



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000 23 42 000 2012 00038 02 (3759-2015)
Demandante: ÁLVARO CASADIEGO LÓPEZ¹
Demandado: FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (FONPRECON)
Temas: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES/ PAREJA DEL MISMO SEXO/ OBLIGACIONES INTERNACIONALES/ PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

1. La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo de 5 de febrero de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A que denegó las pretensiones de la demanda que instauró en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon).

II. ANTECEDENTES

2.1 La demanda².

¹ Mediante auto de 13 de marzo de 2014, se admitió como sucesores procesales a los hermanos (Haydée María, Elizabeth y Freddy Casadiego López) y sobrinos (Carlos Vladimir y Freixar Alexander Casadiego Jaimes) del señor Álvaro Casadiego López, quienes le sobreviven con vocación de heredar (fls.160 y 161).

² Folios 82 a 130.



2. El señor **Álvaro Casadiego López**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de Fonprecon.

2.1.1 Pretensiones.

3. El actor en el escrito introductorio del proceso solicitó que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 498 de 18 de abril y 770 de 17 de junio de 2011 que le sustituyeron, en calidad de compañero permanente, la pensión de jubilación que percibía el señor Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.), a partir del 13 de junio de 2008, fecha de ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008.

4. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se ordene a Fonprecon reconocerle (i) la sustitución pensional desde el 27 de julio de 1993, día siguiente de la fecha del fallecimiento de su compañero permanente, esto es, desde que se causó el derecho, conforme lo reconoció la Corte Constitucional en sus avances jurisprudenciales [sentencias C-336 de 2008, T-051 de 2010 y T-717 de 2011] y (ii) el pago de un retroactivo debidamente indexado y con intereses de mora.

2.1.2 Hechos.

5. El accionante relató que su compañero permanente por más de 7 años, señor Luciano Villada Castaño, fue sujeto de un reconocimiento pensional por parte de Fonprecon, a través de la Resolución 710 de 27 de agosto de 1992, y falleció el 27 de julio de 1993.

6. Por lo último, solicitó de Fonprecon el reconocimiento de la sustitución pensional, petición que (i) en principio, fue negada por las Resoluciones 198 de 19 de abril y 569 de 27 de junio de 1995, por conceptos limitados y estereotipados, lo que lo obligó a recurrir a todos recursos y acciones judiciales procedentes, incluso al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,



para intentar revertir esa decisión desfavorable, sin éxito alguno en la práctica, y (ii) finalmente, fue concedida pero de forma limitada, a través de las Resoluciones acusadas 498 de 18 de abril y 770 de 17 de junio de 2011, lo cual perpetró la discriminación de que ha sido sujeto por su orientación sexual.

2.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

7. La demandante citó como normas violadas por las resoluciones enjuiciadas los artículos 13, 29, 53 y 93 de la Constitución Política.

8. Argumentó que Fonprecon nunca le brindó, durante los más de 16 años que tardó el reconocimiento prestacional, un trato igualitario y sin discriminación «*por su condición de homosexualidad*», lo cual (i) transgredió principios y derechos fundamentales que le asistían, e (ii) hizo nugatorio el Dictamen Comunicación 1361/2001, mediante el cual el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoció que, en su caso, el Estado colombiano violó el artículo 26 del Pacto sobre Derechos Civiles, Sociales y Políticos y, por ende, debe ofrecer un recurso efectivo, incluso volver a examinar su solicitud de sustitución pensional sin distinción fundada en motivos de sexo u orientación sexual.

9. Explicó que pese a que el Estado colombiano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha mantenido una legislación interna excluyente en materia de protección de parejas del mismo sexo, lo que provoca de forma sistemática (i) tratos diferenciados injustificados, (ii) privilegios para un tipo de familia en especial [heterosexual), y (iii) acentuar criterios limitados y estereotipados en los servidores administrativos y judiciales.

10. Que las consecuencias atrás esbozadas incidieron en que se perpetrara la desigualdad y discriminación de que fue sujeto, por cuanto (i) se le negó injustificadamente la sustitución pensional, (ii) todos los recursos y acciones judiciales que intentó terminaron de forma adversa a sus intereses, (iii) se desconoció por muchos años su derecho, aunque el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo latente, en su caso, que el Estado



colombiano estaba incurriendo en un ilícito internacional continuado, y (iv) logrado un avance jurisprudencial en materia de pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo [sentencias C-336 de 2008, T-051 de 2010 y T-717 de 2011], la entidad demandada le reconoció un retroactivo limitado.

2.2 Contestación de la demanda³.

11. **Fonprecon** aclaró que las Resoluciones acusadas 489 y 770 de 2011 « *fueron expedidas en un contexto jurídico y fáctico diferente, y es que en aplicación de la Sentencia C-336 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, [...] se declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones compañera o compañero permanente contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificadas por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo, cuya condición sea acreditada en los términos del fallo C-521 de 2007*».

12. Que el hecho de haber reconocido la sustitución pensional a partir del 13 de junio de 2008, fecha de ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, no comporta una discriminación por la orientación sexual del actor, sino, simplemente, el cumplimiento y respeto por los efectos futuros fijados en el mencionado fallo.

13. Propuso las excepciones de falta de jurisdicción y cosa juzgada parcial.

2.3. Trámite procesal.

14. El magistrado sustanciador de primera instancia admitió la demanda por auto de 8 de agosto de 2012 y ordenó la notificación al Director de Fonprecon, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

2.3.1 Audiencia Inicial⁴.

³ Folios 62 a 79.

⁴ Folios 134 y 135.



15. En diligencia celebrada el 22 de mayo de 2013, el magistrado sustanciador de primera instancia (i) no advirtió irregularidades o vicios constitutivos de nulidad, y (ii) declaró no probadas las excepciones propuestas de falta de jurisdicción y cosa juzgada parcial, decisión que fue apelada por Fonprecon.

16. La Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, mediante providencia de 11 de septiembre de 2013, confirmó la decisión que desestimó las excepciones de falta de jurisdicción y cosa juzgada parcial⁵.

17. Por auto 13 de marzo de 2014, se admitió «*como sucesores procesales a los hermanos [Haydée María, Elizabeth y Freddy Casadiego López] y sobrinos [Carlos Vladimir y Freixar Alexander Casadiego Jaimes] del señor ÁLVARO CASADIEGO LÓPEZ, quienes le sobreviven con vocación de heredar*»⁶.

18. En la continuación de la audiencia inicial, llevada a cabo el 27 de agosto de 2014, el magistrado sustanciador de primera instancia (i) fijó el litigio, (ii) ordenó tener como elementos probatorios los aportados por las partes, (iii) prescindió de la etapa probatoria, y (iv) corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presenten sus respectivos alegatos de conclusión y concepto.

2.4 Sentencia de primera instancia⁷.

19. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 5 de febrero de 2015, negó las pretensiones de la demanda, porque si bien es cierto la Corte Constitucional, en sentencia C-336 de 2008, determinó que «*las parejas homosexuales en materia de seguridad social gozan de iguales derechos que los concedidos a las parejas heterosexuales, no es verdad que el reconocimiento de tales derechos en específico a las personas del mismo sexo surja con la promulgación de nuestra*

⁵ Folios 139 a 147.

⁶ Folios 160 y 161.

⁷ Folios 182 a 191.



Constitución, el 4 de julio de 1991, pues si bien se señala que ninguna persona debe ser objeto de discriminación, no es menos cierto que aquí se trata reivindicación legítima obtenida por conducto de la interpretación que hace esa Corporación, que no llega hasta el punto de dotar de una suerte de presunción de efectos retroactivos a todas sus decisiones, para sostener, como lo aduce la parte actora, que el derecho a la pensión de sobrevivientes nace con la muerte del compañero permanente –por cuanto el mandato de igualdad data de 1991-, pues ello equivaldría a decir que los pronunciamientos jurisdiccionales en torno a la constitucionalidad de las leyes tienen la virtualidad de despojar a las sentencias de sus efectos en el tiempo de forma genérica, de suerte que toda norma declarada inconstitucional se entendería excluida del ordenamiento desde el momento mismo en que tuvo lugar el pacto social, lo cual, por demás, dejaría sin fundamento alguno lo que dispone la Ley Estatutaria de Administración en torno al particular».

20. Que conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, la Corte Constitucional «determinará los efectos que tengan las sentencias que dicte con ocasión del control de constitucionalidad que le ha conferido la propia Carta; y como en este caso nada en concreto dispuso la Alta Corporación en la sentencia C-336 de 2008, debe entonces aplicarse la regla general contenida en el referido artículo 45 de la anunciada ley estatutaria, es decir, los efectos del fallo citado son *ex nunc* o hacia el futuro».

21. Concluyó que, en el asunto *sub judice*, «no cabe liquidar la pensión de sobrevivientes del señor ÁLVARO CASADIEGO, sucedido procesalmente por los señores HAYDÉE CASADIEGO LÓPEZ, ELIZABETH CASADIEGO LÓPEZ, FREDDY CASADIEGO LÓPEZ, CARLOS VLADIMIR CASADIEGO JAIMES y FEIXAR ALEXANDER CASADIEGO JAIMES a partir del fallecimiento del causante, pues este suceso tuvo lugar con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008, y la misma no tiene efectos retroactivos».

2.5. Recurso de apelación⁸.

⁸ Folios 193 a 205.



22. **La parte actora** inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación, por cuanto el caso concreto no solo debe analizarse a la luz de la sentencia C-336 de 2003, sino de la Constitución Política y la jurisprudencia internacional y constitucional, última que constantemente ha avanzado en la reivindicación de los derechos de las parejas homosexuales y en el levantamiento de los obstáculos que les impide acceder a derechos prestacionales.

23. Evidenció que el precedente fijado en la sentencia C-336 de 2003 no puede ser desconocido, por parte de las entidades comprometidas con la prestación del servicio público de la seguridad social en pensiones, incluso en las solicitudes de sustitución pensional radicadas con anterioridad a dicho pronunciamiento judicial.

24. Que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que reconoce *«efectos a las reclamaciones de pensiones de sobrevivientes de personas homosexuales con anterioridad de la ejecutoria de la sentencia C-338 de 2008, guarda una mayor coherencia con respecto a las normas que eran contrarias a los principios y valores de la Constitución de 1991 y devinieron posteriormente en inconstitucionalidades»*.

2.6. Trámite en segunda instancia.

25. El magistrado sustanciador, mediante autos de 27 de octubre de 2015⁹ y 25 de octubre de 2016¹⁰, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante y corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presenten sus respectivos alegatos de conclusión y concepto.

26. En dicha oportunidad se pronunciaron las partes, así:

- **La parte demandante**¹¹ insistió en que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se pronunció en el caso del señor Álvaro Casadiego

⁹ Folio 212.

¹⁰ Folio 218.

¹¹ Folios 223 a 231.



López y encontró que el Estado colombiano violó el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, por ende, debe adelantar un nuevo estudio pensional *«sin discriminación fundamentada en motivos de sexo u orientación sexual»*.

Que el ilícito internacional continuado que estableció, en su caso, el aludido Comité de Derechos Humanos, demanda una plena restitución que implica, por lo menos, no variar la regla general de efectividad de la sustitución pensional. Tal como lo señaló expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.841, Ángel Alberto Duque vs Colombia.

- **Fonprecon**¹² adujo que, en este caso, no *«se debatió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes, por lo que inane resulta el ejercicio pretendido por la recurrente de analizar la línea jurisprudencial de protección a las parejas del mismo sexo en situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008, el verdadero debate jurídico se centra en los efectos en el tiempo»* del referido fallo.

Reiteró que *«resulta errado afirmar que nos encontramos frente al desconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo, ya que no es este el debate, el verdadero núcleo del asunto consiste en determinar los efectos en el tiempo de la referida sentencia de Control de Constitucionalidad»*.

Que como la sentencia C-336 de 2008 *«no estableció tener efectos retroactivos, [...] resulta imposible otorgarle dicho efecto y, en consecuencia, debe seguir la regla de la disposición estatutaria contenida en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y regir hacia futuro, pero con efecto retrospectivo, tal como lo aplica la sentencia T-389 de 2009»*.

III. CONSIDERACIONES

¹² Folios 332 y 335.



3.1 Competencia.

27. Esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia, conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA¹³.

3.2 Problema jurídico.

28. Acorde con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por la apelante. En este sentido, le corresponde a la Sala determinar, si:

29. ¿si el señor Álvaro Casadiego López, en su condición de compañero permanente del señor Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.), tiene derecho a que Fonprecon le reconozca el retroactivo de la sustitución pensional, sin limitación o discriminación fundamentada en motivos de orientación sexual, desde el día siguiente al del fallecimiento del causante (28 de julio de 1993)?

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordará el estudio de los siguientes temas: (i) sustitución pensional en parejas del mismo sexo [desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, panorama colombiano, normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), normas del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**, instrumentos de *soft law* relevantes y normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)], y (ii) caso concreto conforme a las pruebas allegadas al proceso.

3.3 Sustitución pensional en parejas del mismo sexo.

3.3.1 Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional

¹³ «ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA Y CAMBIO DE RADICACIÓN. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]».



30. La Constitución de 1991 impulsó el reconocimiento progresivo de derechos a grupos poblacionales que han sido históricamente discriminados. En este proceso la labor de la Corte Constitucional ha sido trascendental.

31. La lucha por el reconocimiento de las personas lesbianas, *gays*, bisexuales y transgénero no fue una prioridad para la Asamblea Constituyente, en la medida en que (i) dentro de la pluralidad de la que trata la Carta Política no se relacionaba, en principio, la protección de la comunidad LGBT, y (ii) no se concebía dentro de la moralidad social y jurídica otras formas de asumir las cuestiones de género y orientación sexual. De allí que, particularmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sus inicios, estuvo marcada por una visión restrictiva.

32. Ahora bien, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en torno al reconocimiento de los derechos de las personas LGBT en nuestro país, puede dividirse metodológicamente en tres etapas¹⁴, en las que se ocupó de reconocer (i) al inicio, derechos individuales de las personas homosexuales, (ii) luego, desde el año 2007, derechos prestacionales en las parejas del mismo sexo, y (iii) finalmente, lo relativo a la identidad de género de las personas (comunidad trans).

33. En lo atañe a este proceso es preciso considerar la segunda etapa, esto es, la defensa de la vida en pareja de personas del mismo sexo.

34. En este escenario se produjo la sentencia C-075 de 2007 que al revisar nuevamente la Ley 54 de 1990, con la modificación producida por la Ley 979 de 2005, consideró que no hay razones constitucionales que sustenten un régimen que proteja, por medio de las figura de la unión marital de hecho, solo a las parejas heterosexuales y, por esa razón, estableció que los efectos también son para las parejas del mismo sexo que cumplan con los requisitos que indica la ley, máxime cuando *«la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es*

¹⁴ Esta división ha sido construida por la profesora Viviana Bohórquez Monsalve en su clase Sexo, derecho y (no) reproducción de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2018.



contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución».

35. A partir de esta providencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional inició gradualmente un reconocimiento de derechos constitucionales para dichas parejas en ámbitos de la seguridad social en salud y pensiones, el derecho civil y el derecho penal.

36. En cuanto al sistema de seguridad social en pensiones para parejas del mismo sexo, a través del fallo C-336 de 2008, el máximo Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad de algunas expresiones que se refieren a *«la compañera o compañero permanente»* o al *«cónyuge o la compañera o compañero permanente»*, contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en la forma como fueron modificados por la Ley 797 de 2003, *«en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales»*. Lo anterior, con fundamento en el mandato constitucional que prohíbe otorgar tratos discriminatorios (artículo 13 de la C. P.), en armonía con la garantía de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 12 y 16 de la C. P.), en su faceta de la libre opción sexual.

37. La Corte Constitucional (i) señaló que la imposibilidad de una persona de acceder a la pensión de sobrevivientes de la 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»*, y (ii) reiteró que no existen razones objetivas y suficientes para mantener un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes:

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.

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.

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.

38. Luego, reafirmó (i) el precedente establecido en cuanto al acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de las parejas del mismo sexo, en aquellos casos en los que los regímenes especiales no lo consagren expresamente, y (ii) que la Constitución Política de 1991 valora la diversidad y pluralidad dentro de una comprensión de la sociedad que reconoce la realidad homosexual (sentencia T-1241 de 2008).

39. La anterior posición fue reiterada y aplicada, en control concreto de constitucionalidad, entre otras, en las sentencias: T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-151 de 2014, T-327 de 2014 y T-935 de 2014.

40. Dentro de este grupo de decisiones, resulta pertinente destacar el fallo T-051 de 2010, que detectó la burocracia administrativa a la que eran sometidas las personas que querían acceder a la pensión de sobrevivientes de sus parejas



fallecidas del mismo sexo, la cual comporta frecuentemente los siguientes obstáculos: «(i) la aplicación de norma inaplicable; (ii) la exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) la interpretación contraria a la Constitución; (iv) la aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; y (v) la inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad».

41. En esta providencia, la Corte Constitucional dictó un grupo de órdenes con efectos *inter comunis*, es decir, extensivas a todas las personas homosexuales que se encontraran en las mismas o en similares situaciones y pretendieran 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. Y aclaró la interpretación que debía darse a la sentencia C-336 de 2008, en los siguientes términos:

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

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 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.

42. Esa Corporación, en sentencia T-716 de 2011, recalcó que cualquier distinción, *«cobra un nuevo sentido a partir de la actual posición jurisprudencial [...], 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»*.

43. Por último, en relación con la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 en el tiempo, la Corte Constitucional puntualizó que ese pronunciamiento tiene efectos retrospectivos, por cuanto puede modificar situaciones en curso originadas en el pasado¹⁵. Explicó que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no constituía una razón admisible para negarle al miembro superviviente la pensión de sobrevivientes:

La posición según la cual no es posible reconocer la pensión de sobrevivientes al miembro de una pareja homosexual cuyo compañero(a) haya fallecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 confunde los efectos retroactivos y los efectos retrospectivos y, por ello, llega a una conclusión errada respecto de la aplicación de la sentencia de constitucionalidad referida.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-860 de 2011.



La jurisprudencia ha explicado que a los efectos temporales de las sentencias de control de constitucionalidad se aplican los criterios generales que regulan los efectos de las normas en el tiempo. En este orden, se ha sostenido que “la regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional”[37]. Una interpretación sistemática de las normas reseñadas[38] permite concluir que el efecto temporal de sentencias de control, que coincide en lo esencial con los efectos en el tiempo de las proposiciones jurídicas, es (i) la aplicación general (erga omnes), inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, (ii) siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene prima facie la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Esto quiere decir que el efecto práctico de una sentencia de control sobre la norma controlada (inexequibilidad o exequibilidad condicionada) debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento en que se expide la sentencia. Tal como se explicó en la citada T-389 de 2009, este efecto temporal coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen, justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. Por ello, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son ex nunc, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

De conformidad con lo anterior, se entiende que el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única de modificar situaciones de la vida en curso. Por ejemplo si una norma o una sentencia dispone algo en relación con el monto de los salarios en Colombia, ello afecta de manera inmediata y hacia el futuro no sólo a los ciudadanos que a partir de tal disposición inician una relación laboral, sino también a quienes tienen desde antes tal relación. O si el efecto es establecer la edad de dieciséis (16) años para ejercer el derecho al sufragio, a manera de ejemplo también, dicho efecto se extiende no sólo a quienes nazcan después de la providencia hipotética sino también, por supuesto, a quienes tengan dicha edad al momento de la sentencia y hacia el futuro. Esta posibilidad de afectar situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado es lo que se ha denominado efecto retrospectivo, los cuales son bien distintos de los efectos retroactivos cuya prohibición pretende que la sentencia (o la norma) no afecte situaciones jurídicas consolidadas en el pasado.

Así las cosas, si no existe en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008



no constituye una razón admisible para negarle al miembro supérstite la pensión de sobrevivientes.

44. Ahora bien, respecto de los efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad, en la sentencia SU-319 de 2019, la Corte Constitucional, reiteró:

Ahora bien: en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido que la competencia en cabeza de la Corte en lo que atañe a determinar los efectos de sus fallos debe mirarse en clave de su estrecha correspondencia con los efectos en el tiempo de las normas de derecho: los efectos generales, inmediatos, hacia futuro y con retrospectividad (predicable de situaciones jurídicas iniciadas en el pasado pero que se encuentran en curso) coinciden esencialmente con los denominados efectos *ex nunc*, que son, a su vez, los efectos que tienen en principio las sentencias de control abstracto de constitucionalidad al tenor del artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Asimismo, la excepción a la irretroactividad, atribución exclusiva del productor de la norma que se sustrae a la regla general, se patentiza a nivel de los pronunciamientos de la Corte cuando esta –de quien emana la regla de derecho que resulta del control– resuelve expresamente asignarle a sus fallos efectos *ex tunc*.

En efecto, esta comprensión da cuenta de la coherencia a la que debe apuntar el sistema jurídico, toda vez que los criterios generales que regulan los efectos de las normas en el tiempo se proyectan en la modulación que realiza la Corte Constitucional de sus sentencias de control de constitucionalidad, tal como, con absoluta nitidez, lo ha explicado la jurisprudencia de este Tribunal:

“Una interpretación sistemática de las normas reseñadas [artículos 243 C.P. y 45 Ley 270 de 1996] permite concluir que el efecto temporal de las sentencias de control, que coinciden en lo esencial con los efectos en el tiempo de las proposiciones jurídicas, es i) la aplicación general (*erga omnes*), inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, ii) siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene *prima facie* la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Esto quiere decir que el efecto práctico de una sentencia de control sobre la norma controlada (inexequibilidad o exequibilidad condicionada) debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento en que se expide la sentencia. Tal como se explicó en la citada T-389 de 2009, este efecto temporal coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos *ex nunc*. Éstos suponen, justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. Por



ello, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son *ex nunc*, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.”

En suma, si la Corte Constitucional guarda silencio sobre los efectos que le imprime a una determinada decisión de control abstracto, se entenderá que se trata de efectos *ex nunc*, que aparejan una aplicación general, inmediata, hacia futuro y con retrospectividad, a menos, claro, que la propia Corte expresamente consigne que lo resuelto en la providencia tiene efectos *ex tunc*, es decir, que sus efectos se extienden hacia situaciones jurídicas que se materializaron en el pasado al amparo de la norma objeto de control.

45. Los avances descritos (i) son eminentemente jurisprudenciales y ajenos al legislativo, (ii) han posibilitado la habilidad para pensar fuera de la simplicidad y el reduccionismo que genera la lógica binaria¹⁶, y (iii) han permitido avanzar, aunque no del todo, en la eliminación de conceptos limitados y estereotipados, tal como se evidenciará en el acápite que sigue.

3.3.2 Panorama Colombiano

46. En el libro *Familias bajo sospecha*, la batalla por la igualdad de las parejas del mismo sexo en Colombia¹⁷, se identificaron los obstáculos que aún afrontan las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes, así:

- **Paseo burocrático.** La reclamación de la pensión de sobrevivientes para una familia conformada por una pareja del mismo sexo, se expone a trámites que son ajenos a las parejas heterosexuales:

- . Suspensión de la solicitud por la presentación de familiares que desconocen el vínculo familiar establecido por su pariente con una persona del mismo sexo.
- . Concesión de la pensión de sobrevivientes luego de agotar los recursos administrativos: Colpensiones reportó que desde el año 2000 al 2015 ha otorgado 25 pensiones luego de que se presentaran recursos de reposición y 11

¹⁶ Saldivia M., Laura. *Subordinaciones Invertidas. Sobre el derecho a la identidad de género*. Ediciones INGS, 2017, p. 48.

¹⁷ Este documento fue realizado con la ayuda financiera de la Delegación de la Unión Europea en Colombia y la Cooperación Sueca en Colombia. El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación.



adicionales luego de la interposición de recursos de apelación¹⁸. Porvenir por su parte indica que de las 153 solicitudes recibidas, 77 han sido rechazadas por no cumplir con los requisitos¹⁹.

El agotamiento de recursos administrativos y judiciales al que se ven sometidas con regularidad las personas sobrevivientes de parejas del mismo sexo, dilatan en el tiempo el acceso a la pensión de sobrevivientes. En el caso de Porvenir el promedio del tiempo para resolver el rechazo de las 77 solicitudes fue de 9 meses, y como ha dicho la Corte, si bien tiene un carácter inicialmente prestacional, cuando con su negación se involucran derechos como el mínimo vital, el acceso a ésta se torna fundamental.

- **Interpretación discriminatoria.** Persisten interpretaciones que conllevan un trato diferenciado en el caso de parejas del mismo sexo con fundamento en su orientación sexual:

La limitación de los efectos del reconocimiento únicamente a fallecimientos posteriores a la sentencia C-336 de 2008. Encontrándose negaciones como la siguiente:

“La prestación solicitada no se puede reconocer toda vez que el asegurado falleció el 25 de agosto de 2005, fecha anterior a las Sentencias de la Corte, por lo que estas sentencias no tienen efectos retroactivos”.

Al respecto ha dicho la Corte que “No puede negarse un reconocimiento pensional alegando la existencia de una controversia, cuando la misma no está demostrada suficientemente ni fundamentada en las normas vigentes”²⁰.

La restricción de la modalidad probatoria de la unión marital de hecho a la declaración de la convivencia por parte de ambos miembros de la pareja ante notaría.

En el caso de los regímenes especiales como el de los profesores, se han visto prácticas que desconocen el derecho a la pensión de sobrevivientes, amparados en que el pronunciamiento del año 2008 no recayó en la normatividad especial, y por lo tanto consideran que no existe norma que conceda el derecho de sustitución de la pensión de jubilación a parejas del mismo sexo. Desconociendo el principio bajo el cual el régimen especial sólo es aplicable en la medida que sea más favorable a las personas que el régimen general.

- **Desinformación y confusión.** En el caso de las parejas del mismo sexo, hay una tendencia a que familiares desconozcan la relación de pareja que tenía antes de su fallecimiento cuando ésta era con una persona de su mismo sexo.

¹⁸ Respuesta del Ministerio de Trabajo a derecho de petición presentado por la Representante a la Cámara Angélica Lozano, referencia 239874.

¹⁹ Respuesta enviada por Porvenir S.A. al Ministerio de Trabajo con fecha 15 de octubre de 2015.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2014.



Los obstáculos más comunes, en los que se ve la falta de claridad sobre los derechos y deberes de los operadores son:

. Falta de certeza sobre quién es la persona con derecho a ser beneficiario. Decisión que termina en muchos casos obligando al sobreviviente a llevar a cabo trámites judiciales innecesarios.

. Se confunde la declaración del estado civil como soltero con la inexistencia de una unión marital de hecho, desconociendo que la UMH como estado civil es relativamente reciente y que su conformación se da a través del hecho de la convivencia más que de una formalidad.

. Se confunde el conocimiento público de la relación de pareja, con la inexistencia del vínculo familiar. Ejemplo: una resolución que niega la pensión de sobrevivientes por considerar que no existe prueba de la convivencia incluyendo como prueba de ello la siguiente declaración de un conocido del causante: “durante el tiempo que yo conocí a... era una persona muy seria y no creo que fuera homosexual”.

Estos obstáculos evidencian la tendencia a encontrar una situación “confusa” o “compleja” que permita negar o condicionar de alguna manera el acceso de las parejas del mismo sexo a su derecho a la pensión de sobrevivientes.

- **Requisitos adicionales.** Resulta habitual la fijación por parte de los fondos de pensiones, autoridades administrativas y judiciales, el condicionamiento del reconocimiento pensional al cumplimiento de un presupuesto que no está previsto en la legislación. Algunos amparados por las interpretaciones discriminatorias antes mencionadas y otras, producto de la creatividad jurídica:

. La exigencia de un medio probatorio específico para acreditar la relación de pareja, bien sea la presentación de una declaración conjunta de la pareja realizada ante una Notaría, contrato solemne o sentencia judicial, desconociendo la libertad probatoria en esta materia.

“...es obvio que el juzgador *ad quem* no podía dar por demostrada la convivencia permanente entre los señores... a través de cualquier medio probatorio (como, por ejemplo, los testimonios) dado que la única prueba válida y eficaz para acreditarla, según decisión de la Corte Constitucional con efectos de cosa juzgada constitucional, era, como se ha repetido hasta el cansancio, la declaración que hubiera realizado la pareja ante un notario y la que, se reitera, jamás se allegó al proceso, con la fatal consecuencia de que lo perseguido por el señor... no pudiese prosperar como ha debido comprenderlo el Tribunal. (Argumento expuesto en recurso de casación presentado por un fondo de pensiones).

. La orden habitual de ordenar investigaciones administrativas en los casos de parejas del mismo sexo para corroborar la convivencia, investigaciones que suelen tener como resultado que “no existió” o “no se logró establecer la real” convivencia del causante con quien solicita ser reconocido como beneficiario. Informes que llegan a estas conclusiones a partir del conocimiento o no que tenían terceros (familiares, vecinos o conocidos) de la relación pero sin que



necesariamente desvirtúen las pruebas aportadas con la solicitud, imponiendo como requisito que la relación de pareja sea notoria.

“Los entrevistados coinciden en manifestar que el causante vivió con el solicitante durante más de 20 años, pero la mayoría no confirma una unión como pareja, solo manifiestan que la relación se basó en compañerismo, negocios y cuestiones laborales”. (Aparte del informe investigativo en un caso en que fue negada la pensión de sobrevivientes).

. Exigir que la diferencia de edad entre el causante y quien le sobrevive se encuentre dentro de determinados rangos, considerados como normales por quien atiende la solicitud de pensión de sobrevivientes.

En el caso de una pareja de hombres con una diferencia de edad de más de 20 años, la autoridad administrativa sin realizar valoración alguna de las pruebas aportadas por el sobreviviente, ordenó investigación administrativa por considerar que la “diferencia de edad resulta poco normal”.

. Exigir que las declaraciones extrajudiciales presentadas por el o la sobreviviente contengan las fechas de inicio y fin de la convivencia entre el causante y el solicitante de la pensión. Requisito ajeno al presupuesto legal que sólo señala la necesidad de acreditar los últimos años de convivencia de acuerdo con el régimen aplicable.

47. En el aludido libro también se indicó que el *«prejuicio social se encarga de hacer entender a las parejas del mismo sexo que: no son iguales al resto de la población, que hay algo equivocado en su ser/sentir/hacer, y que su orientación sexual es un tema desconocido y en suma problemático. Este discurso toma asidero en las personas funcionarias o servidoras públicas y ratifica una jerarquización negativa en la garantía de derechos, consolidando ciudadanías de primera y segunda categoría»*.

48. Lo expuesto, pone de manifiesto que el Estado colombiano no ha adoptado las medidas necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación en casos como el que convoca a la Sala, en la medida que ha sido especialmente permisivo con las administradoras de los fondos de pensiones (públicas y privadas), lo cual viola el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención Americana.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas



legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

3.3.3 Normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

49. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968 y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976. Así las cosas, el Pacto es de obligatorio cumplimiento en el derecho interno.

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

51. Concretamente, los órganos de las Naciones Unidas han insistido que es ilegal hacer cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexual o transgénero (LGBT), como lo es también por motivo del color de la piel, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra condición. Esta posición ha sido reiterada en las decisiones y orientaciones generales emitidas por distintos comités de las Naciones Unidas (de Derechos Humanos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los Derechos del Niño, contra la Tortura y para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).



52. La Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas documentó una amplia gama de violaciones de los derechos humanos cometidas contra las personas por motivos de su orientación sexual y su identidad de género, entre ellas, «*la ausencia de reconocimiento jurídico de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo*»²¹.

3.3.3.1 Interpretación de las disposiciones atrás referenciadas por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

53. **Con ocasión al caso Nicholas Toonen vs. Australia en 1992 (488/1992)**, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció que la expresión «*sexo*» contenida en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también protege a las personas de actos de discriminación cuyo origen sea la inclinación sexual:

8.7 El Estado parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse "otra condición social" a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al "sexo", que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual.

54. **Luego, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el caso Edward Young vs Australia, Comunicación No. 941/2000 de 18 de septiembre de 2003**, en relación con la distinción entre compañeros del mismo sexo, para efecto de acceder a la pensión, precisó:

10.4. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. De los artículos impugnados de la VEA se deduce que las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja

²¹ Normas Internacionales de Derechos Humanos y orientación sexual e identidad de género. <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intrenational-Human-Rights-Factsheet-Esp.pdf>



heterosexual que cohabita (que pueden demostrar que tienen una relación "de tipo matrimonial") se ajustan a la definición de "miembro de una pareja" y por tanto de "persona a cargo", a los efectos de recibir prestaciones de pensión. En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. **El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual** (negrita fuera del texto).

3.3.3.2 Decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso del señor Álvaro Casadiego López.

55. En este punto, resulta pertinente mostrar que el demandante acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, porque sufrió, por parte del Estado colombiano, discriminación por razones de su orientación sexual, en la medida en que la legislación interna es excluyente, lo que le ha (i) evitado, pese a todos los recursos y acciones intentados (administrativos, tutelas, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, etc..), acceder a la sustitución pensional de su pareja permanente del mismo sexo, y (ii) puesto en riesgo su subsistencia y calidad de vida. Sobre el particular, señaló:

El autor alega [entre otros] violación del artículo 17, párrafo 1, pues considera que el Estado Parte ha ejercido una injerencia negativa, descalificando su preferencia sexual, haciendo con ello que le fuera negado el derecho fundamental a una pensión que garantizaría su subsistencia. En cuanto a la violación alegada del artículo 17, párrafo 2, sostiene que en los fallos de las autoridades judiciales su vida privada tuvo más peso que los requisitos legales para disfrutar la pensión. Los jueces se negaron a conceder la tutela o el amparo tendiendo como única razón el hecho de ser homosexual.

En cuanto a la violación del artículo 26, el autor afirma que el Estado Parte, a través de la decisión del Fondo de Prestaciones y posteriormente con las múltiples acciones judiciales tuvo la oportunidad de evitar la discriminación basada en el



sexo y orientación sexual pero no lo hizo. Alega que es deber del Estado solucionar la situación de desventaja de sus habitantes, pero en su caso por el contrario, el Estado las ha agravado haciéndole más vulnerable frente a las difíciles situaciones que vive el país.

56. El Estado colombiano adujo que el actor *«agotó los recursos internos»* y busca *«acudir al Comité como una cuarta instancia»*, vía que no tiene prosperidad, por cuanto *«las decisiones de orden interno fueron apegadas al derecho y no se desconocieron las garantías judiciales consagradas en el Pacto»*.

57. **El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el Dictamen Comunicación 1361/2005²²**, (i) identificó el caso del accionante como X para proteger su identidad y la de su compañero permanente fallecido, (ii) estableció que el Estado Colombiano violó el artículo 26 del Pacto y tiene las obligaciones *«de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro»*, de brindar, en un plazo de 90 días, informe sobre sus avances y de hacer pública esta decisión, y (iii) señaló que el demandante tiene *«tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual»* Sobre el particular, señaló el Comité:

El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la Ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivan. El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales.

²² La fecha de aprobación de la decisión es 30 de marzo de 2007.



El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden dichas prestaciones es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual.

[...]

El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del parágrafo 4º del artículo 5º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por parte de Colombia del artículo 26 del Pacto.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del parágrafo 3º del artículo 2º del Pacto, el Comité llega a la conclusión de que el autor, como víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual. El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro.

Teniendo presente que por ser Parte en el Protocolo Facultativo el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado Parte que haga público el dictamen del Comité.

3.3.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

58. Colombia ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 29 de octubre de 1969. Este instrumento en relación con el tema que convoca a la Sala, señala:

Artículo 2. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra



Radicado: 25000 23 42 000 2012 00038 02

Número interno: 3759-2015

Demandante: Álvaro Casadiego López

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

59. El 2 de julio de 2009, la Observación General 20 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto del artículo transcrito, precisa:

32. En "*cualquier otra condición social*", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. **Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad** (negrita fuera del texto).

60. Ahora, en lo que respecta a la seguridad social, prevé:

Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

3.3.5 Otros pronunciamientos relevantes para la protección de la orientación sexual e identidad de género y el acceso a las pensiones:

- El Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2011. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41:

En el Informe de 2011, en la Sección de Discriminación en el Empleo, consideró el Alto Comisionado en su informe que: "52. En 54 Estados hay leyes por las que se prohíbe la discriminación en el empleo por razón de la orientación sexual. En ausencia de esas leyes, los empleadores pueden despedir o negarse a contratar o promover a personas simplemente porque se crea que son homosexuales o trans. Es posible que se denieguen a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans las prestaciones que les corresponden a los empleados heterosexuales —desde la licencia parental o familiar hasta la participación en los planes de pensiones y de seguro médico. **En X c. Colombia y Young c. Australia, el Comité de Derechos Humanos determinó que la no concesión de prestaciones del régimen de pensiones a una pareja de hecho homosexual, cuando esas prestaciones sí se concedían a las parejas heterosexuales *more uxorio*, era una violación de los derechos garantizados por el Pacto** (resaltado fuera del texto).



61. En este punto, resulta pertinente evidenciar que el caso **X c. Colombia** a que se alude en la transcripción, corresponde al del demandante en este asunto, como ya se vio en los acápites que anteceden.

- Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos²³ de 2015. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. A/HRC/29/23.

67. Si bien el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha exhortado a los Estados a posibilitar el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En abril de 2015, 34 Estados ofrecían a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio o de establecer una unión civil, con muchas de las prestaciones y los derechos del matrimonio. **Si un Estado ofrece prestaciones como el derecho a una pensión o los derechos de herencia a las parejas heterosexuales que no se han casado, las mismas prestaciones deben estar a disposición de las parejas homosexuales que no se han casado** (destacado fuera del texto).

3.3.6 Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

62. Colombia ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 28 mayo de 1973, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano; instrumento que en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, prevé:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...].

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

²³

Disponble en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/088/45/PDF/G1508845.pdf?OpenElement>

⁸³⁵



Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

63. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación (i) es inseparable de la dignidad esencial de la persona y (ii) en el marco del derecho internacional, ha ingresado en el dominio del *ius cogens* por lo que sobre éste permea todo el ordenamiento jurídico²⁴.

64. También ha establecido un estándar de protección sobre tres premisas: (i) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵, (ii) no es necesario que exista un consenso sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales para protegerlas, y (iii) basta con constatar que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta la orientación sexual de la persona para establecer que esa identificación de la orientación sexual viola el principio de igualdad²⁶.

65. Estándar que se desarrolló a partir de los deberes y derechos consagrados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones que se vulneran cuando la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación en relación con las categorías protegidas²⁷.

66. La organización no gubernamental Colombia Diversa evidenció en un cuadro las posturas genéricas que podría asumir la normativa interna de un país

²⁴ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, “Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 79. Caso Duque vs Colombia. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 91. Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae.

²⁵ Cfr. En la sentencia del Caso Atala Riffo y niñas vs Chile la Corte IDH señaló que la orientación sexual estaba protegida por el artículo 1 dentro de la categoría o cualquier otra condición social. Párr. 83-93. Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae.

²⁶ Contreras, Andrés y Lemaitre, Julieta, «La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia». Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae.

²⁷ Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae: Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana, Sección de Derechos Patrimoniales (elaborado por Beldys Hernández Albarracín). 6 de Febrero de 2017.



Radicado: 25000 23 42 000 2012 00038 02

Número interno: 3759-2015

Demandante: Álvaro Casadiego López

y si estas tendrían efectos discriminatorios en las parejas del mismo sexo²⁸, así:

Posibilidades de normatividad	Regulaciones excluyentes		Regulación igualitaria
Criterios de discriminación	Omisión legislativa sobre los derechos de protección de las parejas del mismo sexo	Figuras jurídicas diferenciadas para los derechos de protección de parejas del mismo sexo y parejas de diferente sexo	Igual normatividad para los derechos de protección de parejas independientemente del sexo de sus integrantes
Diferencia de trato	Diferencia de hecho	Diferencia jurídica	No hay diferencia
Se basa en una categoría protegida	Si, la orientación sexual	Si, la orientación sexual	No
Reviste un carácter discriminatorio	La omisión legislativa por inadvertencia o por un abierto propósito discriminatorio, a priori no evidencia una razón con base en la cual se justifique la diferencia de trato	El principio de igualdad, indica que todas las formas de familia y orientaciones sexuales deben recibir el mismo trato, sin que ninguna sea privilegiada o exaltada por encima de la otra ²⁹ . Por lo que resulta cuestionable que los derechos de las parejas del mismo sexo deban ser ejercidos o protegidos recurriendo a una figura diferente de la aplicable a las parejas de diferente sexo y que, según la inclusión legislativa, podrían tener efectos jurídicos diferentes ³⁰ .	No
	En este tipo de regulaciones es recurrente que se aluda como finalidad de la diferenciación la protección de una forma particular de familia ³¹ , no		

²⁸ Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae: Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana, Sección de Derechos Patrimoniales (elaborado por Beldys Hernández Albarracín). 6 de Febrero de 2017.

²⁹ La Corte Constitucional colombiana en sentencia SU-214 de 2016 en relación con la creación de contratos diferentes al matrimonio para parejas del mismo sexo señaló: “Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales”.

³⁰ Esta forma de regulación lleva implícita también una discriminación simbólica que señala a las parejas del mismo sexo como imitadoras del derecho de las parejas heteroafectivas que si lo tienen. Partiendo de la necesidad de perpetuar la diferenciación del “otro” y no, de promover la igualdad.

³¹ Véase. Corte IDH. Sentencia caso Atala Riffo y niñas vs Chile, en la que se señala que para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la existencia probada o no de una posibilidad. Párr.119



Radicado: 25000 23 42 000 2012 00038 02

Número interno: 3759-2015

Demandante: Álvaro Casadiego López

	obstante ante la Corte IDH ni en tribunales nacionales como el colombiano se ha demostrado el vínculo causal entre la diferenciación y la protección, por el contrario se ha establecido que favorecen situaciones discriminatorias ³²³³ .	
--	---	--

67. Con este cuadro, la organización no gubernamental Colombia Diversa mostró las dificultades que se presentan en las regulaciones excluyentes en relación con el principio de igualdad y no discriminación y concluyó, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que *«excluir a las parejas del mismo sexo del disfrute de los derechos de protección derivados de su vínculo afectivo en razón del ejercicio de la orientación sexual es una forma de discriminación proscrita por los artículos 1 y 24 de la CADH; porque las preferencias sexuales de una persona no pueden constituir un obstáculo para acceder a los derechos de protección, pues ello implicaría calificar de ilegítima su opción de vida con la consecuente sanción de la expulsión del ordenamiento jurídico o la inferioridad»*³⁴.

68. Finalmente, resulta oportuno enfatizar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados Parte deben (i) abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación jurídica o de hecho, (ii) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, y (iii) brindar una especial protección en cuanto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias.

³² Véase. Corte IDH. Sentencia caso Duque vs Colombia, Corte Constitucional colombiana. Sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-029 de 2009, C-283 de 2011, SU-214 de 2016, entre otras, así como TEDH sentencia del caso Schalk y Kopf vs. Austria (No. 30141/04) fue dictada por una Sala del TDH el 24 de junio de 2010 y adquirió carácter definitivo el 22 de noviembre de 2010, con arreglo al art. 44.2 del Convenio (texto establecido por el Protocolo N° 11), y México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015. 1a./J.43/2015, entre otros.

³³ Otros razones que se exponen para justificar la diferencia entre las parejas del mismo sexo, es la imposibilidad jurídica que existe en algunos países de casarse y la imposibilidad biológica de engendrar entre la pareja. Motivaciones que en el caso de las parejas de diferente sexo no son un requisito para acceder a los derechos de protección derivados de su vínculo afectivo.

³⁴ Colombia Diversa, documento preparatorio-Amicus Curiae: Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana, Sección de Derechos Patrimoniales (elaborado por Beldys Hernández Albarracín). 6 de Febrero de 2017.



3.3.6.1 Interpretación de las anteriores normas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

69. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003**, reconoció el carácter de *ius cogens* de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna:

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

70. Luego, **en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**³⁵, sancionó, por primera vez, hechos de discriminación con fundamento en la orientación sexual. El caso decidió la responsabilidad del Estado de Chile en relación con distintas circunstancias de discriminación que tuvieron lugar con ocasión al proceso de custodia que inició el padre de las hijas de la señora Riffo, al considerar que

³⁵ Sentencia de 24 de febrero de 2012.



generaría un daño en las menores el convivir con su madre y su pareja del mismo sexo.

71. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (i) determinó que en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica se desconoció el derecho de la peticionaria a no ser discriminada, pues sustentaron sus decisiones en las siguientes consideraciones basadas en su orientación sexual: (a) la discriminación social de las niñas, (b) la confusión de roles, (c) la prevalencia de intereses personales sobre los deberes maternos, y (d) el derecho a una familia normal y tradicional, y (ii) reafirmó que las categorías de no discriminación contenidas en el artículo 1.1 de la CADH no son taxativas y que la obligación estatal de no discriminar es parte del *ius cogens*.

72. Luego de recurrir a una interpretación evolutiva, a los criterios establecidos en el artículo 29 de la CADH y al principio *pro homine*, concluyó que la orientación sexual y la identidad de género se incluían en la categoría de condición social:

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

73. De igual manera, sentó de forma contundente que *«la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual»*



3.3.6.3 Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso relevante contra Colombia

74. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **12.841, Ángel Alberto Duque vs Colombia**³⁶, concluyó que este *«Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del [antes nombrado] toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna»*.

75. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto que Colombia ha avanzado para superar el ilícito internacional que comportaba tener normas que impedían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, a través de sentencias de la Corte Constitucional (C-336 de 2008 y T-051 de 2010), también lo es que, este nuevo panorama, no da certeza de que la administración, en este caso, Colfondos S.A. cubra en su integralidad las mesadas que dejó de recibir el señor Ángel Alberto Duque desde el año 2002 o, en otras palabras, el retroactivo desde *«el momento en que éste fue objeto del trato diferente»*.

En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que el Estado había violado el principio de igualdad y no discriminación por dos motivos: a) por la existencia de normas, a saber el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 (supra párrs. 73 y 74), que impedían al señor Duque acceder a la pensión de sobrevivencia sin discriminación al establecer que únicamente pueden ser considerados como compañeros permanentes, o que pueden conformar las uniones maritales de hecho, las personas de sexo diferente, y b) por la actuación de las autoridades administrativas y judiciales que excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia (supra párrs. 70, 78 y 79).

[...]

La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas

³⁶ Sentencia de 26 de febrero de 2016.



que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.

[...]

En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad.

En lo que respecta al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social.

[...]

El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas.

[...]

En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (supra párr. 79).

[...]



Con respecto a lo anterior, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el mismo Estado, no existe plena certeza en cuanto al hecho de que ese sería el criterio que seguiría la aseguradora, por lo cual, aun asumiendo que a partir del año 2010, el señor Duque se encontraba en condiciones de presentar una solicitud de pensión de sobrevivencia ante COLFONDOS en condiciones de igualdad con respecto a un cónyuge supérstite de una pareja heterosexual como lo afirma el Estado, no es posible saber plenamente si ese recurso sería efectivo para restituir al señor Duque, en caso de ser aprobada, la integralidad de las pensiones dejadas de percibir desde el año 2002, debido a la discriminación de la cual fue objeto.

De ese modo, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el Estado, el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual se habrían modificado las reglas para acreditar la condición de uniones de hecho (supra párr.82). Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.

76. Con fundamento en lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó varias medidas, entre ellas, una de restitución según la cual *«el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002»*.

77. Todo expuesto, tiene una fuerte injerencia en el ámbito constitucional colombiano, desde el texto político de 1991, que dio lugar a que el ordenamiento jurídico incorporara el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno. En efecto, a partir del artículo 93 Superior, que



funciona como una cláusula de remisión, se ha permitido la configuración del concepto de bloque de constitucionalidad.

78. De allí que, particularmente, la Corte Constitucional ha podido (i) vincular a su jurisprudencia no solo normas de instrumentos internacionales ratificados por Colombia, sino también pronunciamientos de órganos internacionales autorizados, así como otros instrumentos considerados *soft law*, con el fin de determinar el contenido y alcance de derechos *ius* fundamentales, y (ii) dar cabida a posturas que, como ya se vio, propenden por avanzar en materia de protección de parejas del mismo sexo, pese a la omisión legislativa que existe y ha arraigado en la práctica discriminación, conceptos estereotipados y favorecimiento a una forma particular de familia (heterosexual).

3.4 Caso concreto.

79. De conformidad con el análisis normativo y jurisprudencial realizado en los párrafos que preceden, en el caso del señor Álvaro Casadiego López se encuentra acreditado lo siguiente:

- (i) Mediante Resolución 710 de 27 de agosto de 1992, Fonprecon reconoció al señor Luciano Villada Castaño, en su condición de Secretario General de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, una pensión de jubilación condicionada al retiro efectivo del servicio³⁷.
- (ii) Según registro de defunción indicativo serial 1405843, el señor Luciano Villada Castaño falleció el 27 de julio de 1993³⁸.
- (iii) El señor Álvaro Casadiego López, en calidad de compañero permanente del señor Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.), solicitó de Fonprecon el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el 16 de septiembre de 1994³⁹.

³⁷ Folios 18 a 20, c. anexo.

³⁸ Folio 32, c. anexo.

³⁹ Folio 23, c. anexo.



- (iv) Por Resolución 198 de 19 de abril de 1995, Fonprecon negó la sustitución pensional solicitada por el señor Álvaro Casadiego López, por cuanto la Constitución Política *«señala que “la familia se constituye por la decisión libre de un hombre y una mujer”, sin que quepa dentro de esta un vínculo entre personas con identidad de sexo»*⁴⁰.
- (v) A través de la Resolución 569 de 27 de junio de 1995, Fonprecon confirmó el acto administrativo anterior, porque mal haría en reconocer una prestación que no está *«debidamente plasmada o contemplada en el ordenamiento jurídico que regula la materia»*⁴¹.
- (vi) Por medio de sentencia de 12 de junio de 1998, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C desestimó la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el señor Álvaro Casadiego López, y denegó las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 198 y 569 de 1995 y restablecimiento del derecho⁴².
- (vii) Mediante fallo de 19 de julio de 2000, la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, mediante sentencia de 19 de julio de 2010, confirmó la decisión del Tribunal atrás referenciada⁴³.
- (viii) El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Dictamen Comunicación 1361/2005, (a) identificó el caso del demandante como X para proteger su identidad y la de su compañero permanente fallecido, (b) estableció que el Estado Colombiano violó el artículo 26 del Pacto y tiene las obligaciones *«de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro»*, de brindar, en un plazo de 90 días, informe sobre sus avances y de hacer pública la decisión, y (c) señaló que el actor tiene *«tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual»*⁴⁴.

⁴⁰ Folios 72 a 74, c. anexo.

⁴¹ Folios 83 a 86, c. anexo.

⁴² Folios 150 a 163, c. anexo.

⁴³ Folios 144 a 149, c. anexo.

⁴⁴ Folios 219 a 226, c. anexo.



- (ix) En relación con las medidas que hay que adoptar para atender el anterior Dictamen, el Superintendente Delegado para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias (E) le indica a Fonprecon que no le corresponde pronunciarse sobre el particular, máxime si en las disposiciones que integran el Sistema General de Pensiones *«no se encuentra previsto que el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes o sustituciones pensionales para parejas del mismo sexo, por lo que, en nuestro criterio se requeriría de una modificación legal para que tal disposición sea considerada y aplicada por los distintos operadores»*⁴⁵.
- (x) Mediante oficio DG. 200-4261 de 25 de julio de 2007, Fonprecon le informa al actor que para atender lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (a) remitió copia del dictamen al Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social, al Ministerio de la Protección Social-Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones, a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República y a la Superintendencia Financiera para que, dentro de sus competencias, ayuden a adoptar la decisión que en derecho corresponda, y (b) examinará nuevamente la petición de sustitución pensional reclamada⁴⁶.
- (xi) Por oficio 1213-2153-07 de 22 de agosto de 2007, los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público conceptuaron que no existe discriminación en el caso del demandante⁴⁷.

Es del caso indicar que en nuestro concepto, y así lo ha establecido el máximo organismo judicial de nuestro país, es decir la Honorable Corte Constitucional, el hecho que la legislación Colombiana no contemple la posibilidad de la sustitución pensional o pensión de sobrevivencia para las parejas de homosexuales, no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, pues esta pensión surgió como una protección a la familia que ante el fallecimiento de la persona que proveía los recursos necesarios para su sostenimiento quedaba desamparada, entendiéndose por familia de conformidad al artículo 42 de la Constitución, lo siguiente:

⁴⁵ Comunicación de 16 de julio de 2007. Folio 235, cuaderno anexo.

⁴⁶ Folios 236 a 237, cuaderno anexo.

⁴⁷ Folios 238 a 242, cuaderno anexo.



ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

[...]

Ante tal situación, al iniciarse la presente legislatura sabemos que nuevamente se presentaron en el Congreso de la República del orden de 3 proyectos de Ley, entre ellos, el No. 005 de 2007 de Cámara, presentado por el Representante Venus Albeiro Silva Gómez “Por el cual se dictan medidas relativas a la protección de las parejas del mismo sexo”, los cuales seguramente se acumularán para su tránsito por el Congreso y, en caso de ser adoptados como ley de la República, permitirán que los compañeros o compañeras permanentes del mismo sexo, puedan acceder a la pensión de sobrevivencia ante el fallecimiento de su pareja, claro está, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos exigidos por la Ley, con lo cual se está acogiendo la recomendación dada por el Comité de Derechos Humanos, en el presente dictamen al artículo 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles, Sociales y Políticos.

- (xii) A través del oficio DDH.GOI-No. 43542/2337-011236 de 27 de agosto de 2007, el Ministerio de Relaciones Exteriores le informó a Fonprecon que *«en reunión de Grupo Técnico Interinstitucional del pasado 1º de agosto del año en curso, se presentó a consideración del Comité de Ministros resolución de Ley 288 de 1996 con concepto favorable al cumplimiento del dictamen. A pesar de encontrarse actualmente en trámite para firmas, se recibió en esta Dirección, con fecha de 22 de agosto, concepto por parte de la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de Protección Social y de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, concepto desfavorable al cumplimiento de la decisión de la decisión del Comité de Derechos Humanos»*⁴⁸.
- (xiii) El 13 de abril de 2009, el señor Álvaro Casadiego López solicitó de Fonprecon que atienda el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y cese la vulneración del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, máxime cuando en sus

⁴⁸ Folios 243 a 244, cuaderno anexo.



dependencias están todos documentos necesarios y requeridos *«a la época del fallecimiento del pensionado (fecha en la cual se causó el derecho)»* para efecto de garantizar el derecho a la igualdad y, por ende, reconocer sin discriminación alguna el derecho a la sustitución pensional⁴⁹.

- (xiv) Por oficio DG.200-03980 de 5 de mayo de 2009, Fonprecon le contestó al accionante que (i) su solicitud le incumbe al Ministerio de Relaciones Exteriores, (ii) el dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas *«no ordenó la reparación del derecho vulnerado, sino que dispuso que se le garantice un recurso efectivo, examinando nuevamente su solicitud, pero sin tener en cuenta para ello discriminación alguna por razón de orientación sexual»*, y (iii) *«de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 288 de 1996, la competencia para el cumplimiento de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se encuentra en el Comité regulado por dicha norma»*⁵⁰.
- (xv) Por oficio DD GOI No. 23208/1168 de 5 de mayo de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a Fonprecon la solicitud del demandante consistente en determinar la forma como se reparará el derecho vulnerado, por cuanto *«no es el ente competente para responder por las tareas que le corresponde cumplir al Fondo de Previsión Social del Congreso [...], en virtud del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo»*⁵¹.
- (xvi) A través del oficio DDH GOI No. 22816/1142 de 5 de mayo de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores le informó al accionante que (a) no puede interpretar *«las decisiones proferidas por órganos cuasi jurisdiccionales de derechos humanos»*, (b) como agotó todas las acciones judiciales posibles, no puede *«otorgar un recurso efectivo que pueda remover la cosa juzgada»*, (c) las sentencias de la Corte Constitucional C-521 de 2007 y C-336 de 2008 producen efectos hacia el futuro, y (d) no es la entidad llamada a *«a interlocutar con los órganos internacionales de derechos humanos»*⁵².

⁴⁹ Folios 245 a 248, cuaderno anexo.

⁵⁰ Folios 249 a 251, cuaderno anexo.

⁵¹ Folios 253 y 254, cuaderno anexo.

⁵² Folios 255 a 258, cuaderno anexo.



(xvii) El señor Álvaro Casadiego López presentó una acción de tutela contra el Presidente de la República y Fonprecon para que se reconozca la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho desde el 27 de julio de 1993, sin discriminación alguna, tal como lo ordenó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵³.

(xviii) El señor Álvaro Casadiego López, en calidad de compañero permanente del señor Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.), solicitó, una vez más, de Fonprecon el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el 15 de febrero de 2011⁵⁴, ya que *«desde el año 2005, [...] el Comité de Derechos Humanos de la ONU ordenó la revisión del caso de pensión, [y] ustedes no lo han hecho»*.

A la fecha ustedes no han revisado nuevamente la solicitud de pensión, siendo la entidad competente para ello y pese a tener copia del dictamen, conocimiento de lo sucedido y haber transcurrido más de 6 años del fallo internacional.

Desde el año de 1994 se evidenció la vulneración al peticionario de su derecho a la igualdad contenida en el Pacto Internacional en comento y al día de hoy, 17 años después, no se ha realizado ni nueva revisión de su reclamación, ni tomado medidas preventivas, es decir, siguen las transgresiones a sus derechos Fundamentales.

(xix) A través de la Resolución 498 de 18 de abril de 2011, Fonprecon sustituyó *«la pensión de jubilación que percibía el señor LUCIANO VILLADA CASTAÑO (q. e. p. d.) [...], a favor del señor ÁLVARO CASADIEGO LÓPEZ [...], en calidad de compañero permanente del causante, a partir del 13 de junio de 2008»*, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia C-336 de 2008⁵⁵:

Que en ese orden de ideas; la sustitución pensional será reconocida al señor ÁLVARO CASADIEGO LÓPEZ a partir de la ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, esto es, desde el 13 de junio de 2008, día siguiente al vencimiento del término señalado en el Auto 163/08 proferido por la Corte Constitucional que al

⁵³ Folios 270 a 298, cuaderno anexo.

⁵⁴ Folio 341, c. anexo.

⁵⁵ Folios 417 a 421, c. anexo.



Radicado: 25000 23 42 000 2012 00038 02

Número interno: 3759-2015

Demandante: Álvaro Casadiego López

estudiar y negar la solicitud de aclaración de dicha providencia, expuso que tal solicitud fue presentada dentro del término de su ejecutoria “es decir los días 10, 11 y 12 de junio de 2008”.

- (xx) Por Resolución 770 de 17 de junio de 2011, Fonprecon confirmó el acto administrativo anterior, porque *«el derecho a la sustitución pensional en favor del recurrente es a partir del 13 de junio de 2008, fecha a partir de la cual surte efectos la decisión tomada por la Corte Constitucional»*⁵⁶:
- (xxi) Vía Resolución 1149 de 12 de octubre de 2011, Fonprecon reconoció al señor Álvaro Casadiego López el retroactivo *«pensional por el período comprendido entre el 13 de junio de 2008 y el 30 de junio de 2011»*⁵⁷:
- (xxii) Conforme al registro de defunción indicativo serial 07446669, el señor Álvaro Casadiego López falleció el 19 de enero de 2013⁵⁸. En el proceso, mediante auto de 13 de marzo de 2014, se admitió como sucesores procesales a los señores Haydée María, Elizabeth y Freddy Casadiego López, y Carlos Vladimir y Freixar Alexander Casadiego Jaimes.

80. Pese a que Colombia ratificó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que desarrollan garantías de igualdad y no discriminación, para la época en que el señor Luciano Villada Castaño falleció (27 de julio de 1993) y el señor Álvaro Casadiego López solicitó de Fonprecon el reconocimiento de la sustitución pensional del antes nombrado, en su condición de compañero permanente del mismo sexo (16 de septiembre de 1994), en la legislación interna, para efectos prestacionales, solo se protegía a las personas que se encontraban dentro del supuesto fáctico de familia previsto en el artículo 42 de la Constitución Política, que hasta el año 2011, solo incluía a las parejas heterosexuales. De allí que, en materia de seguridad social, existía una total exclusión de las parejas del mismo sexo, lo que comporta una discriminación formal (normativa) y material (actuaciones administrativas y judiciales).

⁵⁶ Folios 440 a 443, c. anexo.

⁵⁷ Folios 461 a 463, c. anexo.

⁵⁸ Folio 105.



81. En efecto, se entendía que la familia se constituía *«por la decisión libre de un hombre y una mujer»* (artículo 42 de la Constitución Política) y el compañero o la compañera permanente de la de la persona fallecida es *«un hombre [o] una mujer, que sin estar casados, [hicieron] una comunidad de vida permanente y singular»* (artículo 1º de la Ley 54 de 1990⁵⁹).

82. Estas nociones, sumadas a prejuicios existentes para la época en relación con las parejas conformadas por personas del mismo sexo y la jurisprudencia constitucional que, hasta el año 2007, legitimaba y encontraba aceptable su no protección en materia de seguridad social⁶⁰, obstaculizaron, a todo nivel, que el señor Álvaro Casadiego López accediera a la sustitución pensional que reclamaba. Lo anterior, se evidencia en que recurrió, infructuosamente, a todos los recursos administrativos y acciones judiciales posibles para intentar revertir o dejar sin efectos los actos de Fonprecon que le negaron su derecho (Resoluciones 198 de 19 de abril y 569 de 27 de junio de 1995).

83. El panorama expuesto llevó al demandante a acudir al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶¹, órgano de expertos que determinó que el Estado colombiano, en su caso, violó el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos al impedirle acceder a la sustitución pensional a la que tenía derecho, debido a su sexo u orientación sexual. Por esta razón, el Comité señaló que el Estado debía *«adoptar medidas para impedir que se cometan [transgresiones] análogas del Pacto en el futuro»*, máxime cuando los justificantes normativos y jurisprudenciales que reseñó el país, no cumplían con

⁵⁹ *«por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes».*

⁶⁰ En sentencias T-999, T-1426 y T-618 de 2000, la Corte Constitucional estableció que (i) la protección integral de la familia no incluye a las parejas homosexuales, de conformidad con el artículo 42 Superior, a pesar de que se reconoce la libre opción sexual como válida en el ordenamiento jurídico colombiano, y (ii) el derecho a la seguridad social no es susceptible de ser reclamado como un derecho fundamental per se, pues este tan solo cobra dicha relevancia cuando su afectación se encuentra en conexidad con un derecho fundamental como lo es la vida.

⁶¹ Órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



los requisitos de razonabilidad y objetividad para apoyar la distinción entre las parejas heterosexuales y homosexuales.

84. Por lo anterior, el Comité dispuso que el país debía (i) brindar al actor un recurso efectivo, incluso volver a examinar su solicitud de sustitución pensional «*sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual*», (ii) dar cuenta de sus avances, en un plazo de 90 días, y (iii) hacer pública su decisión.

85. En este punto, no se pudo soslayar que, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios de igualdad y no discriminación previstos, entre otros, en los artículos 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumplidos por el Estado colombiano en este caso, pertenecen al *ius cogens*⁶², por lo que son una prioridad y un valor esencial para toda comunidad internacional y nacional, por cuanto protegen intereses fundamentales.

86. Pese a lo esbozado, el Estado colombiano, escudado en que se requeriría un cambio normativo y jurisprudencial para dar paso a que las parejas del mismo sexo accedan a la sustitución pensional, hizo caso omiso a sus compromisos internacionales y a la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, lo que perpetró la discriminación reprochada y revictimizó al actor, quien quedó inmerso, nuevamente, en un paseo burocrático sin resultado alguno.

87. Solo hasta que, por iniciativa de la sociedad civil, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-336 de 2008, dio paso a la protección formal del derecho de las parejas del mismo sexo a acceder en igualdad de condiciones a la sustitución pensional, el accionante obtuvo de Fonprecon un reconocimiento prestacional que no cubría en su totalidad las mesadas dejadas de recibir (Resoluciones 498 de 18 de abril y 770 de 17 de junio de 2011). Lo último, bajo el entendido limitado de que su derecho nació con el aludido pronunciamiento

⁶² Orden normativo superior que no puede ser derogado, salvo por otra disposición del mismo rango.



judicial y no con (i) los tratados y convenios internacionales integrados a la legislación interna y (ii) los preceptos del estado social de derecho colombiano⁶³, que, para el tema que ocupa la atención de la Sala, desarrollan derechos y principios que forman parte del *ius cogens*.

88. En este punto, resulta pertinente mostrar que, pese a la protección formal que se consiguió con la sentencia C-336 de 2008, en la práctica las parejas del mismo sexo continuaron afrontando obstáculos que la misma Corte Constitucional logró identificar⁶⁴ y buscó aminorar con varias órdenes en la sentencia T-051 de 2010. Situación que, como se vislumbró en el acápite panorama colombiano, no ha mejorado y hace evidente que el Estado colombiano no ha tomado las acciones necesarias para evitar vulneraciones análogas a las sufridas por el demandante, tal como lo solicitó, en su caso, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Dictamen Comunicación 1361/2005.

89. Lo anterior, explica porqué la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso análogo al del actor (Ángel Alberto Duque vs Colombia), a pesar de evidenciar los avances que ha tenido el país con miras a superar el ilícito internacional que comportaba tener normas y jurisprudencia excluyentes, que impedían la sustitución pensional de parejas del mismo sexo (sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010), concluyó que el «*Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento*», en la medida en que aún no están dadas las condiciones para garantizar que la víctima recibiría en su integridad lo que le corresponde, esto es, el retroactivo desde «*el momento en que éste fue objeto del trato diferente*». Por lo anterior, ordenó, como medida de restitución, que «*en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los*

⁶³ «ARTICULO 1º de la Constitución Política. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria [...], **fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general**» (negrita fuera del texto).

⁶⁴ «(i) la aplicación de norma inaplicable; (ii) la exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) la interpretación contraria a la Constitución; (iv) la aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; y (v) la inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad».



pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana».

90. Así las cosas, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos era claro que, pese a los avances conseguidos, en la práctica de las autoridades administrativas y judiciales aún subsisten conceptos limitados y estereotipados en relación con la orientación o identidad sexual de algunas minorías que permean sus decisiones, lo cual continúa reproduciendo la discriminación que se reprocha y busca erradicar.

91. Ahora bien, para la Corte Interamericana *«toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente»⁶⁵*. Compensación que requiere *«siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, [...] cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados»⁶⁶*.

92. Sobre el particular, el numeral 1º del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que cuando se *«decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos [...], la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada»*.

⁶⁵ Ver Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 25. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 227.

⁶⁶ Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 61; Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 39; Caso Cantoral Benavides – reparaciones, párr. 41; Caso Durand y Ugarte – reparaciones, párr. 25; Caso Barrios Altos – reparaciones, párr. 25; Caso Velásquez Rodríguez – indemnización compensatoria, párr. 25.



93. Por otra parte, el derecho internacional consuetudinario en lo que atañe a la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, formulado en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional y anexoado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001, contiene normas muy claras y orientadoras sobre la materia.

94. De acuerdo con dichas normas, el hecho internacionalmente ilícito del Estado (i) «*genera su responsabilidad internacional*» [artículo 1º], (ii) se configura por «*el comportamiento de todo órgano [...], ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole*» [artículo 2º], cuando este transgrede una obligación internacional, (iii) tiene un carácter permanente cuando «*se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene [para la nación] su falta de conformidad con la obligación internacional*» [artículo 14], (v) no puede justificar su incumplimiento con la invocación de «*disposiciones del derecho interno*» [artículo 31], y (vi) genera deberes para el para el país responsable de: (a) «*cumplir la obligación violada*» [artículo 29], (b) «*ponerle fin si ese hecho continúa*» [artículo 30], (c) «*ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen*» [artículo 30], y (d) «*reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito*» [artículo 31].

95. Si se traen las previsiones referenciadas al caso concreto, se encuentra que el señor Álvaro Casadiego López fue víctima de un ilícito internacional de carácter continuo que fue evidenciado y declarado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en el Dictamen Comunicación 1361/2005, el cual se perpetró porque la administración, en 1995, negó la sustitución pensional con fundamento en una medida discriminatoria y, luego, desatendió la decisión de ese órgano de expertos, con la excusa de que el ordenamiento interno no le permitía actuar de otra manera y, finalmente, cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional avanzó en la protección formal del derecho de las parejas del mismo sexo, limitó injustificadamente el reconocimiento prestacional, por cuanto el retroactivo de la sustitución pensional no se hizo efectivo desde el



momento en que correspondía, esto es, desde cuando surgió el trato desigual y discriminatorio.

96. Para la Sala es claro que, como aún no ha cesado el ilícito internacional en el caso del demandante, lo que corresponde en esta instancia es ponerle fin, ordenando las medidas necesarias para asegurar su extinción, así como (i) la reparación integral de los daños que afrontó la víctima como consecuencia de la desigualdad y discriminación de que fue sujeto y (ii) las garantías de que los procedimientos descritos no se repetirán.

97. Este fallo pretende así, no sólo asegurar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de la obligación de no discriminación, a la luz de las normas antes señaladas del derecho internacional de los derechos humanos, sino, también, realizar materialmente el principio constitucional de igualdad en atención a su rol dentro del ordenamiento jurídico de nuestro estado social de derecho y a su naturaleza imperativa (*jus cogens*) en el ámbito internacional. Todo lo anterior permitirá además, cesar integralmente el hecho internacionalmente ilícito causado por el Estado colombiano respecto del señor Álvaro Casadiego López, a través del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional.

98. Ahora bien, para reparar adecuadamente al antes nombrado por el ilícito internacional de carácter continuado de que fue sujeto, como mínimo, hay que reconocerle el retroactivo de la sustitución pensional desde el día siguiente en que falleció su compañero permanente (28 de julio de 1993) hasta el 12 de junio de 2008, pues, a partir de dicha fecha, Fonprecon hizo efectiva la aludida prestación (Resolución 1149 de 12 de octubre de 2011), bajo el entendido errado de que el derecho nació con la ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, lo cual, como ya se vio, a la luz de los compromisos internacionales adquiridos y los preceptos del estado social de derecho colombiano, reproduce el trato desigual y discriminatorio.

99. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que



negó pretensiones para, en su lugar, declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 498 de 18 de abril y Resolución 770 de 17 de junio de 2011, a través de las cuales se le reconoció al señor Álvaro Casadiego López la sustitución pensional a que tenía derecho a partir del 13 de junio de 2008 (fecha de ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008), para, en su lugar, ordenar que la efectividad de dicha prestación sea desde el día siguiente al del fallecimiento de su compañero Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.) [28 de julio de 1993] con los ajustes correspondientes, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso análogo (Ángel Alberto Duque vs Colombia). Para ello, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, en los términos del artículo 187 del CPACA, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

100. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debieron efectuarse cada uno de los pagos.

101. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y el trámite del pago de la condena conforme al artículo 195 *ibidem*.

102. Finalmente, en este caso no se pudo soslayar que el actor (i) fue pionero en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, (ii) afrontó todos los obstáculos administrativos y judiciales posibles en la consecución de su derecho prestacional, los cuales aún persisten, (iii) acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de expertos que evidenció, en



su caso, la violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso la revisión de su caso sin discriminación alguna, e instó al Estado colombiano a «adoptar medidas para impedir que se cometan [transgresiones] análogas», todo lo cual fue soslayado, (iv) fue revictimizado con la omisión descrita en el numeral que antecede y con la sustitución pensional que finalmente se le reconoció de forma limitada, después de más de 16 años de insistencia y perseverancia, (vi) ha sido referenciado internacionalmente (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), y (vii) finalmente, murió sin lograr la plena satisfacción de la prerrogativa económica que le asistía.

103. Lo expuesto, hace imperioso adoptar medidas de reparación no pecuniarias que contribuyan de algún modo a (i) superar algunos obstáculos que afrontó en vida el accionante, y (ii) materializar, en debida forma, lo que dispuso el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Dictamen Comunicación 1361/2005.

- La realización, en cabeza del Director de Fonprecon de un acto público de aceptación de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria del señor Álvaro Casadiego López, donde se exalte el rol preponderante que tuvo en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, con la presencia de sus familiares. Lo anterior, siempre que los últimos así lo convengan.
- La construcción, por parte de la entidad demandada, de un instructivo que (i) identifique los obstáculos que aún afrontan las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes, (ii) adopte medidas para conjurarlos, (iii) incluya las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado y que desarrollan garantías de igualdad y no discriminación, (iv) oriente y sirva de capacitación obligatoria a los servidores encargados de verificar la procedencia o no de los reconocimientos prestacionales, y (v) de muestra de que lo acontecido en este caso no volverá a repetirse.
- Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada su difusión y publicación por medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo.
- La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de



esto, se remitirá copia auténtica de esta sentencia (i) a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías-Asofondos con la finalidad de que sea replicada y sirva para corregir prácticas que aún menoscaban derechos con fundamento en la orientación sexual de las personas, (ii) a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que sea utilizada como material de formación de servidores judiciales, y (iii) al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas, en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales, la pongan en conocimiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

104. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

105. Así las cosas, con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones para, en su lugar, acceder a ellas y ordenar medidas de reparación integral.

3.5 Condena en costas.

106. De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección⁶⁷ y en atención al criterio objetivo valorativo de causación de costas procesales, previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, numeral 4°, aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, habrá condena en costas de ambas instancias a cargo de la parte vencida, por cuanto la sentencia de segunda instancia revocó totalmente la del inferior. Líquidense por Secretaría del Tribunal.

⁶⁷ Se puede ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).



107. En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 5 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A que negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Álvaro Casadiego López contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon). En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones 498 de 18 de abril y Resolución 770 de 17 de junio de 2011, proferidas por Foprecon, por medio las cuales se sustituyó la pensión de jubilación que percibía el señor Luciano Villada Castaño (q. e. p. d.), a favor del señor Álvaro Casadiego López (q. e. p. d.), en calidad de compañero permanente del causante, a partir del 13 de junio de 2008, fecha de ejecutoriada la sentencia C-336 de 2008.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a Fonprecon reconocer a la sucesión señor Álvaro Casadiego López el retroactivo de la sustitución pensional desde el 28 de julio de 1993, día siguiente del fallecimiento de su compañero permanente, hasta el 12 de junio de 2008, según lo expresado en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDENAR a Fonprecon cumplir con las siguientes órdenes de reparación no pecuniarias:

- La realización, en cabeza del Director de Fonprecon de un acto público de aceptación de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria del señor Álvaro Casadiego López, donde se exalte el rol preponderante que tuvo en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, con la presencia de sus familiares. Lo anterior, siempre que los últimos así lo convengan.
- La construcción, por parte de la entidad demandada, de un instructivo que (i) identifique los obstáculos que aún afrontan las parejas del



mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes, (ii) adopte medidas para conjurarlos, (iii) incluya las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado y que desarrollan garantías de igualdad y no discriminación, (iv) oriente y sirva de capacitación obligatoria a los servidores encargados de verificar la procedencia o no de los reconocimientos prestacionales, y (v) de muestra de que lo acontecido en este caso no volverá a repetirse.

- Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada su difusión y publicación por medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo.
- La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, se remitirá copia auténtica de esta sentencia (i) a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías-Asofondos con la finalidad de que sea replicada y sirva para corregir prácticas que aún menoscaban derechos con fundamento en la orientación sexual de las personas, (ii) a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que sea utilizada como material de formación de servidores judiciales, y (iii) al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas, en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales, la pongan en conocimiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS (de ambas instancias) a la entidad demandada. Liquidense por Secretaría del Tribunal.

SEXTO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMA/».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



Radicado: 25000 23 42 000 2012 00038 02

Número interno: 3759-2015

Demandante: Álvaro Casadiego López

Firmado electrónicamente

CON IMPEDIMENTO ACEPTADO

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Con impedido

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.