórica, si no se aseguran los mecanismos que impidan que esta quede desamparada ante la ausencia de los mencionados recursos.

La pensión de sobrevivientes se justifica, en este orden de ideas, en la necesidad de contar con una herramienta jurídica que impida que, de manera repentina, la familia se vea privada de los ingresos que suministraba el afiliado o pensionado de quién dependían los demás miembros. Esta ha sido la conclusión a la que ha arribado la jurisprudencia de la Corte, que en sede de control abstracto de constitucionalidad afirma que la “... finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia¹⁴, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido¹⁵. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión

para satisfacer sus necesidades¹⁶".¹⁷

Según se ha expuesto, la pensión de sobrevivientes guarda un vínculo inescindible con la protección de la familia y, en particular, con la vigencia del mínimo vital del grupo familiar dependiente del afiliado o pensionado que fallece o queda en situación de grave discapacidad. Esto bajo el entendido que esos ingresos son presupuesto material para el adecuado ejercicio de los demás derechos fundamentales. El alto grado de interdependencia entre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y los derechos mencionados, permite que la jurisprudencia constitucional haya conferido a esa prestación de la seguridad social la condición de derecho fundamental autónomo. A este respecto, en la sentencia C-1035 de 2008 la Corte indicó que "[d]esde sus primeros fallos, la Corte reconoció que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y que constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental²². Lo anterior, "por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.²³".²⁴

9. En suma, la relevancia constitucional de la pensión de sobrevivientes y, como se explicará más adelante, la validez de su exigibilidad judicial, está sustentada tanto en el carácter universal y obligatorio de la seguridad social, como en la necesidad de respetar, garantizar y proteger los derechos fundamentales del grupo familiar dependiente del afiliado o cotizante. En tal sentido, existe una relación estrecha entre la protección especial de la familia, que para el caso se traduce en la vigencia del derecho al mínimo vital, y la satisfacción de la prestación económica objeto de análisis.

La pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo

10. La obligatoriedad del reconocimiento de derechos y, en general, posiciones jurídicas a las personas homosexuales y a las parejas del mismo sexo, en condiciones análogas a las de sus pares heterosexuales y parejas de diferente sexo, es un tópico suficientemente definido por la jurisprudencia de esta Corporación. La tesis central de esta conclusión consiste en considerar que en el Estado Constitucional se privilegia, en tanto aspectos definitorios del mismo, la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de

definir su proyecto de vida, bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás. Dentro de esa competencia se encuentra, sin duda alguna, tanto la definición de la identidad y orientación sexual, como la decisión acerca de conformar una unidad marital estable, constitutiva de familia, con otra persona del mismo o de diferente sexo. Este, a su vez, es un ámbito estrechamente vinculado con el núcleo esencial del derecho a la intimidad, de manera tal que configura un límite infranqueable para la influencia tanto del Estado, como de la sociedad. Para la Sala es válido afirmar, en términos conclusivos, que las personas en el Estado Constitucional están investidas de soberanía sobre la definición de su orientación e identidad sexual, así como para la decisión sobre con quién y en qué condiciones desean conformar proyectos de vida con otras.

Por lo tanto, están proscritas formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de orientaciones o identidades sexuales, por el simple hecho de ser distintas y minoritarias.

Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino porque toman la forma de tratamientos indignos puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas con base en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución. A este respecto, esta Corporación ha señalado que “[l]a Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público.”²⁵

Existe, por ende, un consenso acerca de la inadmisibilidad prima facie de medidas legislativas o decisiones estatales y privadas, que impongan tratamientos discriminatorios, limitaciones o restricciones, fundadas únicamente en la diversidad de orientación u identidad sexual. Este acuerdo se extiende al derecho comparado y al derecho internacional de los derechos humanos. Así, como lo ha recordado la Corte,²⁶ “(...) se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de

discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con el artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación²⁷, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que si pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto²⁸”

En este orden de ideas, debe insistirse en que tratamientos diversos entre parejas de personas de diferente y el mismo sexo solo son compatibles con la Constitución cuando concurra adicionalmente un parámetro objetivo, verificable y razonable que lo fundamente.

Según lo expuesto, resulta claro para la Sala que el solo hecho de la diversidad de orientación o identidad sexual no es un motivo que, por sí mismo, permita sustentar válidamente tales tratamientos.

11. Con todo, la misma jurisprudencia no restringe el análisis del reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo al ámbito de la libertad de opción sexual. Adicionalmente, ha determinado la Corte que dicho mandato constitucional incorpora el deber de prodigar un tratamiento jurídico similar entre las parejas del mismo y de diferente sexo, en lo que corresponde a posiciones jurídicas, entre ellas las de contenido prestacional, que se derivan de la decisión de adoptar proyectos estables de vida y, como se explicará más adelante, de conformar familias. Esta es la materia analizada, entre otros fallos, por la sentencia C-336/08, en la que la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra, entre otros, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 que, como se explicó en precedencia, determinan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. El cargo consistió en considerar que esas normas incurrieran en una omisión legislativa relativa, en tanto reconocían como beneficiarios dicha prestación a los cónyuges y

a los compañeros permanentes, pero no extendían esa condición a las parejas del mismo sexo. Ello a pesar que, entre otras razones, (i) la Corte ya había reconocido en la sentencia C-075/07 la obligatoriedad de ese tratamiento paritario respecto de otras prestaciones del sistema general de seguridad social; (ii) tanto en uno como en otro caso se estaba ante la presencia de un proyecto de vida común y una relación de dependencia económica, por lo que no resultaba admisible una distinción de trato, pues ella se fundaría exclusivamente en un criterio sospechoso, según las razones antes mencionadas.

A fin de solucionar el problema jurídico propuesto, la Corte partió de la explicación del mandato constitucional de protección de los derechos y posiciones jurídicas predicables de las parejas del mismo sexo, en términos similares a los expuestos en este aparte. A partir de ello, encontró que la ausencia de una regla de derecho que extendiera la pensión de sobrevivientes a dichas parejas, configuraba un déficit de protección de sus derechos. Esto bajo el entendido que si la Constitución protegía la diversidad de identidad y orientación sexual y, con ella, la potestad de las personas de optar con conformar comunidades de vida estable con otras del mismo sexo, no existía ninguna justificación válida para prodigar a estas tratamiento diferente a las de las parejas del diferente sexo, en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Como se expuso en el fundamento jurídico 3 de esta sentencia, la justificación de la pensión de sobrevivientes descansa en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de quienes dependían económicamente del afiliado o pensionado, quienes verían abruptamente interrumpidos los ingresos económicos que aportaba antes de la muerte. Este factor concurre, con la misma intensidad e implicaciones, en las parejas de diferente y del mismo sexo, por lo que se violaba la Constitución al prodigarse un tratamiento distinto por el ordenamiento. En ese sentido, se estaba ante tratamiento discriminatorio injustificado, basado en la orientación sexual de los beneficiarios de la prestación. Esta circunstancia daba lugar a concluir la existencia de una omisión legislativa relativa.

12. Sobre el particular, la Corte expresó los argumentos siguientes, que habida consideración de su nodal importancia para resolver el asunto objeto de los fallos de tutela objeto de revisión, conviene transcribir in extenso.

“7.2. En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas

heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aún cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

7.3. Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

7.5. La Corte tiene establecido que el examen de medidas legislativas como las dispuestas por las expresiones demandadas se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada "(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población"; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin

constitucional y que además sea proporcional “esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado”
.29

7.6. Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho, pues al redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución.

Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

(...)

El legislador no puede válidamente suponer que en todo caso de muerte de un pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, no existe en el orden de prelación una persona legitimada para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la regla básica y general es que las personas hacen parte de un grupo familiar, de una comunidad de afecto y apoyo mutuo, al interior de la cual bien pueden estar presentes los futuros beneficiarios de la sustitución pensional. En adelante, el legislador deberá adecuar el sistema de protección social en pensiones a partir de análisis financieros que tengan en cuenta los efectos de la presente Sentencia, como también el nuevo orden de prelación establecido como consecuencia de la misma.

En tercer lugar, la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener

en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual.

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación³⁰, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.”

Conforme a las consideraciones anteriores, la Corte declaró la exequibilidad de las normas acusadas, 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. Sobre este último aspecto, la sentencia señaló en su parte motiva que resultaba necesario, como requisito para la extensión de los efectos de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, prueba de la “formalización de la convivencia”. Así, en términos del fallo analizado, las parejas del mismo sexo debían para el efecto, acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permitiera predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable. Esta declaración se entendería rendida bajo juramento, con las consecuencias jurídicas que el ordenamiento impone para esa clase de actuaciones.

Con todo, los antecedentes del presente fallo demuestran que el asunto relativo a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo no está exento de debate. En consecuencia, ese tópico particular será analizado en detalle en apartado posterior de esta sentencia.

Reconceptualización del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo, en tanto modalidad de familia constitucionalmente protegida

13. Los argumentos planteados anteriormente, y en especial los expresados por la Corte en la sentencia C-336/08, demuestran que la justificación constitucional del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes descansa sobre tres aspectos específicos, a saber: (i) la protección en el Estado Constitucional de la diversidad de orientación y opción sexuales, asunto que incorpora la libertad de las personas de decidir acerca de con quién conformar un proyecto de vida estable, de acuerdo con sus personales e íntimas preferencias, ámbito constitucionalmente protegido y ; (ii) la identidad fáctica entre el apoyo y ayuda mutua concurrente en la parejas del mismo y de diferente sexo; y, correlativamente, (iii) la discriminación injustificada que se presenta cuando el ordenamiento jurídico confiere protección, a través de la pensión de sobrevivientes, a la pareja de diferente sexo, frente a la muerte del afiliado o pensionado que prodigaba los ingresos económicos de los que depende la subsistencia de esa comunidad de vida; cuando idénticas condiciones son verificables en el caso de las parejas del mismo sexo. Esta distinción inconstitucional se comprueba, del mismo modo, al basarse exclusivamente en un criterio sospechoso, como es la identidad y opción sexual.

Con todo, la Sala advierte que la jurisprudencia de la Corte, al plantear estas tesis de justificación, incurría en un vacío, relacionado con el vínculo entre la pensión de sobrevivientes y la protección que la Constitución confiere a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. En los fundamentos jurídicos 8 y 9 de esta sentencia se explicó cómo uno de los aspectos, de relevancia constitucional, que sustentaban la validez de la decisión legislativa de incluir a la pensión de sobrevivientes dentro de las prestaciones del sistema general de seguridad social en salud, era la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Esto bajo la lógica que los derechos de los integrantes de ese grupo humano dependían de contar con los ingresos mínimos para la congrua subsistencia, en tanto presupuesto para la eficacia material de los derechos fundamentales.

No obstante, la argumentación utilizada por la Corte para defender la exigibilidad de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo fue diferente, en tanto se centró en la equivalencia entre las relaciones de ayuda mutua y solidaridad con las parejas de diferente sexo, de modo que tanto en uno como en otro caso fue exigible la prestación. Ello al margen de vincular a las parejas del mismo sexo como partícipe del concepto de familia, al menos no de manera expresa. Esta omisión tenía en lugar en razón de la dinámica del precedente constitucional sobre la materia, el cual si bien había reconocido distintos derechos a las parejas del mismo sexo, se había abstenido de prever explícitamente su condición de familia. Empero, esa argumentación planteaba una paradoja, en tanto la Corte había extendido un grupo de derechos y posiciones jurídicas a las parejas del mismo sexo, que habían sido reconocidas por el ordenamiento a las parejas de diferente sexo, en razón de conformar grupos humanos constitutivos de familia.

Esto puede comprobarse a partir de la lectura de los razones utilizadas por la Corte para justificar decisiones de esa naturaleza. En ellas, partía de advertir que determinadas reglas o prerrogativas se explicaban en razón de la vigencia de las relaciones de familia, para luego señalar que las mismas eran predicables de las parejas del mismo sexo, debido a que en ese caso se estaba ante deberes de solidaridad de la misma raigambre. Así por ejemplo, a propósito de las normas sobre violencia intrafamiliar, la Corte señaló que “[e] legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia.”³¹

Un raciocinio de similares características fue realizado respecto a la discriminación en las reglas de subsidio familiar. En ese escenario la Corte consideró que “[e]l subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, siendo su objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad, pero el legislador, al disponer que además de las personas que dan derecho al subsidio, el cónyuge o compañero permanente podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios, reconoce el vínculo de solidaridad y la relación especial que existe entre los cónyuges o compañeros permanentes, para disponer que si bien en relación con ellos no se causa el subsidio en dinero, si resultan admitidos al goce de las obras y programas que se ofrecen en la modalidad de servicios del subsidio, resultando que en ese escenario los integrantes de una pareja homosexual que tengan esa misma vocación de permanencia resultan asimilables a los compañeros permanentes.”³²

14. Como se observa, la Corte planteaba en su jurisprudencia un criterio de “asimilación” entra la pareja del mismo sexo y la familia conformada por un vínculo heterosexual. Sin embargo, la igualación entre los dos supuestos de hechos a su vez discriminaba en cuanto a la aceptación de la condición familiar de aquella. Esta disconformidad argumentativa, no obstante, ha sido superada por la Corte en la reciente sentencia C-577 de 2011, la cual analizó las demandas presentadas contra el artículo 113 del Código Civil, que prevé el concepto de matrimonio como contrato solemne entre hombre y mujer, la igual que contra los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 131 de 2009, las cuales prevén al matrimonio como consecuencia de la decisión de un hombre y una mujer para conformarlo.

Uno de los aspectos desarrollados por la sentencia en comentario fue la relación entre la definición constitucional de familia y las parejas del mismo sexo. El fallo recapituló las distintas decisiones de la Corte en las que se reconoció la existencia de tratos discriminatorios contra dichas parejas, fundados en la negativa a extenderle derechos y demás prerrogativas jurídicas que el ordenamiento adscribe a las parejas de diferente sexo.

La Corte advirtió, de manera similar a como se describió anteriormente, que tales derechos y prerrogativas tenían fundamento en el hecho que las parejas de diferente sexo son formas constitutivas de familia, por lo que era necesario definir si esa misma condición era

predicable de las parejas del mismo sexo, asunto que si bien había sido sugerido por la jurisprudencia analizada, en todo caso no era planteado con carácter conclusivo.

15. La sentencia C-577/11 parte de reconocer que la familia, además de un grupo social constitucionalmente reconocido y protegido, es a su vez un derecho, que por ejemplo el artículo 44 C.P. reconoce con condición iusfundamental a favor de los niños y niñas. Ese carácter significa que la exclusión del reconocimiento de un grupo humano ligado con lazos de solidaridad y ayuda mutua como familia, solo podía estar mediado por razones imperiosas, de modo que concurren fuertes limitaciones hacia el legislador para otorgar tratamientos diferenciados. En términos del fallo, la ley no es omnímoda en lo que respecta al otorgamiento de la posición jurídica de "familia", puesto que concurren límites de razonabilidad y protección de derechos fundamentales, que obligan a que solo en casos supletorios el Estado deba hacer uso de su poder de intervención en el ámbito de las relaciones familiares.

A partir de consideraciones de esta naturaleza y luego de la recapitulación de la jurisprudencia sobre la materia, la sentencia encontró que a pesar que la Corte había identificado que respecto de las parejas del mismo sexo existía un recurrente déficit de protección, que había sido solucionado mediante sentencias aditivas que extendían derechos y demás posiciones jurídicas a su favor, estos fallos habían prescindido de hacer referencia a las modalidades de familia constitucionalmente protegida y, en especial, si ese déficit de protección debía resolverse a través de la inclusión de la pareja del mismo sexo dentro del concepto de familia previsto en la Constitución.

15. Asumida esta problemática por la sentencia C-577/11, se llegó a la conclusión que las parejas del mismo sexo son una forma constitutiva de familia y, en consecuencia, adquieren la protección y reconocimiento que la Constitución y la ley confiere a esa institución. Al respecto, el fallo planteó los argumentos siguientes para sustentar ese razonamiento:

15.1. La jurisprudencia constitucional ha partido de considerar que el concepto de familia responde a realidades sociológicas heterogéneas, todas ellas partícipes del criterio voluntario contenido en el artículo 42 C.P. para su Constitución. Así, son especies de ese género, y por ende receptoras del reconocimiento y protección constitucional, los diferentes tipos de familia, bien sea monoparental, biparental; biológica o adoptiva, e incluso aquella

conformada por personas con parentescos lejanos o generada por la loable decisión de otorgar protección desinteresada a otros, como sucede con la denominada familia de crianza.

En consecuencia, la lectura de la Constitución que asimila el concepto de familia a la derivada de la unión entre hombre y mujer es abiertamente equivocada. Ello debido a que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 42 C.P., el vínculo familiar se logra a partir de diversas situaciones de hecho, entre ellas la libre voluntad de conformar la familia, al margen del sexo o la orientación de sus integrantes. Por lo tanto, resulta claro que la heterosexualidad o la diferencia de sexo entre la pareja, e incluso la existencia de una, no es un aspecto definitorio de la familia, ni menos un requisito para su reconocimiento constitucional. A este respecto, la sentencia C-577/11 señala que el ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan en modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de "crianza". Por ende, en tanto la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes.

15.2. Esta concepción amplia de familia debe, por ende, hacerse compatible con la prohibición constitucional de discriminar en razón de la orientación u opción sexual y con el reconocimiento jurídico que la Corte ha prodigado a las uniones de vida estable y singular entre personas del mismo sexo, el cual había servido de fundamento para extender derechos y posiciones jurídicas de las parejas de diferente sexo, proceso verificable en la jurisprudencia constitucional, al menos desde el giro acaecido en 2007. De esta manera, en los términos de la sentencia que aquí se reitera, determina que tales derechos fundamentales deben garantizarse de forma compatible con la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, prerrogativas constitucionales que tiene por objeto garantizar la asunción libre de una opción de vida que no contraría los derechos de los demás ni el orden jurídico.

15.4. Según las premisas anteriores, la familia constitucionalmente protegida es aquella que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, al igual que por la simple voluntad de conformarla. En ese sentido, la nota característica de esta institución es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la

conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no. Como esas calidades efectivamente se verifican en la pareja del mismo sexo, no existe ninguna razón constitucionalmente relevante para dejar de reconocerlas como familia. Incluso, negar ese carácter es una discriminación injustificada, contraria a los derechos fundamentales de sus integrantes. Se impone, en consecuencia, una conclusión unívoca sobre la materia analizada: la pareja del mismo sexo, entendida como comunidad de vida estable y singular, es una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Por lo tanto es titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad.

Esta la regla de decisión que ofrece la sentencia C-577/11, la cual es expresa en indicar que no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. Para la Corte, la protección a las parejas del mismo sexo no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones de diferente sexo o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.

16. La Sala advierte, en este orden de ideas, que el reconocimiento de la pareja del mismo sexo como forma constitutiva de familia tiene efectos directos en la justificación constitucional de la pensión de sobrevivientes. Se ha explicado que uno de las facetas que explica la importancia iusfundamental de esa prestación económica es la necesidad de proteger los derechos de los miembros de la familia, los cuales se verían gravemente interferidos por la súbita interrupción de los ingresos aportados por el afiliado o pensionado.

A la luz de los argumentos analizados, idéntica inferencia debe realizarse respecto de la familia constituida por la pareja de personas del mismo sexo. Cuando uno de sus miembros, afiliado o pensionado del sistema general de seguridad social, fallece teniendo a su cargo el

soporte económico de la pareja, quien lo sobrevive está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, derivado a la privación de los recursos de los que depende su mínimo vital. A su vez, esa carencia material pone en riesgo cierto al núcleo familiar, de modo que resulta necesario activar los mecanismos de protección, entre ellos los de índole judicial, previstos por el ordenamiento para la defensa de los derechos de la familia.

Esta conclusión, como se observa, soluciona el vacío argumentativo al que se hizo referencia en esta decisión. Esto en el entendido que el tratamiento paritario en materia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes entre las parejas de diferente y del mismo sexo tiene origen, no solo en compartir la condición de comunidades de vida singulares y con vocación de permanencia, sino también en que tanto uno como otro supuesto de hecho son formas constitutivas de familia, acreedoras de las mismas protección constitucional. Es bajo esta perspectiva de análisis que deben asumirse los demás fundamentos jurídicos de este fallo.

Requisitos fácticos para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes

Las anteriores inferencias tuvieron efectos concretos en sentencias de revisión de la Corte, las cuales negaron el reconocimiento de la prestación, bien fuera por la ausencia de la declaración notarial, o porque la solicitud correspondiente tuvo lugar antes de proferirse el fallo C-336/08. Así, en la sentencia T-1241/08 se analizó la negativa de las autoridades militares de negar la pensión de sobrevivientes al compañero de un suboficial del Ejército que gozaba de la pensión de retiro. En este caso, aunque la Corte corroboró que la actuación del sistema de seguridad social castrense carecía de fundamento constitucional, habida cuenta que la orientación sexual no podía ser un factor que permitiera negar la pensión, los fallos de tutela que desestimaban el amparo debían confirmarse, puesto que en el caso planteado no se acreditó la declaración notarial de la pareja, en la que manifestasen que conformaban una comunidad de vida permanente y singular.

Una regla de decisión similar fue adoptada en la sentencia T-911/09. En este caso, se reafirmó el criterio según el cual la procedencia de la pensión de sobrevivientes dependía de que se acreditara suficientemente que existía una pareja, entendida como comunidad de vida permanente y singular. Por ende, ese hecho era susceptible de prueba calificada, a través de la declaración ante notario de sus miembros, pues a falta de ese documento no era

posible acreditar la existencia de dicha pareja. Además, ante el argumento que un requisito análogo no era exigido a las parejas de diferente sexo, por lo que se estaría ante un tratamiento discriminatorio injustificado, la Corte consideró que ello no era acertado, en razón de las particularidades y “serias implicaciones” que tenía el reconocimiento de las parejas del mismo sexo; aspectos estos que exigían el cumplimiento de la formalización notarial de la conveniencia. Este tópico fue especialmente estudiado por el fallo en comento, habida consideración que distintos intervinientes en el proceso solicitaron a la Corte que replanteara ese requisito, debido a los problemas constitucionales que plantea y que, como se verá más adelante, fueron asumidos por esta Corporación en sentencias posteriores.

Sobre el particular, el fallo en comento reafirmó la pertinencia del requisito de declaración notarial, conforme a los argumentos siguientes, que en razón de su importancia conviene transcribir in extenso:

“Ahora bien, más allá de los tiempos mínimos de convivencia exigidos en normas específicas, y dado que la existencia de una pareja o de una unión marital es un hecho, y no un acto jurídico del cual queden constancias del mismo tipo, la ley ha regulado expresamente la forma de probar ese hecho. De este tema se han ocupado las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005, en las cuales se han establecido algunas presunciones, así como vías procesales específicas de carácter judicial o extrajudicial, con este mismo propósito.

En vista de la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital para cada uno de los efectos respectivos, la Sala Plena de esta corporación en las sentencias C-521 de 2007 y C-336 de 2008 trazó una pauta probatoria a este respecto: En la primera de ellas, que como se recordará declaró la inexecutable del requisito de convivencia superior a dos años para tener derecho a integrar el grupo familiar del Plan Obligatorio de Salud, y ante la preocupación existente frente a la posibilidad de fraudes, se planteó (aunque en su parte motiva) la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente; en la segunda, ante la ausencia de regulación sobre la prueba de la unión marital entre personas del mismo sexo para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, se dispuso (allí sí en la parte resolutive) que las personas que pretendieran este beneficio deberían acreditar esa condición (la de parejas permanentes de igual sexo) “en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”, es decir, en la forma que acaba de ser explicada.

En el presente trámite, tanto la apoderada del demandante como las personas que han presentado intervenciones *amicus curiae* sugieren a la Corte la necesidad de reconsiderar la vigencia de este requisito, en razón a la dificultad, e incluso la imposibilidad, en que se encuentra el compañero supérstite para probar adecuadamente la relación de pareja, una vez que la otra persona ha fallecido sin haber realizado esa diligencia. Se afirma también, entre otros argumentos, que ello implica una lesión al derecho a la igualdad de las personas integrantes de uniones homosexuales, en la medida en que este requisito no se exigiría frente al mismo escenario a los miembros de una unión marital de hecho entre personas de diferente sexo.

La Sala no comparte este entendimiento y no puede obviar la necesidad de dar cumplimiento a este requisito, por varias importantes razones: Una de ellas es el hecho de que fue la Sala Plena de esta corporación la que al analizar la posible inexecutable de las normas que establecen el derecho a la pensión de sobrevivientes, esclareció que éste debe reconocerse a los compañeros del mismo sexo, siempre que acrediten su condición de pareja en la forma indicada en la sentencia C-521 de 2007, circunstancia que impide a una Sala de Revisión variar ese criterio³³. A lo anterior se suma el considerar que la exigencia de este requisito es necesaria, además de plenamente justificada, frente a las circunstancias particulares que esta específica situación plantea, tal como pasa a explicarse.

En sustento de lo anterior repárese en el hecho de que, además de la necesidad de acreditar la existencia de pareja frente a todas las situaciones jurídicas que se predicán de los denominados compañeros permanentes, en el caso de los derechos reconocidos a los compañeros del mismo sexo, y en razón a las connotaciones que según lo explicado presenta el concepto de pareja, el establecimiento de ese hecho tiene adicional trascendencia, en la medida en que implica la existencia de una orientación homosexual, con importantes implicaciones para ambos miembros de la pareja e incluso para sus familias, particularmente en lo que atañe a su derecho a la intimidad. Por lo anterior no parece razonable ni justo aceptar como probadas estas circunstancias sin la debida intervención y aceptación informada de las personas interesadas.

De otro lado, si bien es cierto que cualquier revelación de estas circunstancias supone también una innegable e inevitable afectación al derecho a la intimidad de las personas interesadas, aquella puede entenderse justificada en la necesidad de acreditar de manera

suficiente los supuestos de los cuales depende la titularidad de los derechos que la situación asumida genera. Adicionalmente, resalta la Sala la gran dificultad existente para reconocer derechos derivados de este tipo de relaciones cuando una de las personas que la conformaba ha fallecido, sin reconocerlo ni dejar prueba de ello.

También observa la Sala, en armonía con la filosofía que, según se ha explicado, inspira la figura jurídica de la unión marital de hecho y los derechos y obligaciones que de ella se derivan, que la existencia de ese hecho social de tan trascendentales implicaciones jurídicas no puede ser una circunstancia absolutamente oculta, que sólo surja a la luz pública con ocasión de la posterior reclamación de un derecho prestacional, sino por el contrario, un hecho suficientemente conocido, a partir del cual puedan los interesados ejercer de manera tranquila y sin objeciones de terceras personas, los derechos que de él se derivan.

Considérese también que, si bien la diligencia requerida ciertamente supone la voluntaria declaración ante el funcionario notarial de hechos que pertenecen a la esfera íntima de las personas interesadas, de los cuales quedará constancia en documentos que tienen carácter público, no es menos cierto que para ello no resulta necesaria la abierta y masiva revelación de tales hechos ante la comunidad en la que las personas viven, hecho que ciertamente podría tener un mayor impacto en el derecho a la intimidad y en el bienestar emocional de tales personas. Se trata, en cambio, de un acto de seriedad y mutua responsabilidad frente a la relación establecida, que sin perjuicio de la discreción que quiera o no mantenerse, ha de visibilizarse para viabilizar los derechos y obligaciones derivados de aquella, que en razón a su carácter informal, muchas veces socialmente imperceptible, y a la ausencia de compromisos jurídicamente exigibles, no pueden establecerse de otra manera con certeza y seguridad suficientes.

Por todo lo anterior, entiende la Sala que este requisito no implica para los compañeros homosexuales una exigencia irrazonable o desproporcionada, sino por el contrario, una carga racional y justificada, de las que normalmente demanda el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio de los derechos.

Finalmente, frente a las objeciones planteadas en torno a la igualdad para las parejas del mismo sexo respecto de los requisitos normalmente exigidos a las parejas heterosexuales para la obtención de la pensión de sobrevivientes, debe la Corte anotar que si bien no existe

norma ni pronunciamiento judicial que exija que en este caso se adelante también la indicada diligencia³⁴, no entiende que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones sociales y personales que, según lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual.”

De otro lado, la sentencia T-911/09 también puso de presente que la pensión de sobrevivientes, en el caso de las parejas de mismo sexo, se predicaba solo a partir de la promulgación de la sentencia C-336/08, la cual tenía carácter constitutivo y con carácter prospectivo. Esto último merced de la regla general contenida en el artículo 45 de la Ley 270/96 - Estatutaria de la Administración de Justicia. Así, como al expedir el fallo la Corte no previó ninguna modulación en cuanto a sus efectos en el tiempo, estando investida para ello, debía aplicarse hacia futuro. Sobre el particular, el fallo en comento señaló que “...no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento. Por ello, aunque naturalmente es válido pretender su aplicación para el caso de uniones maritales homosexuales iniciadas desde antes de esa fecha, es claro que en todos los casos será necesaria la declaración notarial a la que allí se hizo referencia, y que dicha diligencia, así como el fallecimiento de la persona que generaría el derecho a la pensión en cabeza del compañero del mismo sexo, deberán haberse producido con posterioridad a la expedición de dicha providencia, la cual tuvo lugar el 16 de abril de 2008.”

18. Con todo, en la posición planteada por la Corte en esta etapa de la jurisprudencia se mostraba deficiente y contradictoria. Lo primero, porque no se hacían explícitos los argumentos según los cuales la familia conformada por parejas del mismo sexo tenía unas implicaciones o consecuencias jurídicas específicas, que la hacían diferente a la comunidad de vida permanente y singular de las parejas de diferente sexo. Lo segundo, puesto que si el punto de partida para extender el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo fue, precisamente, la comprobación acerca de un déficit de protección por parte del ordenamiento jurídico, fundado a su vez en una discriminación injustificada en cuanto al acceso a derechos y demás prerrogativas predicables de las parejas

de diferente sexo, es contradictorio que en la decisión que extiende tales posiciones jurídicas, se impongan condiciones que no son exigidas a dichas parejas. Esto más aún cuando, tanto en uno como en otro caso, la jurisprudencia constitucional había hallado similares presupuestos fácticos, relativos a la comunidad de vida y a la dependencia económica, que permitían predicar idéntica responsabilidad del sistema general de seguridad social.

Esta problemática fue asumida posteriormente en la sentencia T-051/10, la cual reformuló, con efectos inter comunis, los requisitos fácticos exigibles para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el caso de las parejas del mismo sexo. En esta decisión, se arribó a la conclusión que las consideraciones plasmadas en la sentencia C-336/08 no podían interpretarse de manera tal que configuraran barreras injustificadas para el acceso a la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. Estos argumentos tampoco podían comprenderse de manera tal que tales parejas tuvieran un tratamiento legal más riguroso que el prodigado por el ordenamiento jurídico para las parejas de diferente sexo, en su misma condición. Ello en tanto exigencias de este carácter serían contrarias a los principios de igualdad y buena fe, al igual que al derecho al debido proceso administrativo.

Para arribar a estas conclusiones, la sentencia T-051/10 planteó diversos argumentos, a partir de los cuales se extraen las siguientes reglas de decisión:

Sobre este último aspecto, la Corte resaltó cómo varias de las entidades del sistema de seguridad social tendían a desconocer los efectos de la sentencia C-336/08, la cual estaba investida de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, en los términos del artículo 243 C.P. Por ello, tenía carácter vinculante para dichas autoridades, por lo que la omisión de sus reglas, específicamente aquellas que extienden el régimen de pensión de sobrevivientes a la parejas del mismo sexo, sería un comportamiento abiertamente contrario al orden jurídico, incluso constitutivo del delito de prevaricato.

18.2. Las mismas entidades administradoras de pensiones habían planteado, a partir de una interpretación restringida de la sentencia C-336/08, que uno de los requisitos exigibles para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes era que la pareja hubiera manifestado ante notario su intención de conformar una familia, a través del compromiso en unión marital permanente y singular. Con todo, esa interpretación resultaba equivocada al menos por dos tipos de argumentos. En primer lugar, porque la parte resolutive de la

sentencia mencionada no preveía una condición de esa naturaleza, sino que, en cambio, se había restringido a condicionar la constitucionalidad de las normas que regulan la pensión de sobrevivientes, en el entendido que la expresión “compañeros permanentes” en ellas contenida, incorporaba tanto las parejas de diferente como del mismo sexo. Empero, ese condicionamiento no contempló condiciones adicionales para el reconocimiento de la prestación económica o para la interpretación de esos preceptos legales.

En segundo término, una exigencia de esa naturaleza involucraba la imposición de una carga desproporcionada e irrazonable para las parejas del mismo sexo. Esto debido a que la declaración notarial sobre la constitución de una comunidad de vida estable y singular, constitutiva de familia, resultaba en la mayoría de los casos imposible de realizar, por la simple razón que el afiliado o pensionado había fallecido. Por ende, la exigencia en comento incorporaba un tratamiento discriminatorio injustificado, a través de la imposición de barreras y condiciones imposibles para el acceso a la pensión de sobrevivientes. Sobre el particular, la sentencia T-051/10 señaló 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 Unidas³⁵. (...) Ciertamente es que la exigencia establecida por la parte resolutive 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 heterosexuales³⁶. Encuentra la Sala que la remisión hecha por la parte resolutive 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. (...)En vista de lo anterior, debe la Sala precisar que la interpretación restrictiva de lo establecido en la parte resolutive 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 resolutive de la presente sentencia medidas para evitar que esta circunstancia se repita.”

Así las cosas, el requisito de reconocimiento notarial resulta desproporcionado e irrazonable, de manera tal que configura un tratamiento discriminatorio para las parejas del mismo sexo, en razón que tales condiciones no resultan exigibles para las parejas de diferente sexo. En tal sentido, resulta claro que la comprobación acerca de la convivencia entre el solicitante y el causante afiliado o pensionado debe sujetarse a los mismos estándares probatorios en ambos casos. Entonces, será a través de los medios de prueba tradicionalmente admitidos, entre ellos las declaraciones extraproceso u otros documentos que den cuenta fehaciente de la existencia de una comunidad de vida permanente y singular, que se comprobará la unión de las parejas del mismo sexo frente a las autoridades del sistema de seguridad social en salud.

18.3. Finalmente, la sentencia T-051/10 hizo énfasis en que la exigencia de formalización notarial del vínculo entre la pareja del mismo sexo, así como la relativa a que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes se hubiera realizado antes de la expedición de la sentencia C-336/08, eran requisitos no contemplados en la legislación aplicable a esa prestación social, de modo que su exigencia contrariaba el derecho al debido

proceso. La Corte identificó que tales condiciones, en realidad, estaban basadas en el desconocimiento del principio de buena fe respecto a las parejas del mismo sexo, quienes debían soportar una presunción de hecho, según la cual sus solicitudes están usualmente dirigidas a defraudar al sistema de seguridad social, a través de la simulación de la existencia de la pareja, y no a lograr la protección de los derechos fundamentales del núcleo familiar dependiente del afiliado o pensionado. Esta visión, en criterio de la Corte, es inaceptable en razón de que se basa en el prejuicio y la discriminación contra dichas parejas por el solo hecho de su identidad y opción sexual, lo que como se ha explicado en esta sentencia, es contrario a la Constitución.

En suma, la regla de decisión de la sentencia T-051/10 consiste en que el solicitante que tenía una comunidad de vida permanente y singular con una persona del mismo sexo, de la cual dependía económica, encuentra vulnerado su derecho al debido proceso administrativo cuando la entidad administradora de pensiones, ante la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, impone requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico.

A este respecto, se insiste en que la sentencia C-336/08 se centró en extender el régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes de los compañeros permanentes de diferente sexo, a las parejas del mismo sexo, como consecuencia del déficit de protección identificado en el mismo fallo. Por lo tanto, la exigencia de requisitos diferenciales entre las dos modalidades de pareja, frente al trámite de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, resulta inadmisibles al basarse en la discriminación injustificada, fundada a su vez en un criterio sospechoso de distinción.

Para sustentar esta conclusión, la Corte señaló lo siguiente, a partir de las situaciones de hecho presentadas en los expedientes de tutela objeto de revisión en esa oportunidad:

“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 resolutoria 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.

(...)

6.6. 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-.

(...)

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 inter pares o inter comunis³⁷ e incluso decretar el estado de cosas

inconstitucional³⁸.

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.”

19. La presente Sala de Revisión considera que los argumentos planteados en la sentencia T-051/10 son los que mejor desarrollan los derechos fundamentales de los integrantes de la pareja del mismo sexo y, por ende, acoge los efectos inter comunis previstos en esa decisión.

En efecto, concuerda esta Sala con que el ámbito de decisión de la sentencia C-336/08 se circunscribe a la extensión del régimen de la pensión de sobrevivientes predicable de los compañeros permanentes, a las parejas del mismo sexo. Aunque en esa misma decisión se hizo referencia a que una de los aspectos que debía tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación era la comprobación acerca de la existencia de una unión permanente y singular, esta consideración, (i) no hizo parte de la parte resolutive de la sentencia, de manera que no está cobijada prima facie de los efectos de cosa juzgada constitucional; (ii) tampoco puede considerarse como aquellos argumentos que al guardar una relación inescindible con lo decidido, conforman ratio decidendi, por el simple motivo que son del todo prescindibles para adoptar la decisión en comento, la cual tuvo como principal razón de decisión la identificación de un déficit de protección contra las parejas del mismo sexo; y (iii) en todo caso, existe evidencia suficiente acerca que la imposición de requisitos disconformes para el acceso a la pensión de sobrevivientes entre las parejas del mismo y de diferente sexo, configura una discriminación injustificada contra aquellas, fundada en un criterio sospechoso de diferenciación que, a su vez, vulnera el derecho al debido proceso administrativo.

En consecuencia, la Sala advierte que son contrarias a la vigencia de los derechos

fundamentales las decisiones de las entidades administradoras de pensiones, que niegan la pensión de sobrevivientes a quien fuera integrante de una pareja del mismo sexo, a partir de requisitos, exigencias o estándares que son previstos por el ordenamiento jurídico y, en especial, que resultarían igualmente predicables de los cónyuges o compañeros permanentes de diferente sexo.

20. Por último, no puede perderse de vista que la inconstitucionalidad de distinciones como las expuestas, cobra un nuevo sentido a partir de la actual posición jurisprudencial de la Corte, que asimila a las parejas del mismo y de diferente sexo como formas constitutivas de familia. Este reconocimiento involucra, de manera necesaria e ineludible, que ambas modalidades de comunidad de vida permanente y singular, reciban idéntico grado e intensidad de protección constitucional, conforme lo ordena el artículo 42 Superior. En términos simples, existe un mandato constitucional expreso, en el sentido que las distintas formas constitutivas de familia son acreedoras de la misma protección constitucional. Por ende, la decisión legislativa o administrativa que imponga tratamientos diferenciados entre ellas, consistentes en la previsión de requisitos más exigentes a unas modalidades sobre otras, para el acceso a derechos o prerrogativas, viola los derechos constitucionales de la familia. Esta conclusión logra mayor fuerza de convicción cuando el tratamiento diferenciado, como sucede en el asunto objeto de examen, se funda en un criterio sospechoso de discriminación, como es la identidad y orientación sexual.

Se ha explicado que uno de los aspectos que justifica, e incluso ordena, que el legislador disponga el instituto de la pensión de sobrevivientes, es la necesidad de garantizar en términos materiales la subsistencia de la familia, cuando se está ante la súbita ausencia de quien prodigaba los ingresos económicos que sustentaban su mínimo vital. Estas relaciones de dependencia son predicables de toda modalidad de vínculo familiar, al margen de su identidad u orientación sexual, e incluso de la presencia o no de una pareja. Por ende, carece de sentido que se impongan restricciones o barreras de acceso por dichos motivos, cuando la garantía de subsistencia que se logra con la prestación de la seguridad social es igualmente predicable de las distintas formas de agrupación humana constitutivas de familia.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el logro del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia

21. La Corte ha fijado un precedente reiterado y estable en materia de la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas de la seguridad social y, entre ellas, la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, en este apartado la Sala reiterará los aspectos centrales de esa doctrina.

El punto de partida de esta doctrina es que, de manera general, la acción de tutela es improcedente para lograr la mencionada pretensión, puesto que el escenario natural para su exigibilidad judicial son los procesos ante la jurisdicción ordinaria laboral. Ello en razón que en esa jurisdicción se cuenta con los procedimientos particulares y, en especial, las instancias para el debate probatorio suficiente, de cara a la necesidad de dilucidar la existencia de los presupuestos fácticos y jurídicos para el reconocimiento de la prestación, negada originalmente por la autoridad administradora de pensiones.

Sin embargo, conforme a las reglas previstas en el artículo 86 C.P., dicha improcedencia general resulta exceptuada cuando el mecanismo judicial ordinario no sea idóneo en el caso concreto, o siéndolo, el afectado se encuentre ante la inminencia de un perjuicio irremediable. Así indicó en la sentencia T-033/02, al explicarse que “[s]in embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal – que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

22. Como se observa, la actividad que debe adelantar el juez de tutela frente a la decisión sobre la procedencia de la acción plantea dos acciones específicas y correlativas. En primer lugar, debe determinar si las condiciones particulares del afectado hacen que el mecanismo judicial ordinario no se muestre lo suficientemente expedito y efectivo. Por ende, debe dilucidarse en el caso concreto si el peticionario se encuentra en un estado de vulnerabilidad

o marginalidad tal que requiera con urgencia la prestación económica como presupuesto para el mantenimiento de su subsistencia en condiciones dignas. En segundo término, debe definirse si esas mismas condiciones fácticas cumplen con las calidades de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad que la jurisprudencia ha previsto como definitorias de la inminencia de un perjuicio irremediable.³⁹ Igualmente, este análisis deberá tener en cuenta que el grado de evaluación del mencionado perjuicio es inversamente proporcional a la vulnerabilidad o marginalidad del afectado.⁴⁰ Estas condiciones desfavorables han sido identificadas por la jurisprudencia constitucional, entre otros casos, frente a los niños y niñas, las personas con discapacidad, los adultos mayores y las personas en situación de extrema pobreza, grupos poblaciones que comparten la naturaleza de sujetos de especial protección.

Casos concretos

Expediente T-3.086.845

24. En cuanto a los aspectos relacionados con la procedencia de la acción de tutela formulada por el ciudadano Pedro, se tiene que, en primer término y frente al requisito de inmediatez, la Resolución 5377 del 17 de enero de 2011, que negó el recurso de reposición formulado contra el acto que a su vez denegó el reconocimiento y pago de la prestación económica, fue notificada el 14 de febrero del mismo año, según se observa en constancia surtida para el efecto.⁴³ La acción de tutela fue presentada el 4 de marzo del mismo año,⁴⁴ esto es, menos de un mes luego de la fecha de notificación, lo que demuestra la diligencia del actor en formular el reclamo constitucional.

En segundo lugar, se encuentra que están suficientemente acreditados los requisitos de inminencia de perjuicio irremediable y de concurrencia de condiciones fácticas sobre la procedencia de la prestación. Así, se observa que la acción de tutela es reiterativa en afirmar que el actor dependía económicamente del causante, durante los 28 años que duró la relación familiar. Luego de su deceso, informa que su subsistencia se ha derivado de la caridad de algunos amigos, quienes le han provisto algún ingreso, que es del todo insuficiente. Además, en razón de su edad, no le ha sido posible ingresar al mercado laboral formal, del cual se excluyó en razón de asumir las tareas domésticas dentro de la unión marital con su extinto compañero. Estas condiciones, que no fueron desvirtuadas por la entidad demandada y que, a su vez, son reiteradas en las distintas declaraciones notariales

extraproceso, dan cuenta del alto grado de necesidad con que el ciudadano Álvaro requiere de la prestación económica que le prodigaba su pareja, en tanto presupuesto material para su subsistencia en condiciones dignas.

De igual manera, en lo que se refiere a la acreditación de la comunidad de vida singular con el pensionado Álvaro, se tiene que el actor afirma esa circunstancia en la acción de tutela y en una declaración extraproceso,⁴⁵ y la acredita mediante dos tipos de prueba. Los primeros, de tipo documental, relativos a (i) copia de la certificación expedida por la Clínica (...), del 10 de octubre de 2008, en la que se hace constar que durante la hospitalización del causante la “persona responsable” fue el accionante;⁴⁶ y (ii) copia de la declaración del pensionado, del 9 de enero de 2008, en la que hace constar que el actor “ha sido mi compañero permanente durante varios años”. Los segundos, de tipo testimonial, rendidos a través de declaración notarial juramentada con fines extraprocesales, en los que tres ciudadanos coinciden en afirmar que conocían a la pareja conformada por los ciudadanos Pedro y Álvaro, por periodos que oscilan entre los 20 y 30 años; que el primero dependía económicamente del segundo; y que el causante no tenía otro grupo familiar dependiente.

En suma, concurren en el expediente suficientes elementos de juicio para inferir válidamente la existencia de una familia constituida por el actor y el pensionado fallecido y, que a su vez, se estaba ante una situación de dependencia económica, ante la carencia de ingresos propios del accionante. Estas son las condiciones que prevé la legislación aplicable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Del mismo modo, está probado que la ausencia de la prestación compromete seriamente la vigencia de los derechos fundamentales del actor, habida consideración de su actual vulneración del mínimo vital.

Estas circunstancias permiten a la Sala afirmar que en el caso concreto se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, que hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Esta conclusión, del mismo modo, permite desestimar la razón de las decisiones de instancias, que a través de un análisis insuficiente concluyeron que dicha inminencia de perjuicio irremediable no estaba verificada.

25. Ahora bien, asumido el estudio de los actos administrativos cuestionados, se tiene que el fundamento de la negativa a reconocer la prestación consistió en que el fallecimiento del pensionado tuvo lugar antes de la ejecutoria de la sentencia C-336/08. Así, se indicó que la muerte tuvo lugar el 10 de mayo de 2008 y dicha ejecutoria se verificó el 12 de junio de

2008, por lo que no resultaba procedente la prestación. Como es sencillo observar, esa decisión administrativa es diametralmente opuesta a los considerandos de la presente sentencia. Debe insistirse que los efectos de la sentencia C-336/08 no son constitutivos de una prestación económica particular, sino declarativos de una discriminación injustificada contra las parejas del mismo sexo. Esto indica que una vez promulgada la sentencia, hecho que acaeció el 16 de abril de 2008, las autoridades del Estado y los particulares, merced de lo ordenado en el artículo 243 C.P., están obligadas a cumplir con lo dispuesto en el fallo.

Esto quiere decir que todas las actuaciones que deban adelantarse con posterioridad a la promulgación del fallo, deben tener en cuenta que el régimen legal de la pensión de sobrevivientes es igualmente predicable para los compañeros permanentes del mismo sexo.

Por ende, el Seguro Social actuó en abierta contradicción con el principio de cosa juzgada constitucional, al negar la prestación con un argumento artificial, no previsto en la legislación aplicable. A su vez, como también se explicó en el presente fallo, un comportamiento de esta naturaleza viola los derechos fundamentales del peticionario, en especial la igualdad y el debido proceso administrativo. Esto debido a que se impone un tratamiento diferenciado, a través de la exigencia de requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, fundado en un criterio sospechoso de discriminación, como es la identidad y orientación sexual.

26. En consecuencia, verificada la afectación de los derechos fundamentales del actor, la Sala procederá a revocar las decisiones de tutela y, en su lugar, concederá la protección de los derechos al mínimo vital, la igualdad, el debido proceso administrativo y la seguridad social del ciudadano Pedro. Por lo tanto, ordenará al Seguro Social que reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, de acuerdo con las reglas previstas por el ordenamiento jurídico vigente para el efecto. De igual modo, según lo dispone el artículo 86 C.P. y el Decreto Ley 2591 de 1991, este amparo constitucional tendrá carácter transitorio, hasta tanto la jurisdicción ordinaria resuelva de manera definitiva el conflicto jurídico planteado.

Expediente T-3.093.950

27. Frente a los requisitos de procedencia de la acción de tutela para la obtención del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en el caso de la acción de tutela promovida por la ciudadana Luisa, debe tenerse en cuenta lo siguiente: La actora fue

notificada de la Resolución PAP 1134 del 30 de agosto de 2010, el 21 de septiembre del mismo año, según se verifica de constancia aportada por Cajanal junto con la contestación de la acción de tutela.⁴⁷ El amparo fue interpuesto el 4 de marzo de 2011, esto, es un poco más de cinco meses luego de dicha notificación. Este término es razonable, habida cuenta las condiciones de instrucción de la accionante, su estado de pobreza manifestado ante la jurisdicción y las vicisitudes propias de la obtención de asesoría jurídica para el acceso al amparo.

De otro lado, también se encuentra que el acto administrativo mencionado indicó que contra el mismo procedía “únicamente el Recurso de Reposición, presentado por escrito ante el Liquidador dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, indicando los motivos de inconformidad de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo.” Al respecto, la Sala encuentra que en este caso el deber de diligencia no se ve infringido por el hecho que la actora no haya agotado el recurso de reposición mencionado, pues el mismo, junto con el recurso de queja, no son obligatorios para el agotamiento de la vía gubernativa, según lo dispone el inciso final del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo vigente (Decreto 01 de 1984). Por lo tanto, no podría considerarse que la accionante haya infringido deber jurídico alguno en relación con la procedencia de la acción, en tanto el ordenamiento jurídico no prevé una obligación de esa naturaleza.

Respecto de la estructuración del perjuicio irremediable, la Sala encuentra que en la declaración formulada por la actora ante el juez de tutela de primera instancia, transcrita en los antecedentes de esta sentencia, la actora insiste en que dependía económicamente de la causante, en razón que estaba dedicada al mantenimiento del hogar y a atender el estado de salud de su pareja, el cual se vio significativamente deteriorado al finad de su vida. Agregó que su situación era precaria, al punto que se vio forzada a vivir con su hija ante la ausencia de recursos, los cuales no podría acceder de otro modo puesto que a su edad, que actualmente es de 60 años, no puede obtener un vínculo laboral formal.

Estas circunstancias, de manera similar al caso anterior, permiten concluir a la Sala que, contrario a lo afirmado por el Tribunal de segunda instancia, en el caso planteado se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. En efecto, a través de declaración cuyo contenido no fue desvirtuado dentro del proceso, la actora demostró que convivía con la ciudadana Juana, que dependía económicamente de ella y que, a su vez, la carencia de los

ingresos que aportaba su compañera al núcleo familiar, sumado a su condición de adulta mayor, la obligaban a depender de otros familiares para lograr su digna subsistencia. Estos solos hechos hacen inferir que el mecanismo judicial ordinario no resulta lo suficientemente expedito para conjurar el riesgo descrito.

28. Comprobadas las condiciones de procedencia en el caso concreto, la Sala advierte que, según se ha explicado en esta sentencia, la decisión administrativa de Cajanal, en liquidación, de negar la pensión bajo el único argumento del incumplimiento del requisito de formalización de la pareja mediante declaración notarial, vulnera los derechos fundamentales de la actora. Esto debido a que, de forma análoga que en el caso anterior, la administradora de pensiones funda la negativa del reconocimiento y pago de la prestación en requisitos que no son exigidos por el ordenamiento jurídico y que, por ende, configuran una discriminación injustificada, basada en la orientación sexual de la peticionaria.

En consecuencia, debe la Sala adoptar el mismo remedio que en el caso anterior, por lo que revocará las decisiones de tutela y, en su lugar, concederá la tutela de los derechos a la igualdad, el debido proceso administrativo y la seguridad social de la ciudadana Luisa. De tal modo, se ordenará a Cajanal, en liquidación, que reconozca y pague la prestación solicitada, mediante la aplicación de las reglas jurídicas previstas para el efecto. Esta orden tendrá carácter transitorio, en los términos del artículo 86 C.P., y el Decreto Ley 2591 de 1991.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las sentencias proferidas el 18 de marzo de 2011 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, y el 29 de abril del mismo años por la Sala Civil del Tribunal Superior de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por Pedro contra el Instituto de Seguros Sociales.

SEGUNDO: REVOCAR las sentencias emitidas el 18 de marzo de 2011 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, y el 17 de mayo del mismo año por la Sala Civil Familia Laboral del

Tribunal Superior del mismo distrito judicial, que decidieron acerca de la acción de tutela formulada por Luisa contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación.

TERCERO: CONCEDER la tutela de los derechos a la igualdad y el debido proceso administrativo de los ciudadanos Pedro y Luisa.

CUARTO: ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguros Sociales – Pensiones, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar a favor del ciudadano Pedro, la pensión de sobrevivientes por él solicitada. Ello bajo el cumplimiento de las reglas previstas en el ordenamiento jurídico para la procedencia de esa prestación, normas cuya implicación no podrá incorporar tratamientos diferenciados, requisitos adicionales u otro tipo de exigencias para la pareja del mismo sexo del causante pensionado o afiliado, que no resulten predicables de los peticionarios que conformaron uniones maritales con personas de diferente sexo.

Esta orden permanecerá hasta tanto la jurisdicción laboral ordinaria resuelva, de manera definitiva, acerca de la legalidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada por el ciudadano Pedro. Con este fin, el actor deberá promover la acción judicial correspondiente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia. En caso que el ciudadano Pedro omita el ejercicio de dicha acción en el término previsto, cesarán los efectos de esta sentencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: ORDENAR al representante legal de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar a favor de la ciudadana Luisa, la pensión de sobrevivientes por ella solicitada. Ello bajo el cumplimiento de las reglas previstas en el ordenamiento jurídico para la procedencia de esa prestación, normas cuya aplicación no podrá incorporar tratamientos diferenciados, requisitos adicionales u otro tipo de exigencias para la pareja del mismo sexo del causante pensionado o afiliado, que no resulten predicables de los peticionarios que conformaron uniones maritales con personas de diferente sexo.

Esta orden permanecerá hasta tanto la jurisdicción laboral ordinaria resuelva, de manera definitiva, acerca de la legalidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes solicitada por la ciudadana Luisa. Con este fin, la actora deberá promover la acción judicial correspondiente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia. En caso que la ciudadana Luisa omita el ejercicio de dicha acción en el término previsto, cesarán los efectos de esta sentencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ley 100/93. Artículo 46. Modificado. L. 797/2003, art. 12. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

PAR. 1º—Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2º de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Artículo 47. Modificado. L. 797/2003, art. 13. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste, y

PAR.—Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil

2 En este aparte se hace uso de la metodología expuesta en la reciente sentencia T-110/11, en la cual esta Sala explicó la fundamentación constitucional de la pensión de sobrevivientes.

3 Corte Constitucional, sentencia T-110/11.

4 Ver entre otras las sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la sentencia C-823/06.

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-823 /06.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 2007.

7 Corte Constitucional, sentencia C-336/08.

8 Corte Constitucional, sentencia T-110/11.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 2009.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-760 de 2008, T-704 de 2006, T-786 de 2003, T-1319 de 2001, C-228 de 2002 y C-01 de 2000, entre otras.

11 El artículo 13 de la Constitución Política señala que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Del mismo modo, el mandato constitucional hace recaer en el Estado la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Atendiendo al artículo 13 superior, la Corte Constitucional ha señalado que la protección jurídica que el ordenamiento jurídico consagra a favor de las personas se afina en dos criterios principales. El primero de ellos es el principio general de igualdad de la Constitución, el cual comprende tres obligaciones, a saber, (i) la igualdad frente a la ley o el deber de aplicar a las personas, por igual, la protección general que brinda la ley; (ii) la igualdad de trato o igualdad en la ley, es decir, el imperativo de trato paritario que debe procurar la ley a situaciones similares y; (iii) la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión política o filosófica. El segundo criterio en el que se sustenta la protección otorgada por el ordenamiento jurídico a las personas, consiste en el principio de protección especial de los intereses de ciertos grupos de personas, concretado en la obligación de brindar un trato preferente a sectores históricamente discriminados o marginados (acciones afirmativas), y un deber de protección especial a quienes por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

12 Corte Constitucional, sentencia T-110/11.

13 Corte Constitucional, sentencia C-1126/04.

14 Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176-01, [...].

15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-002 de 1999, [...].

16 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 1999

17 Corte Constitucional, sentencia C-1094/03

18 Esta clasificación es planteada por la sentencia T-010/11

19 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1176 de 2001.

20 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1035 de 2008.

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2006.

22 El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553 de 1994 [...] y T-827 de 1999.

23 Cfr. Sentencia T-173 de 1994.

24 Como se expone en la sentencia T-110/11, una consideración similar fue planteada por la Corte en la sentencia C-336 de 2008 al anotar que “[s]i bien el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de ésta depende la materialización de mandatos constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

25 Corte Constitucional, sentencia C-098/96.

26 La referencia es tomada de la sentencia C-075/07.

27 Caso Toonen c. Australia. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos

Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

28 Caso Young c. Australia Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.

29 Sentencia C-111 de 2006.

30 Sentencia C-811 de 2007

31 Corte Constitucional, sentencia C-029/09.

32 *Ibíd.*

33 De hecho no ocurrió así en la sentencia T-1241 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), en la que la Sala Novena de Decisión, lejos de dudar o plantear excepciones sobre la existencia de este requisito, lo ratificó plenamente, y emitió una decisión negativa al no existir constancia adecuada de la convivencia entre el fallecido y el tutelante que daría lugar al reconocimiento pretendido.

34 En este caso se aplicaría lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994.

35 Cfr., los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales. Expediente de Revisión a folio 192.

36 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 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 inexecutable 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 inexecutable 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.

37 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.

38 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.

39 Estas condiciones fueron expuestas por la sentencia T-225/93, reglas que han sido reiteradas de forma inmodificada por la jurisprudencia posterior. Sobre este particular, la decisión mencionada indicó:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura

del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”-

40 Así por ejemplo, en la sentencia T-1316/04 se señaló: “Sin embargo, algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo” , y que amplía a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela. Así, en el caso de los niños, la recreación o la alimentación balanceada, por ejemplo, cobran una particular importancia que generalmente no es la misma para el caso de los adultos (C.P. artículo 44). De igual forma, la protección a la maternidad en sus primeros meses adquiere una gran relevancia, que justifica un tratamiento preferencial en favor de la mujer (C.P. artículo 43). ||Lo anterior explica entonces por qué, tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos.|| De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no, tienen que guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial.

41 En cuanto a la certeza sobre la titularidad del derecho a la pensión y la diligencia del demandante al reclamar la salvaguarda de sus derechos, el Tribunal Constitucional en sentencia T-414 de 2009 puntualizó “que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia⁴¹. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya

resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad-”.

42 En relación con la afectación del mínimo vital de quien solicite el amparo, es pertinente recordar que esta Corporación en sentencia T-249 de 2006 señaló: “Así, con relación a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: ... (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital”.

43 Folio 20, reverso. Cuaderno de primera instancia.

44 Folio 41. Cuaderno de primera instancia.

45 Folios 28 y 40. Cuaderno de primera instancia.

46 Folio 23. Cuaderno de primera instancia.

47 Folio 35. Cuaderno de primera instancia.