

**CASO ÁNGEL ALBERTO DUQUE C. COLOMBIA
ALEGATOS FINALES ESCRITOS**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
I. OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL PRESENTE CASO	3
II. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE	12
A. LA FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PENSIONAL AL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE.	12
1. Observaciones finales sobre la procedencia de la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos referida a los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Duque.	13
2. Los recursos a disposición de la presunta víctima resultan adecuados y efectivos. Por tanto, su falta de agotamiento, conduce a la inadmisión del presente caso.....	23
B. LA CESACIÓN DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL Y LA REPARACIÓN A LA PRESUNTA VÍCTIMA	77
C. NO EXISTIÓ UN HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL INDEPENDIENTE POR EL HECHO DE LOS JUECES QUE NEGARON EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA LAS ACCIONES DE TUTELA AL SEÑOR DUQUE....	83
III. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL ACCESO A LA SALUD DEL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE	85
A. El Estado colombiano ha cumplido con sus obligaciones internacionales en relación con el deber de garantía relacionado con el derecho a la salud, en particular con respecto a la atención del VIH.....	86
1. El marco jurídico vigente garantiza que se provean todos los medicamentos, tratamientos y servicios necesarios, para la atención de las personas que viven con VIH.....	89
2. El tratamiento del VIH no requiere de erogaciones adicionales a la afiliación al régimen de Seguridad Social en Salud.....	91
3. El ordenamiento colombiano garantiza que el tratamiento médico para los pacientes de VIH debe ser brindado de manera continua	92
4. Conclusiones	94
B. La parte petente no ha acreditado en el procedimiento internacional daño alguno a la vida o integridad del señor Duque, atribuible al Estado.....	95
C. Si es que hubo una afectación a la salud del señor Duque por su condición, la parte petente no agotó los recursos adecuados y efectivos que le proveía el ordenamiento interno para resolver la situación.	99

IV. OBSERVACIONES SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 11 (DERECHO A LA HONRA Y DIGNIDAD) Y 17 (DERECHO A LA FAMILIA) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	101
A. El marco jurídico interamericano frente a la interrelación de los derechos a la familia y a la vida privada.....	101
B. Las decisiones del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos en situaciones similares	104
1. Young vs. Australia.....	105
2. X vs. Colombia.....	105
C. El tratamiento dado por la Corte Constitucional colombiana al asunto bajo examen	106
D. Conclusiones	108
V. OBSERVACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE REPARACIONES REALIZADA POR LA REPRESENTACIÓN DE LA PRESUNTA VÍCTIMA.	109
A. Consideraciones en relación con el peritaje rendido por el doctor Fernando Ruiz (lucro cesante).	110
VI. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LOS HONORABLES JUECES DE LA CORTE IDH.....	111
VII. PETITORIO	115
A. EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES PREVIAS	115
B. EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN PRELIMINAR.....	116
C. EN RELACIÓN CON LOS ALEGATOS DE FONDO	116
D. EN RELACIÓN CON LAS PRUEBAS	116
E. EN RELACIÓN CON LAS REPARACIONES	117

INTRODUCCIÓN

En virtud del artículo 56 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),¹ y según lo estipulado por el Honorable Presidente de la Corte en Resolución del día 2 de julio de 2015, el Estado colombiano se permite presentar sus alegatos finales escritos en el marco del caso de Ángel Alberto Duque c. Colombia. En este documento, el Estado presenta sus argumentos finales frente al caso, con especial énfasis en aquello que fue aducido con posterioridad a la contestación. En este sentido, se hace particular referencia a los alegatos y declaraciones suscitadas en el marco de la audiencia pública de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, las preguntas de los H.Jueces y los *affidavits*.

En consecuencia, el presente escrito se desarrolla de la siguiente manera, atendiendo a los elementos antes mencionados: **I.)** Observaciones preliminares sobre el principio de subsidiariedad en el caso; **II.)** Cuestiones relacionadas con la sustitución pensional del señor Ángel Alberto Duque; **III.)** Cuestiones relacionadas con el acceso a la salud del señor Ángel Alberto Duque; **IV.)** Observaciones sobre la presunta violación de los artículos 11 (Derecho a la Honra y dignidad) y 17 (Derecho a la familia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; **V.)** Observaciones sobre la solicitud de reparaciones realizada por la representación de las presuntas víctimas; **VI.)** Respuesta a la pregunta formulada por el Honorable Juez Eduardo Ferrer McGregor, y; **VII.)** Petitorio.

Cabe resaltar, que en el documento se dará respuesta a las preguntas formuladas por los jueces de la Corte IDH al desarrollar los alegatos del Estado. Sin embargo, en el último acápite, el Estado dará respuesta a una de las preguntas puntuales realizadas que no es tratada en los demás argumentos escritos.

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL PRESENTE CASO

El Estado ha venido sosteniendo a lo largo del trámite internacional que el principio de subsidiariedad resulta esencial para la resolución del presente caso. Como lo señaló el Estado en la audiencia pública realizada el 25 de agosto del presente año, el presente caso exige un análisis del principio de subsidiariedad, como principio estructural del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que afecta no sólo la admisibilidad sino, subsidiariamente el fondo del asunto. Y el principio entendido de manera no estática, sino dinámica; un principio de subsidiariedad que reconoce que deben tomarse en cuenta los avances de los Estados en la creación de mecanismos que protejan los derechos humanos.

Una interpretación estática del principio llevaría a la consecuencia grave de eliminar la naturaleza, el fundamento de la subsidiariedad, que es justamente darle la oportunidad al Estado de reparar la violación. De adoptar esta postura de interpretación estática, la

¹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del procedimiento final escrito. Artículo 56. Alegatos finales escritos 1. Las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante tendrán la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Presidencia.

posibilidad de corregir las situaciones se limitaría hasta el momento en que una víctima interponga la petición ante la Comisión Interamericana para tener efectos en el Sistema Interamericano, lo cual desnaturaliza por completo el principio.

En el marco de dicha audiencia, el H. Juez Vio Grossi preguntó al Estado porqué se refería siempre al principio de subsidiariedad y no al carácter “coadyuvante o complementario” al que hace expresa referencia el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, el Estado se permite plantear algunos asuntos preliminares en relación con el principio de subsidiariedad², que complementan las observaciones del Estado en su contestación al escrito de sometimiento del caso y al ESAP y sus alegatos en audiencia pública. En este sentido, en primer lugar, el Estado se referirá a los conceptos de subsidiariedad, coadyuvancia y complementariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina internacional para mostrar que (i) no existe un consenso internacional sobre el contenido de estos tres principios; (ii) la jurisprudencia de la H.Corte los ha utilizado siempre como intercambiables; (iii) en todo caso, el contenido material propuesto por el Estado frente a estos principios se adecúa al contenido material reiterado que le ha dado la jurisprudencia de la H.Corte. En segundo lugar, el Estado presentará algunas observaciones finales sobre porqué estos principios resultan esenciales para la resolución del presente caso y sobre la necesidad de que sean interpretados de manera dinámica y no estática, como lo pretenden la H.Comisión y los representantes de la presunta víctima.

La H.Corte de manera reiterada, con fundamento en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, ha afirmado que “la jurisdicción internacional tiene carácter *subsidiario, coadyuvante y complementario*”⁴ (Itálicas fuera del texto original). En el mismo sentido, ha señalado que:

“Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En este caso, la Corte analiza la conformidad de los actos estatales en el marco de las obligaciones consagradas en el artículo 27 de la Convención, en relación con las otras disposiciones de la Convención objeto de la controversia”⁵
(Subrayas fuera del texto original)

² Varios de los conceptos aquí propuestos han sido extraídos de Acosta, Juana Inés y Espitia, Cindy Vanessa “¿Es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos subsidiario o complementario? Working paper.

³ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr 16.

⁴ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, Párrafo 228; Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 38.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador; Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 47.

El agotamiento de los recursos internos, como defensa disponible para el Estado, ha sido también encuadrado de manera reiterada por la H.Corte como desarrollo del “carácter subsidiario, coadyuvante y complementario” de la supervisión de la Corte Interamericana⁶. Estos mismos principios han justificado la jurisprudencia relacionada con la prohibición para la H.Corte de ejercer funciones de tribunal de “cuarta instancia”⁷.

Como se puede observar, de la jurisprudencia reiterada de la H.Corte, los conceptos de subsidiario, complementario y coadyuvante, han sido utilizados siempre como intercambiables, y su contenido y finalidad siempre ha sido la misma, sin que el Tribunal haya establecido una diferencia entre los principios.

Algunos jueces de la H.Corte, en sus votos razonados y concurrentes, se han referido a la “subsidiariedad de la jurisdicción internacional, la cual se refiere específicamente a los *mecanismos* de protección”⁸. Asimismo, la doctrina especializada en Sistema Interamericano se ha referido de manera expresa al carácter subsidiario de la protección de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁹ y aunque algunos autores distinguen los conceptos de subsidiariedad y complementariedad, no parece existir un consenso entre las diferencias¹⁰. En especial, aun cuando algunos autores han interpretado el principio de subsidiariedad como un principio más laxo que el de complementariedad, en el sentido que con la subsidiariedad se da un margen para que los órganos internacionales no sólo complementen sino que sustituyan las jurisdicciones nacionales, lo cierto es que,

⁶ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 21; Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 42.

⁷ Corte IDH. Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 38; Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 16. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 5 de julio de 2011. Párr. 18.

⁸ Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade y M. Pacheco Gómez. Caso de las Palmeras vs. Colombia.

⁹ Ver, por ejemplo, Hitters, Juan Carlos. (2015). Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos) Estudios constitucionales, 13(1), 123-162. Recuperado en 04 de septiembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005&lng=es&tlng=es.

10.4067/S0718-52002015000100005. Págs. 129 – 129 y 154; Martínez Estay, José Ignacio. (2014). Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación: Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. Estudios constitucionales, 12(1), 365-396. Recuperado en 04 de septiembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009&lng=es&tlng=es.

10.4067/S0718-52002014000100009. Pág. 384.; Díaz, Álvaro Paúl. (2014). La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos. Revista de derecho (Valparaíso), (43), 609-639. Recuperado en 04 de septiembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200017&lng=es&tlng=es.

10.4067/S0718-68512014000200017. Pág. 625, 628, 633 y 636.

¹⁰ Ver diferencias en la interpretación en las siguientes obras: Hernández Ríos, Alexander. (2007) Naturaleza procesal del amparo: ¿autonomía o subsidiariedad? Gaceta Judicial 1 de Junio de 2007. Recuperado en 04 de septiembre de 2015, de <http://do.vlex.com/vid/naturaleza-amparo-autonomia-360764094>; Mingarro, Luis Martí; Flórez, Fernando Carrillo; Franco, Alejandro Venegas. Iberoamérica y la Corte Penal Internacional: debates, reflexiones y preguntas. Universidad del Rosario, 2006; RYCHLAK, Ronald J.; CZARNETZKY, John M. International Criminal Court and the Question of Subsidiarity, The. Third World Legal Stud., 2000, p. 115; Schabas, William A. Synergy or fragmentation? International criminal law and the European Convention on Human Rights. Journal of International Criminal Justice, 2011, vol. 9, no 3, p. 609-632; Turner, Jenia Iontcheva. Transnational networks and international criminal justice. Michigan Law Review, 2007, p. 985-1032.

como se mostrará a continuación, el contenido material que se ha dado al principio por parte de los órganos del Sistema Interamericano ha coincidido siempre con el contenido del principio de complementariedad, es decir, exige que los Estados siempre tengan primero la oportunidad de reparar las violaciones en el nivel interno.

Así, en cuanto al contenido de los principios de subsidiariedad, complementariedad y coadyuvancia, la H.Corte ha definido también el contenido material o la finalidad que subyace a estos principios, así:

“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”¹¹ (Subrayas fuera del texto original)

Y ha agregado que “El referido carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa”¹².

El Juez Ferrer Mac-Gregor, al referirse a la relación del control de convencionalidad y el principio de subsidiariedad ha señalado también que:

“6. En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de “cuarta instancia”, es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el “control de convencionalidad” en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los

¹¹ Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, Párrafo 142. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 66.

¹² Corte IDH. Tarazona Arrieta y otros vs. Perú. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Excepción Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr 137.

tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana. Al respecto, la Corte IDH reitera que si bien la protección internacional resulta “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia), lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno”

(...)

9. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el “principio de subsidiariedad” antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el “que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

(...)

24. El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen

para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”¹³ (Subrayas fuera del texto original).

En últimas, como lo señaló el Estado en su contestación al escrito de sometimiento del caso y al ESAP, el Estado es el mejor situado y llamado a garantizar los derechos de las víctimas, aun cuando existan recursos que aún estén pendientes de ser resueltos¹⁴. Ahora bien, el Estado es consciente de la discusión que ha tenido lugar en el seno de la H.Corte, respecto del momento adecuado en que la presunta víctima debe demostrar que se han agotado los recursos internos. En particular, el H. Juez Vio Grossi ha defendido en diversos votos disidentes que los recursos deben ser agotados antes de presentarse la petición ante la H. Comisión Interamericana. En dichos votos, el H. Juez ha rescatado el especial valor del principio de complementariedad “como pieza esencial de todo el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (...)”¹⁵ (Subrayas fuera del texto original) y ha manifestado que “la regla del previo agotamiento de los recursos internos es igualmente expresión de la vigencia de la soberanía del Estado y de la necesidad de darle a éste la oportunidad preferente de operar en lo atinente a las presuntas violaciones de los derechos humanos. Y ello adquiere mayor relevancia en la época actual, en que todos los Estados partes de la Convención se rigen por el régimen de Estado Democrático de Derecho, es decir, adhieren a la democracia”¹⁶ (Subrayas fuera del texto original).

En el reciente caso Wong Ho Wing c. Perú, el H. Juez Vio Grossi en su voto disidente señaló que:

“Ahora bien que se siga esa u otra tesis, lo cierto es que, en la práctica, la aludida regla pretende, en definitiva, que se le proporcione al Estado la posibilidad de disponer cuanto antes la efectiva vigencia y respeto de los derechos humanos violados, que es el objeto y fin de la Convención y, por ende, lo que en definitiva interesa que ocurra lo más pronto posible, haciendo innecesaria la intervención de la jurisdicción interamericana.

Esto es, ella importa que, en aquellas situaciones en que ya se ha alegado en el respectivo ámbito de la jurisdicción interna que el Estado no ha cumplido con los compromisos que contrajo en cuanto a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es posible reclamar la intervención de la instancia jurisdiccional internacional y no antes, para que, si procede, le ordene cumplir con las obligaciones internacionales que ha violado, dé garantía de que no volverá a violarlas y repare todas las consecuencias de tales violaciones.

La señalada regla sería, asimismo, por lo tanto, un mecanismo para incentivar al Estado para que cumpla sus obligaciones en materia de derechos humanos sin esperar que el sistema interamericano le ordene, luego de un proceso, lo mismo. Su efecto útil es, entonces, que el Estado restablezca lo antes posible el

¹³ Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

¹⁴ Contestación del Estado al sometimiento del caso y al ESAP. Pág. 15.

¹⁵ Voto individual disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹⁶ *Ibíd.*

respeto de los derechos humanos y, por tal motivo, se podría sostener que dicha regla **está establecida también y principalmente en beneficio de la víctima de la violación de derechos humanos**¹⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

El Estado coincide con la importancia del principio de subsidiariedad y complementariedad en la época actual, y con la concepción que indica que se le debe dar la oportunidad preferente a los Estados se operar y reparar las violaciones. También coincide en que este principio no solo está concebido a favor del Estado sino también a favor de las víctimas. Quizás sea oportuno aclarar que el presente caso difiere de la discusión que hasta ahora se ha dado en el seno de la H.Corte en relación con el momento oportuno para agotar los recursos internos, dado que lo que se discute en el asunto que hoy ocupa la atención de la H.Corte es la existencia de un *recurso adecuado y efectivo sobreviniente*, que surgió en el Estado antes de adoptarse el Informe de Admisibilidad por parte de la H.Comisión. Como bien lo afirma el Juez Vio Grossi en su voto disidente, estas son dos discusiones separadas¹⁸. Sin embargo, el caso sí permite asociar los fundamentos –en los cuales no parece haber discusión entre los H. Jueces – del principio de complementariedad; esto es, el hecho de que se debe dar la oportunidad al Estado de solucionar por las vías internas las violaciones a los derechos humanos que hayan ocurrido en su jurisdicción. Cuando se trata de asuntos que han exigido una interpretación evolutiva tanto en el nivel internacional como en el nivel nacional, estos principios deberían cobrar mayor relevancia y es justamente el caso que nos ocupa.

De hecho, en este caso la posición del Estado resulta del todo compatible con la posición que ha adoptado la H.Corte, en el sentido de que el agotamiento de los recursos internos debe verificarse al momento del análisis sobre la admisibilidad del caso. En efecto, el recurso adecuado y efectivo en este caso surgió, como se detallará más adelante, antes de proferirse el Informe de Admisibilidad en el asunto. La discusión sobre si la H.Comisión conocía o no la existencia de este recurso se hace irrelevante frente al hecho de que los representantes de la presunta víctima sí conocían de la existencia del recurso¹⁹ y no lo agotaron, por el solo hecho de que su caso se encontraba en trámite ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, era labor de la H.Comisión verificar el agotamiento de recursos al momento de adoptar el Informe, en particular por el largo periodo de tiempo transcurrido desde que se había aportado la última información a la H.Comisión respecto del caso.

De hecho, en el reciente caso Wong Ho Wing c. Perú, la H.Corte afirmó que:

¹⁷ Voto disidente el Juez Vio Grossi. Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

¹⁸ Voto Juez Vio Grossi. Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Pág. 18.

¹⁹ En este punto debe considerarse que, el doctor Germán Humberto Rincón, quién se desempeña como representante de la presunta víctima, se ha destacado en Colombia por su participación en los procesos relacionados con los derechos patrimoniales de la parejas del mismo sexo. En consecuencia, siempre ha estado informado sobre la evolución del ordenamiento, respecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de estas uniones.

“La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. No obstante, no afecta el carácter subsidiario del sistema interamericano el hecho que el análisis del cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición. **Por el contrario, de estar pendiente algún recurso interno, el Estado tiene la oportunidad de solucionar la situación alegada durante la etapa de admisibilidad**”²⁰ (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Es decir, la propia Corte reconoce que su jurisprudencia debe ser de doble vía. Se puede permitir que la presunta víctima agote recursos hasta que se haya proferido el informe de admisibilidad, pero en la misma vía el Estado puede solucionar la situación hasta ese mismo momento procesal²¹. Aunque el Estado sigue considerando que son dos discusiones separadas y que el voto disidente del Juez Vio Grossi no iría en contra de esta segunda vía para el Estado, lo cierto es que el asunto que hoy ocupa la H.Corte tiene exactamente la característica expuesta por el Tribunal en el reciente caso Wong Ho Wing.

Por todo lo anterior, el Estado le solicita respetuosamente a la H.Corte que valore que la naturaleza esencialmente coadyuvante o complementaria de los órganos del Sistema Interamericano exige que el Estado tenga la oportunidad de dar acceso a recursos adecuados y efectivos frente a las violaciones a los derechos, y que lo haga incluso después que las peticiones se hayan presentado ante el Sistema Interamericano. Esta interpretación dinámica reconoce la soberanía de los Estados, la buena fe con la que estos actúan para reparar las violaciones y el dinamismo propio de los Estados democráticos, especialmente frente a cuestiones que han exigido interpretaciones evolutivas por parte de la comunidad nacional e internacional.

En todo caso, no sería la primera vez que los tribunales de derechos humanos reconocerían la existencia de recursos sobrevinientes con efectos concretos en los asuntos que conocen, como se profundizará en las observaciones finales a las excepciones preliminares. Como un anticipo de dichos planteamientos, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Grzincic v. Slovenia*, al reiterar su posición en varios otros casos señaló que:

“100. It is true that at the time when the applicant first brought his complaint to the Court, he did not have any effective remedies available in Slovenian law in respect of the length of the pending proceedings in issue (see *Belinger*, cited above, and *Lukenda*, cited above).

101. However, the Court considers that there are several elements which favour an exception from this general rule in the instant case.

²⁰ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Párr. 27.

²¹ Esto, sin perjuicio de que el Estado sigue considerando que debería tener oportunidad de reparar la violación hasta etapas muy posteriores del procedimiento. Estas manifestaciones tampoco implican que el Estado está tomando postura en la discusión en relación con el momento adecuado para agotar los recursos internos ante el Sistema Interamericano.

102. The Court reiterates its findings in the Lukenda judgment that the average length of judicial proceedings in Slovenia reveals a systemic problem that has resulted from inadequate legislation and inefficiency in the administration of justice. By virtue of that judgment, the Slovenian State was bound to provide mechanisms for the effective redress of violations of Convention rights, through both appropriate legal measures and administrative practices (see Lukenda, cited above, §§ 93 and 95). That judgment was followed in 2006 by approximately 200 judgments against Slovenia concerning allegations of an excessive length of proceedings before domestic courts.

103. The purpose of the remedies introduced by the 2006 Act as a response to the Lukenda judgment is precisely to enable the Slovenian authorities to redress breaches of the “reasonable time” requirement at domestic level. That is valid not only for applications lodged after the date on which the 2006 Act became operational, but also for those concerning domestic proceedings pending at first and second instance which were already on the Court's list of cases by that date.

105. Moreover, the Court has already decided on several occasions, when Contracting Parties have adopted legislative measures in order to comply with the “reasonable time” requirement under Article 6 § 1 of the Convention, that applicants should exhaust such remedies notwithstanding the fact that their applications had been lodged with the Court prior to the enactment of the legislation in question.

106. Thus, the Court has held that applicants in cases against Italy which concern the length of proceedings should have recourse to the remedy introduced by the “Pinto Act” (see, for example, Giacometti and Others v. Italy (dec.), no. 34939/97, ECHR 2001-XII, or Brusco, cited above). A similar decision was taken in respect of cases brought against Croatia, Slovakia and Poland following legislative changes (see Nogolica v. Croatia (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII; Andrášik and Others v. Slovakia (dec.), nos. 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 and 68563/01, ECHR 2002-IX; and Michalak v. Poland (dec.), no. 24549/03, 1 March 2005). The Court considers that the position as regards the present application is similar in substance to the above-mentioned cases” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En este sentido, la Corte Europea resaltó que las presuntas víctimas deben agotar los recursos que hayan surgido en el Estado incluso con posterioridad a haberse presentado la petición ante el Sistema Europeo, en especial cuando estos recursos responden a violaciones generalizadas a ciertos derechos. Es justamente el caso que nos ocupa. Colombia respondió a una situación general de discriminación a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, creando por esta vía los recursos adecuados y efectivos que debieron ser agotados por la presunta víctima, con independencia de que el caso ya se encontrara en etapa de admisibilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Así, el agotamiento de recursos internos sobrevinientes, en opinión del Estado, tiene un efecto indudable sobre la admisibilidad del caso. Sin embargo, como lo señaló el Estado en audiencia pública, sin duda el principio de subsidiariedad también tiene efectos sobre el fondo del caso, cuando no ha tenido efectos en la admisibilidad, lo cual ha sido también aceptado por la jurisprudencia de la H.Corte Interamericana y se profundizará en las observaciones finales respecto de la cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto.

II. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL DEL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE

En este acápite, el Estado presentará sus argumentos finales referidos a la falta de agotamiento por parte del señor Ángel Duque de los recursos administrativo y judicial que le ofrece el ordenamiento interno para resolver su situación, luego que la jurisprudencia constitucional hubiera establecido una solución adecuada y efectiva para la obtención de la pensión de sobreviviente que reclama ante el Sistema Interamericano de Protección.

Adicionalmente, Colombia esgrimirá sus alegatos finales sobre la cesación del hecho ilícito internacional derivado de las normas que no permitía la sustitución pensional de las parejas del mismo sexo. En consecuencia se demostrara que, en virtud del principio de subsidiariedad, la Corte IDH no podría declarar la responsabilidad internacional del Estado por una situación que ya fue solucionada a nivel interno.

A. LA FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PENSIONAL AL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE.

A continuación se expondrán los alegatos finales del Estado relativos a la configuración de la excepción previa de falta de agotamientos internos, frente a los hechos referidos al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que relama el señor Duque.

En este sentido, se presentarán los argumentos definitivos que permitirán a la H.Corte concluir con toda claridad que la excepción en cuestión fue alegada por el Estado colombiano de manera oportuna, conforme a la evolución del ordenamiento jurídico colombiano en la protección de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo y a los requerimientos de información adicional realizados por la H. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A su vez, el Estado reiterará los elementos fácticos y jurídicos que acreditan que la presunta víctima cuenta con la posibilidad de realizar la reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS, de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 y el precedente de tutela vigente. De la misma forma, conforme a las pruebas practicadas durante la audiencia pública del presente caso y los demás elementos que obran en el expediente internacional, se insistirá en que para ello debe acreditar los mismos requisitos que se exigen a las parejas heterosexuales.

Adicionalmente el Estado ratificara que en el marco del presente trámite se encuentra probado que, en el hipotético caso en que el requerimiento administrativo del señor Duque sea despachado de manera desfavorable sin justificación, se encuentra facultado para interponer una acción de tutela para que se amparen sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada.

En este punto, Colombia resalta que no existen elementos que permitan inferir de manera razonable que la solicitud que debe realizar la presunta víctima ante CONLONDOS, será despachada desfavorablemente en desconocimiento del precedente constitucional. En los apartados subsiguientes de este escrito se establecerá que el fondo de pensiones en cuestión da aplicación retrospectiva a la Sentencia C-336 de 2008 y reconoce la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo. Además el propio Secretario General de la entidad, en su declaración ante la Corte IDH, reconoció que en caso de que se acrediten los requisitos generales del ordenamiento se concederá el derecho pensional a la presunta víctima.²²

Las cuestiones previamente expuestas, encuentran fundamento en los siguientes argumentos:

1. Observaciones finales sobre la procedencia de la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos referida a los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Duque

En el marco del presente trámite internacional, tanto los representantes de la presunta víctima como la H. Comisión, han alegado que la excepción bajo análisis resulta improcedente. Para sustentar su postura, han manifestado: **i)** que las modificaciones al ordenamiento jurídico colombiano son posteriores a los hechos del caso y a la interposición de la petición; **ii)** que la Sentencia T-051 de 2010, mediante la que se dispuso la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, fue puesta en conocimiento de la CIDH con posterioridad a la emisión del informe de admisibilidad; y **iii)** que los argumentos referidos a la doctrina del precedente sólo fueron esgrimidos por Colombia durante el trámite ante la Corte IDH.²³

²² Al respecto, el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, manifestó lo siguiente: **Pregunta.** “¿Conforme a lo que usted ha expuesto es posible concluir que si con posterioridad al nuevo panorama constitucional el señor el señor Duque realizara una solicitud formal de reconocimiento de su derecho pensional éste sería reconocido por COLFONDOS?” **Respuesta.** “Claro que sí. Lo que le puedo decir es que si el señor Jaime (Sic) Alberto Duque se acercara a COLFONDOS e iniciara el trámite administrativo correspondiente, es decir, el diligenciamiento de un formulario que de hecho ya tiene y al que puede acceder a través de la página web de la compañía, un formulario muy sencillo, no es más sino una página. Además aportara unos documentos muy simples como, básicamente sería la cedula de ciudadanía y el acta de defunción del señor Jiménez, bastaría con eso para que nosotros pudiéramos hacer el estudio correspondiente y revisar entonces si también se aporta la prueba sumaria y libre de la condición de compañero permanente para entonces reconocer el derecho pensional (...).”

²³ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por los representantes de la presunta víctima y por la Comisión en sus escritos del 1 de junio de 2015 y reiterados durante la audiencia pública del presente caso.

A continuación, el Estado expondrá sus alegatos finales sobre las razones por las que las afirmaciones de los representantes de la presunta víctima y la H. Comisión previamente expuestas, no desvirtúan la procedencia de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque.

a. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen la posibilidad de que se valore la admisibilidad de un caso a partir de recursos sobrevivientes

En el marco del presente trámite internacional tanto los representantes de la presunta víctima como la H. Comisión han afirmado que los cambios normativos derivados de la Sentencia C-336 de 2008, que se consolidaron con la Sentencia T-051 de 2010, al ser posteriores a los hechos del caso y a la presentación de la petición, no deben ser valorados por la H. Corte para determinar su admisibilidad.²⁴ El Estado ha venido demostrando que dicha alegación debe ser desatendida conforme a los argumentos presentados a lo largo del trámite internacional y a los que se exponen a continuación:

El Tribunal Europeo y Corte Interamericana, han reconocido la posibilidad de que se valore la admisibilidad de un caso a partir del agotamiento de recursos sobrevivientes. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre situaciones en que, como la del señor Ángel Alberto Duque, se plantea la sobrevivencia de un recurso interno que resulta adecuado y efectivo para solucionar de manera definitiva la situación de la presunta víctima.

Aun cuando el sistema europeo guarda particularidades procesales que lo hacen distinto interamericano, el razonamiento del homólogo europeo puede arrojar luz sobre el problema jurídico bajo análisis en el presente caso. Al respecto, dicho tribunal, ha establecido que:

“72. The assessment of whether domestic remedies have been exhausted is normally carried out with reference to the date on which the application was lodged with the Court. However, as the Court has held on many occasions, this rule is subject to exceptions, which may be justified by the particular circumstances of each case (see *Baumann v. France*, no. 33592/96, § 47, 22 May 2001, and *Brusco*, cited above). In particular, the Court has previously departed from this general rule in cases against Italy, Croatia, Slovakia and Poland concerning remedies in respect of the excessive length of proceedings (see *Brusco*, cited above, *Nogolica v. Croatia* (dec.), no. 77784/01, ECHR 2002-VIII; *Andrášik and Others v. Slovakia* (dec.), nos. 57984/00, 60226/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00 and 68563/01, ECHR 2002-IX; and *Charzyński and Tadeusz Michalak*, both cited above).

(...)

²⁴ *Ibidem*.

83. As to the applicant's contention that he should not be required to exhaust the new remedy offered by the Compensation Law, which had entered into force after he had lodged the present application with the Court, the Court acknowledges that, as stated above (see paragraph 72 above), the assessment of whether domestic remedies have been exhausted is normally made with reference to the date of the introduction of the application. However, in exceptional cases the Court may adopt a different position and depart from this rule if the circumstances of those cases justify such a departure (see the decisions of *Charzyński* and *Tadeusz Michalak*, both cited above). The Court considers that there are several factors which favour an exception from this rule in the present case as well. As noted earlier, section 7(c) of the Compensation Law covers the type of damage suffered by the applicant and entitles him to claim compensation. It also appears that the Compensation Law was enacted to remedy at domestic level the Convention grievances of persons whose applications pending before the Court raise similar issues to the case of *Doğan and Others* (see paragraph 60 above). Furthermore, recent practice of the compensation commissions indicates that the new remedy is accessible and provides reasonable prospects of success (see paragraphs 28-40 above).

(...)

86. In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant should be required by Article 35 § 1 of the Convention to lodge an application with the relevant compensation commission under the Law of 27 July 2004 and to claim compensation for the damage he sustained as a result of his inability to gain access to his possessions. Furthermore, it finds no exceptional circumstances capable of exempting him from the obligation to exhaust domestic remedies.”²⁵ (Subrayas por fuera del texto original).

El razonamiento ofrecido por la Corte Europea, resulta de particular relevancia para el caso bajo estudio. En primer lugar el Tribunal reconoció que, si bien el análisis del agotamiento de los recursos internos generalmente se realiza tomando como base la presentación de la petición, existen ocasiones en que de manera excepcional se puede efectuar dicho estudio partiendo de un momento distinto. Conforme con lo anterior, en el Caso İçyer Vs. Turquía, se determinó que debía valorarse el recurso sobreviniente por las siguientes razones:

- El nuevo recurso ofrecía protección sobre la situación jurídica que se estima infringida.
- El nuevo recurso había sido establecido para brindar una solución a quienes se encontraban en la misma situación del peticionario.
- Existían posibilidades razonables de éxito a nivel interno para quienes instauran el recurso.

²⁵ Application no. 18888/02 by Aydın İÇYER against Turkey. Enero 12 de 2006.

En atención a estos criterios, la Corte Europea estableció que no existían circunstancias que dispensaran a la presunta víctima de agotar los recursos internos, incluyendo el sobreviniente. En consecuencia, rechazó la pretensión relacionada con la inexistencia de un mecanismo adecuado para proteger de manera efectiva la posición jurídica que se estimaba infringida. En este sentido el Tribunal en cita determinó que, teniendo en cuenta que había surgido un recurso a nivel interno encaminado a atender situaciones como la planteada por el solicitante, dicho recurso debía agotarse.

La valoración previamente descrita, no ha sido ajena al Sistema Interamericano de protección. Al respecto, en primer lugar, puede acudirse a lo establecido por la Corte IDH en el Caso *Mémoli Vs. Argentina*.

En dicha oportunidad, se valoró la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos alegada por el Estado, con fundamento en un recurso sobreviniente que surgió con posterioridad al informe de admisibilidad. Al respecto, la Corte Interamericana consideró que la alegación era improcedente. Esto en razón a que no fue presentada como respuesta al requerimiento de información que realizó la H. Comisión, de manera subsiguiente a la modificación del ordenamiento jurídico, que dio lugar al nuevo mecanismo judicial. Sobre el punto en cuestión, se manifestó lo siguiente:

“Al tratarse de un hecho superviniente, no era posible para el Estado alegar la falta de agotamiento de recursos internos durante la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión. No obstante, es la Comisión la encargada de velar por el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad dispuestos por la Convención, aun cuando, en aquellos asuntos sometidos a su conocimiento, la Corte pueda revisar las actuaciones de la Comisión en circunstancias excepcionales (supra párrs. 25 y 27).

50. Este Tribunal considera que el Estado ha debido presentar los argumentos de admisibilidad sobre estos hechos nuevos en la primera oportunidad posible ante la Comisión. Al respecto, la Corte advierte que desde la modificación de la ley y la interposición del recurso de inconstitucionalidad hasta que se emitió el Informe de Fondo transcurrieron más de diez meses. Dentro de dicho tiempo, el 1 de febrero de 2010 las presuntas víctimas informaron a la Comisión de la referida modificación legal, solicitando que les fuera aplicada. Sin embargo, en el expediente ante la Comisión no consta que el Estado informara a la Comisión sobre estos hechos nuevos ni presentara algún tipo de alegato sobre la existencia de nuevos recursos disponibles a las víctimas como consecuencia de ello, sino hasta después de emitido el Informe de Fondo. Este Tribunal resalta que durante este tiempo, la Comisión concedió al Estado al menos una oportunidad para que presentara observaciones sobre la referida modificación legislativa, sin que el Estado presentara la información que ahora presenta ante esta Corte.

51. En vista de lo anterior, este Tribunal considera que la alegada falta de agotamiento de recursos internos sobre los hechos supervinientes derivados de

la modificación legislativa realizada en 2009 no fue interpuesta en el momento procesal oportuno ante la Comisión, por lo cual su presentación ante este Tribunal es extemporánea. Por consiguiente, la Corte desestima la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos planteada por Argentina.”²⁶

Lo anterior evidencia que, la extemporaneidad de la excepción preliminar en cuestión, no emanó del hecho consistente en que se tratara de un recurso con el que no se contaba al momento en que ocurrieron los hechos o al momento en que se instauró la petición. Según como quedó expuesto, para la Corte IDH, su improcedencia encontró fundamento en que no fue alegada mediante la respuesta al requerimiento de información que realizó la CIDH de manera subsiguiente al surgimiento del recurso sobreviniente.

Esto quiere decir (*contario sensu*) que, si la excepción hubiese sido alegada por el Estado en la oportunidad descrita en el párrafo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la hubiese valorado aun cuando se fundaba en un mecanismo judicial creado en forma posterior a los hechos, a la presentación de la petición e incluso al informe de admisibilidad. Por tanto se concluye que, para dicho Tribunal, sí resulta procedente que se estudie la admisibilidad de un caso conforme a un recurso sobreviniente.

Adicionalmente, frente al punto en cuestión también es posible traer a colación la jurisprudencia de la Corte IDH en la que se han valorado los efectos jurídicos derivados de una decisión de control abstracto de constitucionalidad, adoptada por un Tribunal nacional con posterioridad al inicio del trámite ante el Sistema Interamericano.

En el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, la Corte Interamericana dio plena relevancia a una sentencia emanada del Tribunal Constitucional Dominicano, que fue proferida en el año 2013. Es decir, muy avanzado el trámite ante el Sistema Interamericano, pues se había emitido el Informe de Admisibilidad el 13 de octubre de 2005 y el Informe de Fondo el 29 de marzo de 2012. Frente a este asunto, se estableció lo siguiente:

“310. La Corte considera que si bien la sentencia TC/0168/13 no resulta de un proceso en que las presuntas víctimas fueran parte, ni se indica directamente su aplicación a las mismas, no solo establece la interpretación de normas pertinentes para la situación de ellas, pues se refiere a “todas las Constituciones dominicanas a partir de [...] 1929”, como se indicó (supra párr. 286), sino que ordena una política general de revisión desde 1929 a efectos de detectar “extranjeros irregularmente inscritos”, lo cual puede afectar el goce del derecho a la nacionalidad de las víctimas consideradas en este capítulo. Por tal motivo, resulta pertinente la consideración de la sentencia TC/0168/13 como un hecho superviniente y, por lo tanto, el examen de sus consecuencias jurídicas respecto al caso sub examine.

²⁶ CorteIDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Párrs. 49-51.

(...)

314. La Corte concluye, entonces, que la sentencia TC/0168/13 trae aparejada una medida de carácter general que afectaría a las presuntas víctimas en el goce de sus derechos. Así, privaría de seguridad jurídica en el disfrute de su derecho a la nacionalidad a quienes tienen la nacionalidad dominicana y disponían en el momento en que fueron llevados fuera de República Dominicana (supra párrs. 201 y 221), de documentación oficial para acreditar tal calidad: Willian Medina Ferreras, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina y Rafaelito Pérez Charles. Lo anterior, debido a que sus actas de nacimiento o su inscripción en los registros de nacimiento serán sometidos a la revisión de la Junta Central Electoral que podría ser que se encuentren “irregularmente inscritos”. Esto menoscaba, asimismo, los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, y al nombre, así como por el conjunto de dichas violaciones el derecho a la identidad.”²⁷

De este extracto de la sentencia, se evidencia que la Corte IDH le dio plena relevancia a la sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano. Esto en razón a que, aunque el fallo establecía un marco general de regulación sobre la situación jurídica de los migrantes, el contenido de la decisión podía afectar los derechos de las víctimas del caso concreto.

Según como se expuso previamente, la sentencia en cuestión fue posterior a los hechos, al Informe de Admisibilidad e incluso al Informe de Fondo. A pesar de lo anterior, se procedió a su análisis, por cuanto afectaba de manera relevante la posición jurídica de los solicitantes. Conforme con ello se insiste en que, de acuerdo con la práctica de la Corte Interamericana, los recursos sobrevinientes que resulten adecuados y efectivos deben ser valorados al momento de determinar la admisibilidad de una causa ante SIPDH.

De acuerdo con el análisis jurisprudencial previamente realizado se concluye que, a la luz de los postulados que orientan al Sistema Interamericano de Protección, los cambios normativos que surjan con posterioridad a los hechos del caso o incluso a la presentación de la petición y cuenten con la aptitud de afectar la situación de la presunta víctima, deben ser valorados con el fin de determinar la admisibilidad de la causa.

En este punto debe considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que “el análisis del cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición.”²⁸ Por tanto, si para ese instante se registra un recurso adecuado y efectivo sobreviniente a los hechos o a la interposición de la petición, deberá ser considerado con el fin de establecer si la solicitud bajo análisis cumple con los requisitos establecidos en el artículo 46.1a de la CADH.

²⁷ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. Párrs. 310-314.

²⁸ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Párr. 27.

En el presente trámite, los cambios normativos derivados de la Sentencia C-336 de 2008, los cuales se consolidaron con la Sentencia T-051 de 2010, son posteriores a los hechos y a la presentación de la petición. Sin embargo, tuvieron ocurrencia antes de la emisión del Informe de Admisibilidad.²⁹

Conforme con lo expuesto en este apartado, se encuentra demostrado que tal situación conduce a que los recursos administrativo (reclamación formal ante COLFONDOS) y judicial (acción de tutela) derivados de ese nuevo panorama jurídico, sean valorados por la Corte IDH al momento de establecer la admisibilidad del asunto en referencia. Por tanto, los argumentos de los representantes de la presunta víctima y de la H. Comisión mediante los que se afirma lo contrario, merecen ser desestimados.

b. La excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, frente a los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque, fue alegada de manera oportuna

La H. Comisión afirma que la excepción en cuestión fue alegada de manera extemporánea por el Estado. Para sustentar su postura aduce que, la Sentencia T-051 de 2010 y los argumentos referidos a la doctrina del precedente, fueron introducidos por Colombia al presente trámite internacional con posterioridad al informe de admisibilidad.³⁰

En relación con lo anterior, el Estado precisa que el señor Ángel Duque interpuso su petición ante la CIDH el día 8 de marzo de 2005. La jurisprudencia constitucional, tal y como se ha demostrado en el marco del presente trámite internacional, evolucionó y resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo. Esto tuvo lugar con la emisión de la Sentencia C-336 de 2008 y se consolidó con la Sentencia T-051 de 2010.

El curso de la evolución normativa previamente señalada y el consecuente surgimiento de los recursos administrativo (reclamación formal de reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior) a disposición de la presunta víctima, fueron alegados por el Estado mediante sus observaciones de admisibilidad de 7 de julio de 2009. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“Como conclusión frente al desarrollo anterior (se hace referencia a la evolución normativa emanada de la Sentencia C-336 de 2008), para entender agotados los recursos de derecho interno en este caso, el señor Duque deberá en primera medida, buscar acreditar su convivencia con el causahabiente (...). De manera subsiguiente, deberá presentar los documentos establecidos en la ley para iniciar formalmente la reclamación pensional por sobrevivencia, que como se señaló anteriormente, a partir de información transmitida por

²⁹ En este punto, se precisa que el Informe de Admisibilidad del presente caso fue emitido el 2 de noviembre de 2011.

³⁰ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por la H. Comisión en su escrito del 1 de junio de 2015 y reiterados durante la audiencia pública del presente caso.

Colfondos, no ha sido estudiada. Luego del trámite anterior que necesariamente debe realizarse por el señor Duque y que de ninguna manera podrá realizarse de oficio por la entidad privada en cuestión, dada la ocasión de que Colfondos no acceda a las pretensiones del solicitante, cuenta éste con la acción de tutela como recurso adecuado y efectivo para buscar subsanar una eventual interpretación indebida de la ley de seguridad social (...)³¹

Como puede verse, desde el año 2009, en el marco de la etapa de admisibilidad del presente trámite internacional, el Estado informó a la H. Comisión sobre la evolución del ordenamiento jurídico nacional hacia la protección efectiva de los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo. Conforme con lo anterior, alegó la excepción de falta de agotamiento de recursos internos, pues el nuevo panorama jurídico facultaba al señor Duque para que realizara una reclamación formal ante COLFONDOS y, en el hipotético caso en que fuera negada de manera injustificada, contaba con la posibilidad de instaurar una acción tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales.

i. La Sentencia T-051 de 2010 y los alegatos en relación con su contenido fueron introducidos de manera oportuna al presente trámite internacional

En relación con la introducción oportuna al presente trámite internacional de la Sentencia T- 051 de 2010, debe considerarse que el texto del fallo de tutela previamente citado data del 2 de febrero de 2010 y el último requerimiento que la Comisión realizó al Estado para pronunciarse dentro del trámite admisibilidad fue en el año 2009. A su vez, la emisión del informe correspondiente a dicha etapa procesal, tuvo lugar el 2 de noviembre de 2011.

Esto evidencia que no existió un requerimiento previo a la emisión del informe de admisibilidad, por parte de la H. Comisión, mediante el cual el Estado pudiera introducir la Sentencia T-051 de 2010 al presente trámite internacional. En consecuencia, la oportunidad para hacerlo, estaba constituida por la primera solicitud que realizará la CIDH a Colombia para pronunciarse con posterioridad al fallo en cuestión.

Lo anterior, tuvo lugar en las primeras observaciones del Estado sobre el fondo del caso. En dicha ocasión se relacionó la Sentencia T-051 de 2010 y se realizaron las alegaciones pertinentes en torno a su contenido.³² Esto evidencia que Colombia procedió, de manera oportuna, respecto de la decisión previamente mencionada.

La valoración expuesta, resulta plenamente concordante con lo establecido en el artículo 30.5 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³³ Dicha norma

³¹ Observaciones de Admisibilidad presentadas por el Estado el 7 de julio de 2009. Párr. 86.

³² Al respecto: Primeras Observaciones de Fondo del Estado del 12 de julio de 2012, párrafo 28 y siguientes.

³³ “**Artículo 30. Procedimiento de admisibilidad.** 1. La Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva, dará trámite a las peticiones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 28 del presente Reglamento. 2. A tal efecto, transmitirá las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión. La identidad del peticionario no será revelada, salvo su autorización expresa. La solicitud de información al Estado no prejuzgará sobre la decisión de admisibilidad que adopte la Comisión. 3. El Estado presentará su respuesta dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión. La Secretaría Ejecutiva evaluará solicitudes de prórroga de dicho plazo que estén debidamente fundadas. Sin embargo, no concederá prórrogas que excedan de tres

establece que las observaciones adicionales a la inicial, se presentarán por invitación de la CIDH.

Lo anterior se ajusta al análisis que realizó la Corte IDH, en el Caso *Mémoli Vs. Argentina*, para establecer si la alegación del Estado en relación con la existencia de un recurso sobreviniente resultaba oportuna o no. En dicha ocasión el Tribunal determinó que era extemporánea, por cuanto con posterioridad al cambio normativo en cuestión, la Comisión requirió un pronunciamiento del Estado y éste no se manifestó respecto del hecho nuevo.³⁴

Conforme con lo anterior el Estado insiste en que, la Sentencia T-051 de 2010 y los alegatos referidos a su contenido, fueron introducidos al presente trámite internacional de manera oportuna. Esto en razón a que, la actuación previamente descrita, se realizó en la respuesta a la solicitud para pronunciarse que realizó la CIDH a Colombia con posterioridad a la emisión del fallo en cuestión. Es decir, en sus primeras observaciones de fondo.

Una interpretación distinta sería contraria al principio de equilibrio procesal. Resultaría desproporcionado que se le exigiera al Estado la remisión información adicional, de manera constante, sin que exista una solicitud de la Comisión, en el trámite de todas las peticiones que cursan en su contra ante el Sistema Interamericano de Protección. A su vez, debe

meses contados a partir de la fecha del envío de la primera solicitud de información al Estado. 4. En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente, la Comisión solicitará al Estado su más pronta respuesta, a cuyo efecto utilizará los medios que considere más expeditos. 5. Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia, conforme a lo establecido en el Capítulo VI del presente Reglamento. 6. Las consideraciones y cuestionamientos a la admisibilidad de la petición deberán ser presentadas desde el momento de la transmisión de las partes pertinentes de ésta al Estado y antes de que la Comisión adopte su decisión sobre admisibilidad. 7. En los casos previstos en el inciso 4, la Comisión podrá solicitar que el Estado presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. La respuesta y observaciones del Estado deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso.” (Subrayas fuera del texto original)

³⁴Al respecto, la H. Corte Interamericana, manifestó lo siguiente: Este Tribunal considera que el Estado ha debido presentar los argumentos de admisibilidad sobre estos hechos nuevos en la primera oportunidad posible ante la Comisión. Al respecto, la Corte advierte que desde la modificación de la ley y la interposición del recurso de inconstitucionalidad hasta que se emitió el Informe de Fondo transcurrieron más de diez meses. Dentro de dicho tiempo, el 1 de febrero de 2010 las presuntas víctimas informaron a la Comisión de la referida modificación legal, solicitando que les fuera aplicada. Sin embargo, en el expediente ante la Comisión no consta que el Estado informara a la Comisión sobre estos hechos nuevos ni presentara algún tipo de alegato sobre la existencia de nuevos recursos disponibles a las víctimas como consecuencia de ello, sino hasta después de emitido el Informe de Fondo. Este Tribunal resalta que durante este tiempo, la Comisión concedió al Estado al menos una oportunidad para que presentara observaciones sobre la referida modificación legislativa, sin que el Estado presentara la información que ahora presenta ante esta Corte.CorteIDH. 51. En vista de lo anterior, este Tribunal considera que la alegada falta de agotamiento de recursos internos sobre los hechos supervinientes derivados de la modificación legislativa realizada en 2009 no fue interpuesta en el momento procesal oportuno ante la Comisión, por lo cual su presentación ante este Tribunal es extemporánea. Por consiguiente, la Corte desestima la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos planteada por Argentina.” (Caso *Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Párr. 50-51.) (Subrayas fuera del texto original)

considerarse que el Estado no cuenta con elementos que le permitan prever el momento específico en el que se emitirá informe de admisibilidad.

Adicionalmente, debe considerarse que la H. Comisión dejó transcurrir más de 2 años entre el último requerimiento realizado los representantes de la presunta víctima y al Estado, antes de la emisión del informe de admisibilidad. En consecuencia, para cumplir con su deber de “verificar” el debido agotamiento de los recursos internos, y a sabiendas que ya se habían presentado cambios jurisprudenciales importantes en Colombia en relación con el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, resultaba razonable que la CIDH solicitara información actualizada a las partes antes de adoptar una decisión. Con ello no se pretende desconocer que la prueba de la idoneidad de los recursos en los que se funda la excepción preliminar de falta de agotamiento, corresponde al Estado.

De acuerdo con lo previamente expuesto debe considerarse que Colombia alegó la causal de inadmisibilidad en cuestión, referida a la falta de reclamación formal ante COLFONDOS y al ejercicio de la acción de tutela, desde la etapa de admisibilidad. Además, sostuvo dicha postura durante el trámite de fondo. En consecuencia procedió a informar a la H. Comisión, conforme a los requerimientos que le fueron realizados, sobre la evolución de la línea jurisprudencial en la que se sustentaban sus argumentos.

Sobre este mismo punto, también debe considerarse que los peticionarios sí conocían de la existencia del recurso³⁵ y no lo agotaron por el solo hecho de que su caso se encontraba en trámite ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En consecuencia, el Estado reitera que no existen fundamentos para desestimar la presente excepción debido a su supuesta extemporaneidad. Con ello se avalaría una visión excesivamente estática del principio de subsidiaridad, el cual debe ser transversal a todas las etapas del trámite internacional. Además, tal situación, desconocería el carácter dinámico del derecho de raigambre jurisprudencial y de los ordenamientos jurídicos que propenden por su integración como una fuente principal.

ii. Los argumentos del Estado en relación con la doctrina del precedente constituyen una complementación de los alegatos que fueron presentados ante la CIDH. En consecuencia, no pueden ser calificados como extemporáneos

Resulta claro que la argumentación referida a la doctrina del precedente, constituye una complementación de los alegatos referidos a la excepción de falta de agotamientos internos presentados por el Estado, durante el trámite de admisibilidad ante la Comisión Interamericana. Mediante la tesis en cuestión, únicamente se reforzó la idoneidad de los recursos administrativo y judicial que se encuentran a disposición de la presunta víctima, conforme a la evolución normativa derivada de la Sentencia C-336 de 2008. Por tanto, no

³⁵ Al respecto debe considerarse que, el doctor Germán Humberto Rincón, quién se desempeña como representante de la presunta víctima, se ha destacado en Colombia por su participación en los procesos relacionados con los derechos patrimoniales de la parejas del mismo sexo. En consecuencia, siempre ha estado informado sobre la evolución del ordenamiento, respecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de estas uniones.

caracterizan una nueva postura o una manifestación contraria a lo esgrimido por Colombia durante la etapa inicial del presente proceso internacional.

Para Colombia resulta claro que a los Estados les asiste la posibilidad de complementar sus argumentos durante la fase jurisdiccional del procedimiento que se surte ante el Sistema Interamericano de Protección. A su vez, la H. Corte cuenta con la posibilidad de revisar *in toto* el trámite surtido ante la Comisión.³⁶ De otra forma, no habría razón para que se agotara una etapa de excepciones ante dicho Tribunal. Por tanto, se reitera que la excepción bajo análisis ha sido instaurada en debida forma y de manera oportuna.³⁷

2. Los recursos a disposición de la presunta víctima resultan adecuados y efectivos. Por tanto, su falta de agotamiento, conduce a la inadmisión del presente caso

En el marco del presente trámite internacional el Estado ha demostrado de manera suficiente que la jurisprudencia constitucional evolucionó y resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo. Esto tuvo lugar con la emisión de la Sentencia C-336 de 2008 y se consolidó con la Sentencia T-051 de 2010. Como consecuencia de lo anterior, existe un precedente consolidado, pacífico y reiterado, sobre la aplicación retrospectiva del fallo de constitucionalidad previamente citado y la libertad probatoria frente a la acreditación de las uniones en cuestión.

Las reglas judiciales expuestas en el párrafo anterior, resultan vinculantes para los jueces, las autoridades administrativas y los particulares encargados de la prestación de servicios públicos. En consecuencia, se insiste en que el señor Ángel Alberto Duque, se encuentra facultado para realizar la reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS. Adicionalmente, en el hipotético caso en que el requerimiento de la presunta víctima sea despachado de manera desfavorable sin justificación, estará facultada para interponer una acción de tutela para que se ampararen sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada. Al respecto, resultan pertinentes los siguientes alegatos finales:

a. El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano

En primer lugar se reitera que, la interpretación del artículo 230 de la Constitución que impera desde hace más de una década en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permite considerar que las sentencias proferidas por dicho Tribunal, son fuente principal del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en la disposición bajo análisis, los jueces, las autoridades administrativas y los

³⁶ CorteIDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Párr. 49.

³⁷ Los argumentos que fundamentan lo expuesto, fueron desarrollados *in extenso* en la contestación del Estado colombiano, página 31 y siguientes.

particulares encargados de la prestación de servicios públicos como la seguridad social en pensiones, se encuentran sometidos a lo dispuesto en dichas decisiones.

Para determinar cuál es el alcance de la vinculatoriedad de los fallos que profiere la Corte Constitucional, de acuerdo con la hermenéutica previamente expuesta del artículo 230 de la Constitución, resulta indispensable distinguir entre: (i) los efectos de la parte resolutoria de las sentencias y (ii) la disciplina del precedente.

A partir del segundo criterio se ha establecido que, las reglas de derecho de creación judicial contenidas en la parte motiva de las sentencias proferidas por dicha Corporación, tanto de constitucionalidad como de tutela, que conforma la *ratio decidendi* de la decisión, resultan vinculantes para todos los demás operadores jurídicos frente a los casos futuros que se encuentren caracterizados por supuestos de hecho análogos. Esto fue reconocido por el profesor Juan Carlos Upegui en su declaración ante fedatario público. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“62. Los elementos estructurales de la doctrina de la obligatoriedad del precedente empiezan a perfilarse a partir del año 1995, con las sentencias C-083 de 1995 y T-123 de 1995. Obtienen un importante impulso con la sentencia C-037 de 1996. Se estabilizan en las sentencias SU-640 de 1998 y SU-047 de 1999. Llegan a un punto de sofisticación y no retorno con la expedición de la Sentencia C-836 de 2001. Se consolidan de manera definitiva a partir de las sentencias C-590 de 2005 y C-335 de 2008, y han sido reiterados sin fracturas y con algunos ensanches en las sentencias C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-461 de 2013.

(...)(...)

72. En el ordenamiento jurídico es jurisprudencia consolidada, uniforme y constante el carácter obligatorio del precedente constitucional, predicable por igual para las sentencias de constitucionalidad como para las sentencias de tutela.³⁸ (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Conforme con lo establecido en el peritaje rendido por el profesor Upegui, está demostrado que la doctrina del precedente se encuentra consolidada en el ordenamiento jurídico colombiano, de tal manera que el precedente que la desarrolla ha llegado a un “punto de no retorno”. Para ello, se analizaron múltiples decisiones proferidas por la Corte Constitucional, que permiten arribar a tal deducción.

Desde esta perspectiva se llega a una conclusión ineludible, y es que el valor normativo de las reglas judiciales que caracterizan la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela, resultan

³⁸ Peritaje rendido por el profesor Juan Carlos Upegui, mediante declaración ante fedatario público, en el marco del presente caso. Parr. 62 y siguientes.

obligatorias para todos los operadores jurídicos. Esto, en razón a que constituyen una fuente principal de derecho, con rango constitucional.³⁹

i. En la actualidad la doctrina del precedente es acogida de manera mayoritaria en Colombia

En el marco del presente trámite internacional, los representantes de la presunta víctima, han afirmado que la doctrina del precedente no es de aceptación generalizada. Para fundar su postura, alegan que se trata de una cuestión “disputada” en el interior de las Cortes nacionales.⁴⁰

El Estado, de manera respetuosa, disiente de tal conclusión. Aunque durante los primeros años posteriores a la emisión de la Constitución de 1991, pudo existir algún escepticismo en relación con la vinculatoriedad de las reglas judiciales, es posible afirmar que en la actualidad la posición mayoritaria de las Cortes nacionales reconoce el valor normativo de la *ratio decidendi* de las decisiones proferidas por los órganos de cierre de la jurisdicción, incluyendo las sentencias de tutela proferidas en sede de revisión. Veamos:

- **Aplicación de la doctrina del precedente por el Consejo de Estado.**

En este punto debe considerarse que, el Consejo de Estado (máximo tribunal de lo contencioso administrativo), ha reconocido de manera reiterada la aplicación de la doctrina del precedente. Lo anterior, ha tenido lugar en los casos en que ha establecido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con fundamento en su desconocimiento injustificado. Al respecto, mediante fallo del 2 de febrero de 2012, la Corporación en cuestión manifestó lo siguiente:

“Respecto del precedente vertical, la Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en sostener que la autonomía del Juez se encuentra limitada por el respeto hacia las decisiones proferidas por los Jueces de superior jerarquía y, en especial, por los órganos de cierre en cada una de las Jurisdicciones. A esta conclusión ha llegado en consideración a las siguientes razones: 1). El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; 2). El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; 3). La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; 4). Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración

³⁹ Los argumentos que fundamentan lo expuesto, fueron desarrollados *in extenso* en la contestación del Estado colombiano, página 43 y siguientes.

⁴⁰ Esto fue expuesto por los representantes de la presunta víctima, durante la audiencia pública del presente caso.

un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; 5). Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.

Ahora bien, el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso. De esta forma, la Corte Constitucional recordó que la ratio decidendi "i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella".⁴¹ (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, el Consejo de Estado ha recogido la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el fin de establecer la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales por el desconocimiento del precedente. En este contexto ha reconocido que el desacato de las reglas de orden judicial establecidas por los órganos de cierre, amerita la intervención del juez de amparo con el fin de proteger los derechos fundamentales de los justiciables. Resulta claro que, en modo alguno, las consideraciones realizadas en el fallo bajo análisis excluyen la aplicación de la doctrina en cuestión frente a las sentencias proferidas en sede de revisión durante el trámite de una acción de tutela.

De hecho, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación emitida el 5 de agosto de 2014, estableció que se incurrirá en desconocimiento del precedente: "cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental (esto se verifica principalmente mediante la emisión de fallos de amparo en sede de revisión) y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado."⁴²⁻⁴³ (Subrayas fuera del texto original)

La jurisprudencia en cuestión, ha sido reiterada en múltiples fallos del Consejo de Estado. Entre ellos, pueden enunciarse los siguientes: Sentencia del 28 de mayo de 2015 (Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00642-00), Sentencia del 2 de julio de 2015 (Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00814-00) y Sentencia del 5 de febrero de 2015 (Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03487-00).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de febrero del 2012, Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC).

⁴² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto del 2014, Radicación número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).

⁴³ Al respecto, también puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 31 de agosto del 2014, Radicación número: Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00861-00(AC).

Lo expuesto evidencia que el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, reconoce y aplica la doctrina del precedente. Por tanto, en sus decisiones establece que las reglas judiciales que constituyen la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional, resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos.⁴⁴

- **Aplicación de la doctrina del precedente por parte de la Corte Suprema de Justicia.**

La Corte Suprema de Justicia, como máxima autoridad de la Jurisdicción Ordinaria, también reconoce y aplica la doctrina del precedente. Desde esta perspectiva, en diferentes decisiones ha establecido que las reglas judiciales que constituyen la *ratio decidendi* de los fallos emitidos por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones nacionales (lo que incluye las sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional en sede de revisión), resultan vinculantes para todos los operadores judiciales. Al respecto, mediante Sentencia del 1 de febrero de 2012, se dispuso que:

“Esta Corte, en su Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema⁴⁵, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C 836 de 2001.

En este orden de ideas, resulta claro y en la actualidad es difícilmente sostenible a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo.

Sin duda las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento jurídico, naturaleza que la dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, siempre que

⁴⁴ Lo expuesto, también ha sido reconocido expresamente por el Consejo de Estado, en relación con las autoridades administrativas: “Con el fin de reducir la judicialización innecesaria de asuntos que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ya han definido en sentencias reiteradas y de evitar el desgaste que todo proceso judicial implica para los ciudadanos, el aparato judicial y la propia Administración, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos en relación, entre otras materias, con el reconocimiento y pago de pensiones. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, en la cual se advierte sobre el carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes judiciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción.” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 16 de febrero de 2012. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069)).

⁴⁵ Sentencia segunda 30571 del 9 de febrero de 2009; auto 30775 del 18 de febrero de 2009; auto 31115 del 16 de abril de 2009; auto 33659 del 28 de abril de 2010; revisión 32310 del 19 de mayo de 2010; sentencia segunda 33331 del 6 de mayo de 2010; auto 36973 del 19 de septiembre de 2011.”

se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.

Es muestra de la anterior afirmación el hecho de que el desconocimiento del precedente esté consagrado como una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela, pues en últimas una situación como esa, además de un conflicto de legalidad por indebida aplicación normativa, comporta un problema de constitucionalidad por desconocimiento de la garantía fundamental a la igualdad, de allí la trascendencia del tema y la importancia de que siga la disciplina del precedente como otro mecanismo de aplicación del derecho, no derivado exclusivamente de la ley.

La anterior conclusión se reafirma con una de las principales funciones asignada por la Ley al recurso extraordinario de casación, cual es la unificación de la jurisprudencia, dada la importancia del mismo como manifestación de un orden justo que garantice la labor de administrar justicia en términos de igualdad.⁴⁶ (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Lo expuesto en la cita anterior, fue reiterado por la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 11 de julio de 2012. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“(...) la Sala en decisión del 1° de febrero de 2012, adoptada en el radicado 34853, consideró como motivo para derivar fuerza vinculante a la jurisprudencia el postulado de coherencia, según el cual, “no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra, pues comportaría una transgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables”.

De igual manera, en esa decisión también se puntualizó que “la aplicación del derecho por parte de su legítimo interprete (jurisprudencia), es fuente de derecho como se afirma de la ley, en la medida en que de antaño, se aclaró que el contenido del artículo 230 de nuestra Constitución Política cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley formal que es la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros”.⁴⁷ (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de febrero de 2012. Radicado: 34853.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de julio de 2012. Radicado: 38285.

En las decisiones en cita, la Corte Suprema de Justicia estableció la procedencia del recurso extraordinario de casación, en los casos en que un fallo emitido por un juez de inferior jerarquía desconoce el precedente establecido por el órgano de cierre de la jurisdicción. En ese contexto la Corporación reconoció que, aunque los efectos de la parte resolutive de la sentencia se limiten a los extremos de la *litis*, la regla judicial que determinó el sentido de la decisión resulta vinculante para los casos posteriores y análogos.⁴⁸

Lo anterior, tiene como finalidad que en el ejercicio de la administración de justicia se respeten los postulados de coherencia, igualdad y seguridad jurídica. En consecuencia, contrario a lo afirmado por los representantes de la presunta víctima, el efecto *inter partes* del *decisum* de una sentencia no constituye un óbice para que se de aplicación a la doctrina del precedente.

Lo razonamientos previamente expuestos evidencian que la Corte Suprema de Justicia, como máximo ente de la Jurisdicción Ordinaria, reconoce que el precedente constituye una fuente principal del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Por tanto, resulta vinculante para todos los operadores jurídicos.⁴⁹

La fuerza de la doctrina del precedente en el interior de la Jurisdicción Ordinaria, ha conducido a que existan decisiones ejecutoriadas en las que se condena penalmente a funcionarios judiciales por el delito de prevaricato por acción, debido al desconocimiento injustificado de las reglas judiciales preexistentes. Un ejemplo de lo expuesto, es la Sentencia del 10 de abril de 2013, proferida por la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁸ En este punto debe precisarse que, todos los fallos que emite la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de funciones como máxima autoridad de la Jurisdicción Ordinaria, tienen efectos *inter partes*. Aun así, en el marco del recurso extraordinario de casación, aplica la doctrina del precedente para lograr la unificación de su jurisprudencia.

⁴⁹ Lo expuesto, también ha sido reconocido expresamente por el Corte Suprema de Justicia, en relación con las autoridades administrativas. Para ello retomó la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el punto en cuestión: “En el reciente fallo, la Corte Constitucional afirma que las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional como presupuesto característico del Estado Social de Derecho, reconociendo que el artículo 230 superior, dota de carácter vinculante al precedente judicial, tal y como expresamente lo hace el artículo 241 *ibid* frente al precedente constitucional. Igualmente este deber de obediencia lo extiende no solamente a las autoridades administrativas pertenecientes al poder ejecutivo como en principio podría llegar a entenderse, sino que incluye el rol judicial que también implica una función de esta naturaleza como lo es la de administrar justicia, al citar el contenido del artículo 230 constitucional cuando refiere que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley para decir que respecto de ese enunciado “la jurisprudencia constitucional ha esclarecido que a partir de una interpretación armónica con la integridad de la Constitución, incluye igualmente el precedente judicial que determina el contenido y alcance normativo de la ley”. (...) (...) Esta Corte, en su Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C 836 de 2001.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1 de febrero de 2012. Radicado:3485)

Mediante dicho fallo, se confirmó la decisión adoptada por un Tribunal Superior de Distrito, en la que se condenó a un juez municipal por el desconocimiento inmotivado del precedente. Su contenido, en lo relevante, es el siguiente:

“En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que **las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho**, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.

(...)

Ninguna alusión hizo el funcionario judicial a las razones por las que, según la doctrina constitucional ya reseñada, era procedente apartarse del precedente vigente y decidir de forma contraria a lo resuelto por su superior en 2004, cuando le revocó una decisión idéntica a esta, en donde el mismo demandante, Jorge David Delgado Cuadrado, reclamaba la misma prestación.

No existe en el auto calificado de prevaricador explicación alguna sobre una transformación social que ameritara un discurso diferente al fijado en la jurisprudencia, como tampoco la demostración de un cambio histórico que acreditara que se trataba de supuestos de hecho diferentes, menos aún que la jurisprudencia que estaba en boga y comúnmente aceptada era equivocada por ir en contravía de los valores y principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que existía una incompatibilidad axiológica entre la regla jurídica impuesta por el precedente, los derechos fundamentales y los principios en los que se funda el orden jurídico; o, en últimas, que hubo un cambio del régimen legal o constitucional que en su momento determinó la aplicación de un cierto criterio a través del precedente.

Tampoco en la providencia cuestionada obra alguna reflexión sobre la necesidad de hacer prevalecer un orden justo o el derecho material, como así lo justificó la defensa del procesado en esta actuación.

(...)

No se está, por tanto, frente a un funcionario judicial confundido o errado sobre la ley y la jurisprudencia vigentes, sino ante uno decidido a desconocer el tenor literal de la norma y el precedente, como finalmente lo hizo, pues en su

obstinada actitud, no obstante que en un caso idéntico su superior jerárquico lo ilustró sobre el trámite que debía adoptar, se mantuvo inamovible en su terca e injustificada postura, evidentemente alejada del precedente. Así las cosas, no se trata, pues, de una discrepancia judicial sino de un delito de prevaricato.⁵⁰
(Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Suprema de Justicia, al igual que la Corte Constitucional, reconoce la vinculatoriedad del precedente. Del mismo modo, considera que la posibilidad de apartarse de aquel, se encuentra sometida al cumplimiento de una carga argumentativa superior que debe ser acatada de manera estricta.

En consecuencia, no basta con que se exponga la existencia de una perspectiva jurídica “más adecuada” o “igualmente razonable”, que aquella que impera en la jurisprudencia de las altas cortes. Es necesario que se evidencie como, la nueva hermenéutica, responde de mejor manera a las perspectivas que actualmente ofrece la Carta.⁵¹ En concordancia con lo anterior, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha concluido que el desconocimiento irreflexivo del precedente conduce a la comisión del delito de prevaricato por acción.

- **Actualmente, la doctrina del precedente es acogida de manera mayoritaria en Colombia**

Conforme con lo expuesto por el Estado en este acápite, y en sus demás intervenciones en el marco del presente trámite internacional, se encuentra demostrado que la doctrina del precedente es aceptada en la Jurisdicción Constitucional, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Jurisdicción Ordinaria. Las tres altas cortes colombianas reconocen que las reglas judiciales derivadas de las sentencias proferidas por los órganos de cierre, incluidos los fallos de tutela emitidos en sede de revisión, resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos frente a los casos posteriores y similares que sean sometidos a su conocimiento.

En consecuencia, aunque los efectos de la parte resolutive de la sentencia se limiten a los extremos de la *litis*, la regla judicial que determinó el sentido de la decisión resulta vinculante para los casos sobrevinientes y análogos. Esto tiene como finalidad que en el ejercicio de la administración de justicia, se respeten los postulados de coherencia, igualdad y seguridad jurídica.

Por tanto, contrario a lo afirmado por los representantes de la presunta víctima, el efecto *inter partes* de la parte resolutive de una sentencia no constituye un óbice para que se de aplicación a la doctrina del precedente. Lo expuesto, tiene plena vigencia frente a los fallos de tutela emitidos en sede revisión, lo cual es aceptado en la actualidad por la Corte

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de abril de 2013. Radicado: 39456.

⁵¹ Corte Constitucional Colombiana. Auto- 244 de 2012. Al respecto, también puede consultarse la Sentencia SU-047 de 1999, entre otras. Los argumentos que fundamentan lo expuesto, fueron desarrollados *in extenso* en la contestación del Estado colombiano, página 58 y siguientes.

Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, según como quedó demostrado en los párrafos anteriores.

Según como se expuso previamente es posible que durante los primeros años posteriores a la emisión de la Constitución de 1991, existiera cierto escepticismo respecto de la aplicación de la doctrina del precedente por parte de la Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. En todo caso, el recuento jurisprudencial realizado por el Estado en sus diferentes intervenciones, demuestra que desde hace varios años las jurisdicciones Constitucional, Contenciosa Administrativa y Ordinaria, reconocen y aplican la vinculatoriedad de las reglas judiciales que conforman la *ratio decidendi* de las decisiones proferidas por los órganos de cierre de la jurisdicción. Tanto así, que se ha llegado a la penalización de los funcionarios que las desconocen de manera irreflexiva.

En este punto, debe precisarse que el reconocimiento y aplicación de la doctrina del precedente por las altas cortes de Colombia, asegura su vigencia en la actividad desplegada por los demás operadores jurídicos. Esto en razón a que dichas Corporaciones constituyen los órganos de cierre de la jurisdicción nacional y se encuentran facultados para revisar las decisiones que adoptan los inferiores.⁵²

b. El ordenamiento jurídico colombiano ofrece plena certeza sobre las condiciones que determinan el acceso del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente

En este punto el Estado reitera que, mediante la Sentencia C-336 de 2008, nuestro máximo Tribunal constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las leyes que regulan la pensión de sobreviviente. Lo anterior, en el entendido que también son beneficiarias las uniones permanentes del mismo sexo.

Aunque, con posterioridad a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008, existieron discusiones sobre su aplicación retrospectiva y la posibilidad de acreditar la unión a través de medios probatorios distintos a la declaración conjunta ante notario, lo cual quedó plasmado en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, con la emisión de la Sentencia T-051 de 2010 se aclararon los puntos previamente mencionados.

Mediante dicho fallo se estableció de manera expresa que la exequibilidad condicionada prescrita en la Sentencia C-336 de 2008, resultaba aplicable a los casos en que el deceso del causante se registró de manera previa a su emisión, aun cuando se hubiera realizado una reclamación previa a esa fecha.

⁵² Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como se expone a continuación: “la casación constituye un mecanismo de orden sistémico encaminado a la unificación de jurisprudencia en los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, con lo cual se asegura también la realización del principio de igualdad en la aplicación del derecho. (...) (...) Cabe reconocer que la función unificadora de la jurisprudencia no está reservada en exclusiva a las cortes de casación, sino que por su naturaleza es inherente a los tribunales supremos y en general de los jueces que tienen asignada una función de órgano de cierre para poner fin a las controversias en su respectiva jurisdicción.” (Sentencia C-713 de 2008)

Adicionalmente, se estableció que la unión permanente entre personas del mismo sexo podía ser acreditada a través de medios probatorios distintos a la declaración conjunta ante notario público de los interesados. El precedente en cuestión ha sido reiterado por la Corte Constitucional, de manera uniforme y sin fracturas, desde el 2010 a la fecha. Así lo reconoció el profesor Juan Carlos Upegui, mediante el peritaje que rindió ante fedatario público. Su contenido, en lo relevante, es el siguiente:

“173. A pesar de que la Sentencia C-336 de 2008 engendró algunas dudas sobre la libertad de prueba de la convivencia de las parejas del mismo sexo y los efectos en el tiempo de la protección de dichas parejas (en relación con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes), la Jurisprudencia de tutela, con las decisiones aquí reseñadas, ha aclarado dichos puntos y al día de hoy provee seguridad jurídica suficiente sobre el alcance del principio de igualdad de derechos pensionales entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales.

174. La Corte Constitucional ha afirmado de forma reiterada, con el valor de precedente judicial y sin fractura alguna en al menos ocho sentencias ((Sic.)T-050 de 2010, T-592 de 2010, T-346 de (Sic.) 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014, T-823 de 2014) el principio de igualdad y de libertad de prueba de la convivencia para las parejas del mismo sexo, en los mismos términos exigidos para las parejas heterosexuales.

175. La Corte Constitucional ha afirmado de forma reiterada, con el valor de precedente judicial y sin fractura alguna en al menos cuatro sentencias ((Sic.) T-050 de 2010, T-592 de 2010, T-716 de 2011 y T-860 de 2011) que la Sentencia C-336 de 2008, tiene efectos generales hacia el futuro y cobija a las parejas del mismo sexo, incluso si el compañero o la compañera permanente falleció con anterioridad a su expedición (efecto retrospectivo).

176. Estas reglas están reforzadas por la declaración de efectos *inter comunis* que hiciera la Corte Constitucional en su Sentencia (Sic.) T-050 de 2010. Por lo que, en principio, toda autoridad administrativa, particular encargado de la prestación del servicio público de seguridad social, o juez de la República, está en la obligación de adoptarlas y aplicarlas frente a los casos en que sean sometidos a su conocimiento, por personas que estén una situación fáctica similar a la de los peticionarios en aquella decisión.”⁵³

Como puede verse, a partir de la emisión de la Sentencia T-051 de 2010, de manera constante y reiterada, la Corte Constitucional ha reconocido la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la existencia de la unión entre personas del mismo sexo.

⁵³ Peritaje rendido por el profesor Juan Carlos Upegui, mediante declaración ante fedatario público, en el marco del presente caso. Parr. 75 y siguientes.

Del mismo modo debe valorarse que, en las ocasiones en que la Corte Constitucional encontró probado que el accionante vivía con VIH/SIDA, decretó la procedencia de la acción de tutela. Lo anterior, en consideración a su condición de sujetos de especial protección. Esto fue reconocido por el profesor Juan Carlos Upegui, mediante el peritaje que rindió ante fedatario público. Al respecto, manifestó que:

“180. En todos los casos, cinco en total, en que el peticionario padecía VIH-sida, en atención a la situación especial que esta condición implica, la Corte declaró procedente la acción de tutela. (Sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-860 de 2011, T-151 de 2014 y T-327 de 2014) Asimismo ha considerado que la acción de tutela es procedente para el reconocimiento de los derechos asociados al reconocimiento de la pensión sobrevivientes de las parejas del mismo sexo, cuando advierte carencia de recursos que afecte el mínimo vital, que los peticionarios son de la tercera edad, o que están enfermos. (Sentencias T-1241 de 2008, T-716 de 2011 y T-823 de 2014).”⁵⁴

El Estado resalta que las conclusiones reseñadas en las citas anteriores, no han sido controvertidas por los representantes de la presunta víctima o por la H. Comisión, ni por los peritos presentados por las partes. Hasta el momento, no se ha aportado alguna decisión de la Corte Constitucional posterior al 2010, que: **i)** desconozca el derecho del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente, **ii)** controvierta la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008, **iii)** desatienda la libertad de medios probatorios para acreditar la unión o **iv)** niegue la procedencia del amparo cuando el accionante es una persona que vive con VIH/SIDA.⁵⁵

Conforme con lo previamente expuesto se reitera que el ordenamiento jurídico colombiano ofrece plena certeza en relación con la forma en que los compañeros supérstites de las parejas del mismo sexo pueden acceder a la pensión de sobreviviente. Esto en razón a que la jurisprudencia constitucional evolucionó y resolvió la situación pensional de dichas uniones. Lo anterior tuvo lugar con la emisión de la Sentencia C-336 de 2008 y se consolidó con la Sentencia T-051 de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, existe un precedente consolidado en relación con la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008. Tal situación también se verifica frente a la libertad de medios probatorios para acreditar una unión entre personas del mismo sexo.

Las reglas judiciales expuestas en el párrafo precedente, resultan vinculantes para los jueces, las entidades públicas y los fondos privados de pensiones. La vulneración de

⁵⁴ *Ibidem*, Parr. 180.

⁵⁵ En este punto el Estado se opone a las alegaciones realizadas en el *amicus curiae* presentado por Colombia Diversa y País, en las que se afirma lo siguiente: podemos creer que pueden existir más casos donde se haya negado la pensión pero i) no fueron seleccionadas para revisión por la Corte Constitucional, ii) el accionante desistió ante alguna instancia administrativa o judicial, iii) o simplemente la persona desconoce su derecho a acceder a una pensión de sobreviviente debido a la confusión de la jurisprudencia, la falta de información y de políticas o directrices para su garantía por parte del Estado colombiano.” Al respecto, se resalta que los hechos descritos parte de una suposición, pues no han sido acreditados por ningún medio.

derechos fundamentales derivada de su incumplimiento, podrá ser subsanada de manera expedita mediante la acción tutela.

A continuación se seguirá demostrando que los argumentos presentados por los representantes de la presunta víctima y la H. Comisión, no cuentan con la entidad necesaria para desvirtuar las anteriores conclusiones.

i. El reconocimiento de la pensión se sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, por parte de los operadores del Sistema General de Seguridad Social

En el marco del presente trámite internacional los representantes de la presunta víctima han afirmado que los operadores del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, imponen trabas administrativas frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. A partir de lo anterior, alegan que el ordenamiento jurídico nacional no ofrece certeza sobre las condiciones en que estas uniones pueden acceder a la prestación en cuestión.⁵⁶

El Estado no pretende negar que han existido casos en que los administradores del sistema pensional colombiano han desconocido las normas sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Lo anterior, fue reconocido por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-592 de 2010.

En todo caso, tal situación no constituye un elemento que desvirtúe la vinculatoriedad y la certeza que ofrece el ordenamiento colombiano respecto de las condiciones en que estas uniones pueden acceder al derecho pensional en cuestión. Al respecto, deben considerarse dos cuestiones:

i) Existe un número importante de casos en que, con posterioridad a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008, las entidades encargadas de la administración del Sistema General de Seguridad Social procedieron al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo por vía administrativa.⁵⁷ Al respecto, se tiene que:

- COLPENSIONES, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que por vía administrativa ha reconocido 453 pensiones de sobreviviente al

⁵⁶ Esto fue expuestos por los representantes de la presunta víctima, durante la audiencia pública del presente caso.

⁵⁷ Con el fin de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia, por intermedio de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado colombiano, se solicitó información a los administradores del Sistema de Pensiones sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. El requerimiento fue atendido por: COLPENSIONES, PORVENIR, EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, COLFONDOS, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENCIONES Y CESANTIAS y La CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES ACDAC.

compañero supérstite de una pareja del mismo sexo y 8 por vía judicial. Adicionalmente, señaló que ha negado 432 solicitudes.⁵⁸

- PORVENIR, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que por vía administrativa ha reconocido 44 pensiones de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo y ha negado 24. Al respecto precisó que: “la decisiones desfavorables, obedecieron al no cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley Colombiana, como por ejemplo, el no contar con el número mínimo de semanas cotizadas.”⁵⁹ No se reportaron prestaciones otorgadas por vía judicial.
- EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que ha recibido 2 solicitudes de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según lo expresado por la entidad, dichos requerimientos fueron resueltos de manera favorable. Es importante precisar que, una de las reclamaciones, corresponde al Caso X Vs. Colombia.⁶⁰
- COLFONDOS, mediante Oficio del 10 de septiembre de 2015⁶¹, informó que ha recibido 33 solicitudes de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según lo expresado por la entidad, 31 de dichos requerimientos fueron resueltos por vía administrativa de manera favorable, entre estos, existe un número plural de casos donde el causante falleció de manera previa a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008.⁶² Adicionalmente, se reportó que respecto de dos solicitudes medió intervención judicial.
- OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, mediante Oficio del 8 de agosto de 2015, informó que a la fecha

⁵⁸ (Anexo 1) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁵⁹ (Anexo 2) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁶⁰ (Anexo 3) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁶¹ (Anexo 4) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁶² Al respecto, mediante correo electrónico remitido por el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, el 24 de septiembre de 2015, se precisó lo siguiente: “Hemos revisado a profundidad los expedientes de cada uno de los trámites de reconocimiento de pensión de parejas del mismo sexo y concluimos lo siguiente: **1.** Se han recibido 33 casos de solicitudes de pensión por parte de afiliados de Colfondos con parejas del mismo sexo. **2.** De las 33 solicitudes tramitadas, 33 obtuvieron reconocimiento de pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia. **3.** De las 33 pensiones, 4 son pensiones de vejez, 12 son pensiones de invalidez y 17 son pensiones de sobrevivencia. **4.** De acuerdo con la información que reposa en los expedientes, 11 de los 33 casos corresponden a hechos que originaron el derecho a la pensión con fecha anterior a la sentencia C-336 de 2008. **5.** De las 17 pensiones de sobrevivencia tramitadas, 6 corresponden a siniestros ocurridos antes de la expedición de la sentencia C-336 de 2008.” (Subrayas fuera de texto original)

no ha recibido solicitudes de reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.⁶³

- La CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES ACDAC, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que a la fecha no ha recibido solicitudes de reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.⁶⁴

Lo expuesto demuestra que, en la actualidad, existe un importante número de pensiones de sobreviviente reconocidas por vía administrativa al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo (541). Esa cifra supera ampliamente a los casos en los que se requirió la intervención de autoridades judiciales. Esto evidencia que los administradores del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a pesar de las dificultades iniciales, adecuaron sus actuaciones a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional, conforme a la certeza y vinculatoriedad que ofrecen las normas que regulan el acceso a dicha prestación.

ii) A su vez en el marco del presente trámite internacional se ha probado que, en los casos en que las entidades públicas o los particulares no acataron lo dispuesto en la Sentencia T-051 de 2010, el Estado brindó una tutela jurisdiccional efectiva. Según como se establecerá en los apartados posteriores de este escrito y se demostró en las intervenciones anteriores de Colombia, los actos administrativos o las resoluciones que no acataron las reglas judiciales referidas a la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 y a la posibilidad de acreditar la unión entre personas del mismo sexo por medios distintos a la declaración de los interesados ante notario público, fueron revocadas mediante el ejercicio del amparo⁶⁵ o de los recursos que ofrece la Jurisdicción Ordinaria.⁶⁶ Si el precedente en cuestión careciera de vinculatoriedad o de certeza, las actuaciones descritas, no hubieren resultado posibles.

En este punto debe considerarse que, por lo general, cuando en un Estado se protege a un grupo minoritarios mediante la adopción de medidas (judiciales o legislativas) contramayoritarias que no gozan de un consenso social amplio, inicialmente surgen dificultades frente a su aplicación inmediata, voluntaria y generalizada. Bajo esta hipótesis, cobra especial relevancia que en el marco de la jurisdicción interna surjan recursos judiciales efectivos, que permitan la correcta aplicación de las medidas dispuestas para evitar actuaciones discriminatorias, mientras se surten los procesos comunitarios de adecuación a las nuevas perspectivas jurídicas.

⁶³ (Anexo 5) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁶⁴ (Anexo 6) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁶⁵ Lo expuesto, se encuentra acreditado mediante las sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014 y T-823 de 2014, proferidas por la Corte Constitucional. Al respecto, también obra: Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, Sentencia del 26 de septiembre de 2013. Radicado 2013-078-01. El fallo en cuestión fue aportado por el profesor Rodrigo Uprimy en el marco del peritaje rindió en presente trámite internacional.

⁶⁶ Al respecto, se aporta el siguiente fallo: Tribunal Superior de Medellín, Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicado: 05001-31-05-013-2013-001331-01. (Anexo 7) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

Un ejemplo de lo anterior está constituido por las acciones desplegadas para erradicar la segregación racial en el sistema de educación de los Estados Unidos. Como se sabe, mediante el fallo “Brown Vs. Board of Education”, la Corte Suprema de ese país estableció que no debía existir una separación entre los niños afrodescendientes y los niños blancos en el acceso a los colegios norteamericanos.⁶⁷

A pesar de la clara e indiscutible fuerza vinculante de la que goza el precedente de la Corte Suprema de Justicia en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, se presentaron múltiples problemas en relación con la aplicación inmediata y “automática” de la prohibición de la segregación en el sistema de educación de ese país.⁶⁸

En primer lugar debe mencionarse que, con posterioridad a la emisión del fallo bajo análisis, en el condado de Prince Edward del Estado de Virginia, se procedió al cierre de todas las escuelas públicas con el fin de evadir el cumplimiento de la medida antidiscriminatoria. Conforme con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia norteamericana, tuvo que ordenar su reapertura inmediata.⁶⁹

También ocurrió que, después de la emisión del fallo “Brown”, un grupo de diputados y senadores del Sur (101 sobre 126 del total de representantes de los Estados), emitió un “Manifiesto Sureño”. Mediante dicha declaración se denunciaba que las medidas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de su país para eliminar la segregación en el sistema de educación, constituían un claro abuso de los poderes judiciales.⁷⁰

Adicionalmente, en Topeka, se implementaron políticas de inscripción escolar mediante las que se pretendió evadir las órdenes referidas a la eliminación de la segregación. Tal situación provocó la emisión de un pronunciamiento adicional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (caso “Brown II”). Mediante dicha actuación, se prescribió que el fallo Brown debía ser acatado con celeridad. Además, se determinó que las Cortes inferiores debían vigilar su cumplimiento.⁷¹

A pesar de lo anterior, se siguieron presentando dificultades con la implementación de las medidas para la abolición de la segregación en el sistema escolar de los Estados Unidos. Conforme con ello, la Corte Suprema de Justicia de ese país, emitió un nuevo fallo mediante el que reconoció que: “los problemas afrontados por los tribunales de distrito y las cortes de apelaciones muestran claramente que ahora debemos tratar de ampliar las pautas, por incompletas e imperfectas que ellas sean, para ayudar a las autoridades escolares y los tribunales.”⁷²

⁶⁷ UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, La igualdad ante la ley en el caso Brown v. Board of Education (1954). Juan Antonio Barrero Berardinelli, abril de 2012.

⁶⁸ Apostillas sobre el fallo fundacional de la Corte Warren en su cincuentenario. Artículo publicado en “El Derecho” del 14 de julio de 2004. Compilado en “El Derecho Constitucional”, t. 2004, pp. 455 a 461.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Swan, 402 U.S. 1.

Como puede verse, en el caso de la abolición de la segregación racial en el sistema escolar norteamericano, existieron importantes dificultades en la implementación inmediata y generalizada de las medidas antidiscriminatorias adoptadas por la Corte Suprema de Estados Unidos. Lo descrito, ameritó la intervención posterior del Tribunal en cita, con el fin de lograr el adecuado cumplimiento de su decisión. Tal situación, en gran medida, obedeció a que se trataba de la protección de un grupo minoritario mediante la adopción de acciones contra-mayoritarias que no gozaban de un consenso social amplio.

Desde esta perspectiva, no sería posible que se concluyera que lo ocurrido en Estados Unidos demostraba la ausencia de vinculatoriedad del precedente de la Corte Suprema de Justicia en el ordenamiento jurídico norteamericano. La obligatoriedad de las reglas judiciales proferidas por dicho estamento, constituye un elemento incontrovertible en la conformación normativa de dicho Estado.

Como puede verse, la manifestación principal de la vinculatoriedad de las medidas adoptadas por la Corte Suprema de Justicia, fue la adopción de medidas posteriores por ese mismo Tribunal para revocar las actuaciones de las autoridades estatales que resultaban contrarias a las acciones antidiscriminatorias previamente dispuestas.

Es claro que la situación descrita cuenta con características comunes al reconocimiento de derechos pensionales a las parejas del mismo sexo. De esta forma es posible concluir que, las dificultades que han existido en esta materia, no provienen de la falta de certeza o de vinculatoriedad efectiva del precedente que la regula. Tal situación, obedece a que se trata de una medida contra-mayoritaria, que inicialmente no gozaba de un consenso social amplio en Colombia.

Por tanto, se ha surtido un proceso de adecuación en el que el consenso jurídico que existe en la jurisdicción sobre el punto en cuestión, está incursionando sobre los demás ámbitos de la vida nacional. Durante dicho periodo, los administradores del Sistema General de Seguridad Social, han adaptado sus actuaciones a las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Esto se puede inferir de las cifras expuestas en los párrafos anteriores.

Adicionalmente se insiste en que durante el proceso descrito en el párrafo anterior, en los casos en que las entidades públicas o los particulares encargados de la administración del sistema pensional colombiano desacataron el precedente constitucional, se otorgó una protección judicial efectiva. Al respecto se reitera que, los actos administrativos que desconocieron la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 o la libertad de medios probatorios para acreditar la unión, fueron revocados mediante el ejercicio de la acción de tutela⁷³ o de los recursos que provee la Jurisdicción Ordinaria.⁷⁴ Conforme con

⁷³ Lo expuesto, se encuentra acreditado mediante las sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014 y T-823 de 2014, proferidas por la Corte Constitucional. Al respecto, también obra: Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, Sentencia del 26 de septiembre de 2013. Radicado 2013-078-01. El fallo en cuestión fue aportado por el profesor Rodrigo Uprimy en el marco del peritaje rindió en presente trámite internacional.

las actuaciones previamente enunciadas (acceso efectivo a la prestación en cuestión en mayor medida por vía administrativa y en menor medida por vía judicial), se encuentra demostrada la vinculatoriedad y certeza que ofrece el ordenamiento colombiano en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

ii. Los efectos *pro futuro* de la Sentencia C-336 de 2008, no riñen con su aplicación retrospectiva

En el marco del presente trámite internacional se ha tratado de cuestionar al precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010 y reiterado hasta la fecha, bajo la consideración consistente en que mediante un fallo de tutela se están modificando los efectos en el tiempo de una sentencia de constitucionalidad.⁷⁵

Para fundamentar lo anterior los representantes de la presunta víctima afirman que, en el *decisum* de la Sentencia C-336 de 2008, no se dispuso que dicho fallo contara con efectos retroactivos. En consecuencia, según su apreciación, no es posible que se aplique en los casos en que el causante falleció antes de su emisión. Para fundamentar la postura descrita, acuden a lo establecido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”

La disposición en cuestión ha sido interpretada en el sentido en que las sentencias que emita la Corte Constitucional, tienen efectos hacia el futuro, a menos que en su parte resolutive se consagre algo diferente. Expuesto lo anterior debe considerarse que, la Sentencia T-051 de 2010 y aquellas que la han reiterado hasta la fecha, en forma alguna han contrarían la norma previamente mencionada.

Lo anterior, por cuanto la aplicación retrospectiva de una regla de derecho se encuentra comprendida dentro de sus efectos hacia el futuro. Esto, en razón a que si bien el supuesto de hecho que se está valorando surgió bajo la vigencia de una norma anterior, por no tratarse de una situación consolidada, su curso causal se proyecta sobre la regla posterior. Al respecto, la Corte Constitucional, ha manifestado lo siguiente:

⁷⁴ Al respecto, se aporta el siguiente fallo: Tribunal Superior de Medellín, Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicado: 05001-31-05-013-2013-001331-01. (Anexo 7) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

⁷⁵ Esto fue expuesto por los representantes de la presunta víctima, durante la audiencia pública del presente caso.

“14.- De este modo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las características principales y generales de los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad, que como se dijo, aplican a los fallos de inexecutable y de executable condicionada. Dichas características, derivan en gran medida de los efectos en el tiempo de las normas de derecho. En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Luego, aquello que dispone una norma jurídica 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 de entrada en vigencia de la norma. 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. La Corte Constitucional ha desarrollado pues, 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.”⁷⁶ (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Conforme con lo expuesto en la cita anterior puede observarse que, de manera reiterada, la Corte Constitucional ha reconocido que los efectos *pro futuro* de una regla de derecho incluyen su retrospectividad. Por tanto, su aplicación frente a situaciones no consolidadas que se iniciaron antes de la entrada en vigencia del precepto posterior, no puede equipararse a la retroactividad o aplicación hacia el pasado. Lo anterior, también fue reconocido por el perito Juan Carlos Upegui, mediante su declaración ante fedatario público. Su contenido, en lo relevante, es el siguiente:

“16. La expresión “*efectos hacia el futuro*” emparentada con la expresión “*efecto general inmediato*” ha sido interpretada de conformidad con las nociones generales de la aplicación de las normas en el tiempo y los principios generales del derecho. En este sentido se ha considerado que implica efectos retrospectivos. Predicado de la Constitución y de la Ley, se afirma que el efecto general inmediato, incluye la regulación de las situaciones jurídicas no consolidadas y las relaciones jurídicas en curso. En este sentido la Corte ha afirmado que la Constitución de 1991 “*tiene efectos retrospectivos*” y por tanto “*sus mandatos cubren todo el ordenamiento legal existente*” (consideración b, Sentencia C-177 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz) o que las leyes en general y en especial las leyes laborales tienen “*efecto retrospectivo*”, y por tanto tienen poder regulatorio sobre los contratos en curso al momento de su entrada en

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-389 de 2009.

vigencia. (Consideración 6, Sentencia C-781 de 2003, MP Clara Inés Vargas). Predicado de las Sentencias de Constitucionalidad, el efecto general inmediata o hacia el futuro, incluye poder regulatorio o vinculante sobre “*las situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso*” al momento de la expedición de la sentencia (consideración 14, Sentencia T-389 de 2009, MP Humberto Sierra).⁷⁷

Expuesto lo anterior, debe valorarse que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha considerado que el reconocimiento del derecho pensional no se torna en una situación jurídica consolidada, desde la muerte del causante o desde el momento en que se presenta la negativa a una solicitud inicial. Esto en razón a que es reconocida como una prestación periódica imprescriptible⁷⁸, que aún negada puede volver a solicitarse en cualquier tiempo.⁷⁹

Conforme con lo anterior la Corte Constitucional estableció que, frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, no puede predicarse la existencia de una situación jurídica consolidada a partir de la muerte del causante o de la existencia de una negativa al reconocimiento del derecho en cuestión. En consecuencia, en las ocasiones en que tales hechos hubieran ocurrido antes de la emisión de la Sentencia C-336 de 2008, debía darse la aplicación retrospectiva a dicho fallo de constitucionalidad. Según lo expuesto en los párrafos anteriores, esa actuación en modo alguno conduce a la modificación de sus efectos hacia el futuro. Al respecto, se ha manifestado lo siguiente:

“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.

(...) 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.

⁷⁷ Peritaje rendido por el profesor Juan Carlos Upegui, mediante declaración ante fedatario público, en el marco del presente caso. Párr. 16.

⁷⁸ En este punto, debe precisarse que la imprescriptibilidad se predica en relación con el derecho en sí mismo, pero no se hace extensiva a la mesadas pensionales.

⁷⁹ Lo expuesto, fue reconocido por el Consejo de Estado como se expone a continuación: “En efecto, esta Corporación en Sentencia de 2 de octubre de 2008, ha sostenido que el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional es imprescriptible, y por ende, aún negado puede volverse a solicitar a la administración en cualquier tiempo.” (Subrayas fuera del texto original) Consejo de Estado, Sentencia de 2 de octubre de 2008, Radicación N° 25000 2325 000 2002 06050 01 (0363-08)”

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. (...)

Así las cosas, si no existe en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte (sic) 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.⁸⁰ (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la aplicación de la Sentencia C-336 de 2008 a los casos en que la muerte del causante se produjo antes de su emisión, constituye la aplicación retrospectiva del fallo de constitucionalidad en cuestión. Esto se enmarca dentro de sus efectos hacia el futuro, conforme a lo establecido en su parte resolutive y al artículo 45 de la Ley 270 de 1996. La tesis expuesta, resulta plenamente concordante con la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional, en relación con los efectos en el tiempo de sus fallos. Por tanto, no puede ser calificada como irreflexiva, incierta o fácilmente cuestionable.

De acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores del presente apartado, se encuentra demostrado que el precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010, en modo alguno modificó lo establecido en la Sentencia C-336 de 2008. Se insiste en que la aplicación retrospectiva del fallo de constitucionalidad en cuestión, se enmarca dentro de sus efectos hacia el futuro.

Conforme con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996⁸¹, no resultaba indispensable que tal situación fuera estipulada expresamente, en la parte motiva o resolutive de la Sentencia C-336 de 2008. De esta forma se concluye que las alegaciones de los representantes de la presunta víctima bajo análisis en este apartado, no desvirtúan la certeza y vinculatoriedad del precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010.

iii. Las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, se encuentran facultadas para interpretar los fallos proferidos por la Sala Plena de esa Corporación

En el marco del presente trámite internacional, se ha tratado de cuestionar el precedente que ha imperado desde la Sentencia T-051 de 2010 a la fecha, bajo la consideración consistente en que las Salas de Revisión no se encuentran facultadas para adelantar una interpretación sobre la manera en que se deben aplicar las decisiones de control abstracto de constitucionalidad a casos concretos.⁸² Desde esta perspectiva se ha afirmado que,

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-860 de 2011.

⁸¹ “Artículo 45: Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del Control Judicial de constitucionalidad. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”

⁸² Esto fue expuesto por los representantes de la presunta víctima, durante la audiencia pública del presente caso.

mediante sentencias de tutela emitidas por dicha Corporación, no era posible que se implementaran hermenéuticas que ratificaran la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 (la cual hace parte de sus efectos *pro futuro*) o que ampliaran sus perspectivas en relación con la forma en que era posible acreditar la unión entre personas del mismo sexo.

Tal postura desconoce que, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ha reconocido que Salas de Revisión se encuentran facultadas para establecer la forma en que deben aplicarse las decisiones emitidas por el pleno frente a casos concretos. Al respecto, se ha manifestado lo siguiente:

“(…) si bien es cierto que las sentencias de tutela proferidas por la Sala Plena revisten mayor importancia en la medida que unifican la jurisprudencia y señalan los derroteros básicos, también lo es que las sentencias de las Salas de Revisión desempeñan un papel muy importante, porque orientan la interpretación de las sentencias unificadoras y precisan su alcance en otros casos concretos, encauzando así la labor de los jueces en las instancias.”⁸³
(Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, conforme con el ordenamiento constitucional colombiano, resulta plenamente admisible que los fallos emitidos por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional orienten la interpretación de las sentencias proferidos por la Sala Plena de dicho Tribunal respecto de su aplicación en casos concretos. Es importante aclarar que tal potestad, de ningún modo, se extiende a la posibilidad de que se modifique el sentido de las decisiones que adopte el pleno.

La competencia asignada a las Salas de Revisión, con miras a una interpretación garantista y conforme al principio *pro persona* de las sentencias emitidas a la Sala Plena, resulta plenamente razonable. En algunas ocasiones es sumamente complejo que, mediante un fallo de control abstracto de constitucionalidad o mediante una decisión de unificación, se abarquen todas las variables que pueden presentarse en relación con la aplicación de las reglas judiciales contempladas en dichas providencias respecto de los casos concretos que surjan de manera posterior.

Como se sabe, la hipótesis previamente descrita tuvo lugar frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo. En el fallo de control abstracto de constitucionalidad, no se contempló expresamente la manera en que debían atenderse los casos en que: **i)** la muerte del causante se produjo antes de la Sentencia C-336 de 2008 o **ii)** los integrantes de la unión no habían concurrido de manera previa al deceso del asegurado ante notario público para declarar de forma conjunta su convivencia.

Con base en lo establecido en la jurisprudencia previamente citada, resulta concordante con las competencias de las Salas de Revisión, que se profirieran decisiones fundadas hermenéuticas que materializaran el principio de no discriminación que ilustró a la

⁸³ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Auto -031A de 2002.

Sentencia C-336 de 2008. De esta forma era plenamente razonable que, frente a los casos concretos que presentaban las problemáticas descritas en el párrafo anterior, ratificaran que la aplicación retrospectiva del dicho fallo de constitucionalidad estaba comprendida en sus efectos *pro futuro* y que para acreditar la unión son admisibles medios de prueba distintos a la declaración conjunta ante notario de los interesados.

Lo anterior, en modo alguno, puede ser considerado como una intrusión de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional sobre las competencias de la Sala Plena de dicho Tribunal. Esto en razón a que no se alteró el sentido de la decisión de control abstracto de constitucionalidad. Simplemente se interpretó la forma en que la exequibilidad condicionada contenida en la Sentencia C-336 de 2008, debía aplicarse en casos de características específicas no contempladas inicialmente. Por tanto, las alegaciones bajo análisis en el presente apartado, no desvirtúan la certeza y la vinculatoriedad del precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010.

iv. La Sentencia T-051 de 2010, se encuentra ejecutoriada. Por tanto, una solicitud de nulidad en su contra resultaría improcedente

En el marco del presente trámite internacional, con el fin de cuestionar la certeza y la vinculatoriedad del precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010, se ha mencionado que respecto de dicho fallo uno de los 3 magistrados que integró la Sala de Revisión de la Corte Constitucional que lo profirió salvó su voto. Según la apreciación del magistrado disidente, las cuestiones referidas a la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, correspondían a la competencia de la Sala Plena de dicha Corporación. Para fundamentar su postura manifestó que la implementación de las reglas judiciales previamente expuestas, constituía un cambio de jurisprudencia.⁸⁴ En relación con lo anterior, resultan pertinentes las siguientes precisiones:

En primer lugar debe considerarse que el cambio de la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional por parte de una de sus Salas de Revisión, constituye una causal de nulidad.⁸⁵ La situación descrita deberá ser alegada dentro del término de ejecutoria de la sentencia cuestionada. Es decir, dentro de los tres días posteriores a su notificación. Trascurrido dicho término la decisión hará tránsito a cosa juzgada y cualquier vicio quedará saneado automáticamente. Al respecto, se ha manifestado lo siguiente:

“Oportunidad. Que el incidente de nulidad se proponga de manera oportuna, es decir, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia. Este límite ha sido considerado por esta Corporación, como necesario para

⁸⁴ Al respecto se manifestó lo siguiente: “Oportunamente, propuse a mis colegas de Sala que el asunto fuera llevado al conocimiento de la Sala Plena, para que allí se adoptara una decisión de unificación, que precisara de manera definitiva el alcance del derecho a la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo y su reconocimiento en sede de tutela. Sin embargo, mi sugerencia no fue acogida, con los resultados conocidos, que son los que me llevan a salvar el voto en el presente caso.” Corte Constitucional. Sentencia T-051 de 2010. Salvamento de Voto del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁵ Los argumentos que fundamentan lo expuesto, fueron desarrollados in extenso en la contestación del Estado colombiano, página 63 y siguientes.

proteger la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la cosa juzgada constitucional, que surge de la interpretación analógica del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991⁸⁶.

Es preciso indicar, que la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones⁸⁷, ha señalado que vencido el término en precedencia sin que se hubiere promovido el incidente de nulidad por las personas legitimadas para el efecto, la sentencia queda ejecutoriada y cualquier eventual irregularidad que se hubiere presentado en ella, queda automáticamente saneada.”⁸⁸ (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Dentro de la oportunidad descrita en la cita anterior, no se solicitó la nulidad de la Sentencia T-051 de 2010. Por tanto, lo decidido en ella hizo tránsito a cosa juzgada y la presunta irregularidad alegada en el salvamento de voto bajo análisis, de haber existido, quedó saneada. De esta forma, se concluye que lo decidido en el fallo de revisión en cuestión resulta inmodificable.

v. Las reglas judiciales referidas a la aplicación retrospectiva de la sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo han sido acogidas y ratificadas por las Salas de Revisión y Sala Plena de la Corte Constitucional

En relación con el punto en cuestión debe precisarse que los salvamentos de voto realizados en el interior de los cuerpos judiciales colegiados, únicamente gozan de valor doctrinario. En consecuencia, su contenido no tiene la virtualidad de afectar la certeza o la vinculatoriedad de la decisión mayoritaria, pues ésta es la que hace tránsito juzgada y cobra el valor de preceden judicial.

En todo caso debe reconocerse que los salvamentos de voto pueden contribuir a que en el futuro, a partir de su contenido, se generen deliberaciones en el interior del cuerpo judicial colegiado en el que se emitió. Tales disertaciones, pueden derivar en modificaciones a la jurisprudencia.

La situación descrita no se verificó en relación con el precedente proveniente de la Sentencia T-051 de 2010. Según como se ha expuesto en múltiples oportunidades, las reglas judiciales consagradas en dicho fallo, han sido reiteradas de manera constante y sin fracturas por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional (Sentencias T-592 de 2010,

⁸⁶Ver Autos 232 del 14 de junio de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; 031A del 30 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y 330 del 22 de noviembre de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre muchos otros. Especialmente, en relación con la ausencia de norma respecto del término para solicitar la nulidad de la sentencia y la consecuente necesidad de utilizar la analogía, puede verse lo expuesto en el auto 163A del 16 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸⁷Ver los autos 030 del 18 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; 031A del 30 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y 217 del 9 de agosto de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otros.

⁸⁸Corte Constitucional de Colombia. Auto-050 de 2012.

T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014, T-823 de 2014).

Adicionalmente debe considerarse que, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante el Auto 022 de 2013, determinó que el precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010 constituía la jurisprudencia en vigor de dicha Corporación y que resultaba plenamente concordante con la *ratio juris* de la Sentencia C-336 de 2008. Esto en razón a que representaba la aplicación del principio de no discriminación, en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

Lo anterior tuvo lugar durante el trámite de una solicitud de nulidad, fundada en un supuesto cambio irregular de jurisprudencia, en contra de la Sentencia T-716 de 2011. Mediante dicho fallo, se reiteraron las reglas judiciales dispuestas en la Sentencia T-051 de 2010.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante el Auto-022 de 2013, negó la solicitud previamente descrita. Al respecto, consideró que la sentencia cuestionada no cambió el precedente establecido por el pleno de la Corporación. El texto de la providencia en cita, en lo relevante, es el siguiente:

“3.4.5. El siguiente aspecto que asumió la decisión T-716/11 fue la problemática específica de los requisitos fácticos para que las parejas del mismo sexo accedieran a la pensión de sobrevivientes. Aquí explicó cómo diferentes decisiones de revisión de tutela, y en especial la sentencia T-051/10, habían concluido que interpretaciones restrictivas de los requisitos impuestos por la sentencia C-336/08 habían ocasionado que, en casos concretos, las parejas del mismo sexo resultaran discriminadas a través de la imposición de condiciones no exigidas a las parejas del diferente sexo. Específicamente, distintas administradoras de pensiones negaban el reconocimiento y pago de la prestación al considerar que (i) la sentencia C-336/08 tenía efectos constitutivos, razón por la cual solo procedía la pensión cuando el fallecimiento del causante hubiera sucedido antes de dicha sentencia; y/o (ii) los interesados no habían formalizado su convivencia, antes de la muerte del afiliado, mediante la declaración notarial.

Estas exigencias, que no eran predicables para el caso de las parejas del mismo sexo, fueron consideradas por la Corte, bien tratamientos discriminatorios injustificados, o bien exigencias desproporcionadas e irrazonables. Por esta razón, como se explicó en el numeral 1.2.6. de los antecedentes de este Auto, la Corte confirió efectos *inter comunis* a la sentencia T-051/10, con el fin de prever que esas condiciones, comprendidas como limitaciones inconstitucionales para el acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de las parejas del mismo sexo, no podían exigirse en casos análogos futuros, puesto que imponen un trato discriminatorio contra estas parejas, que era precisamente lo que proscibía el fallo C-336/08, investido con efectos de cosa juzgada constitucional. En otros términos, la sentencia T-051/10 dejó establecido que la aplicación de esos requisitos no podía tornarse en una vía para fundamentar

la violación del derecho fundamental al debido proceso administrativo de los solicitantes, a través de la imposición de requisitos discriminatorios, irrazonables o desproporcionados. Por ende, la solución que a la luz de la obligatoria protección del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo solucionaba esta problemática, era la del tratamiento paritario para los compañeros permanentes del mismo y de diferente sexo. Esto debido a precisamente ese era el objeto del condicionamiento fijado en la parte resolutive de la sentencia C-336/08 amparada, como se ha insistido, por los efectos de la cosa juzgada constitucional.

Por último, la sentencia reiteró los requisitos para la procedencia excepcional de la acción de tutela para la obtención de la pensión de sobrevivientes, circunscritos a la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable, que permita al juez constitucional conceder el amparo como mecanismo transitorio. Esto fue lo que motivó que en los casos concretos de *Pedro y Luisa* se demostrara que (i) se estaba ante la inminencia de un perjuicio irremediable, derivado del hecho que los accionantes dependían exclusivamente de los causantes, por lo que la ausencia del ingreso afectaba, de manera cierta, su mínimo vital; y (ii) las respectivas entidades administradoras de pensiones habían impuesto a los actores, como requisito para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, condiciones que la jurisprudencia de la Corte ha calificado como discriminatorias, irrazonables o desproporcionadas y, por ende, contrarias a los efectos de la sentencia C-366/08, que obliga a un tratamiento paritario en materia de acceso a la seguridad social, respecto de las parejas del mismo y de diferente sexo.

3.4.6. En suma, la Sala Plena encuentra que la sentencia T-716/11 se sustentó en precedentes judiciales definidos, los cuales prescriben el tratamiento paritario antes mencionado, al igual que la proscripción de exigencias discriminatorias, desproporcionadas e irrazonables para acceder a la pensión de sobrevivientes, incompatibles con la protección de los derechos a la igualdad, la seguridad social y el debido proceso administrativo de las personas integrantes de parejas del mismo sexo, mandato constitucional evidenciado en sentencias de control abstracto y concreto de constitucionalidad, entre ellas las decisiones C-075/07, C-336/08 y T-051/10.⁸⁹ (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse la Sala Plena de la Corte Constitucional reconoció que lo establecido en la Sentencia T-051 de 2010 y en aquellas que la reiteraron, constituye un desarrollo de lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008. Según como se expuso previamente, las Salas de Revisión de dicha Corporación, se encuentran facultadas para implementar hermenéuticas mediante las que se determine la manera en que deben aplicarse las sentencias de control abstracto de constitucionalidad a casos concretos. En ese contexto se enmarcan las reglas judiciales referidas a la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia. Auto-022 de 2013.

posibilidad de que se acredite la unión entre personas del mismo sexo por medios distintos a la declaración conjunta ante notario.

Conforme con lo expuesto en los apartados anteriores se encuentra demostrado que, de acuerdo con lo preceptuado por la Sala Plena de nuestro máximo Tribunal Constitucional, ya han sido descartadas las alegaciones mediante las que se pretende establecer que con la Sentencia T-051 de 2010 se pretendió modificar de manera irregular lo establecido en la Sentencia C-336 de 2008.

Según como se expuso previamente, el pleno de la Corporación en cuestión ha reconocido expresamente que las reglas referidas a la aplicación retrospectiva del fallo de exequibilidad condicionada en cita y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, representan la jurisprudencia en vigor frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja homosexual. Por tanto, constituyen precedente judicial y vinculan a todos los operadores jurídicos.

Para el Estado resulta claro que lo deseable hubiese sido que todas las variables posibles en relación con la regulación de la figura jurídica en cuestión, quedaran cubiertas con la Sentencia C-336 de 2008. Pero, como se expuso previamente, en ocasiones resulta sumamente complejo que mediante un fallo de control de abstracto de constitucionalidad se abarquen todas las situaciones que pueden presentarse en relación con la aplicación de la disposición objeto de control a casos concretos. Al respecto, conforme con lo expuesto en los apartados anteriores, debe valorarse que la Jurisdicción Constitucional mediante emisión de providencias posteriores, las cuales han hecho tránsito a cosa juzgada y constituyen precedente judicial, resolvió de manera razonable y atendiendo al principio *pro persona* las cuestiones que inicialmente pudieron dar lugar a incertidumbre.

vi. La existencia de sentencias de reiteración reafirma la vinculatoriedad del precedente

En el marco del presente trámite internacional se ha afirmado que la existencia de un número plural de sentencias de reiteración emitidas por la Corte Constitucional, en relación con la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, evidencia que en el ordenamiento jurídico nacional no existe claridad sobre la vinculatoriedad del precedente.⁹⁰ El Estado, de manera respetuosa, disiente de tal conclusión por las razones que se exponen a continuación:

Las sentencias de reiteración, constituyen una de las manifestaciones principales de la vinculatoriedad del precedente. Esto, en razón a que si las reglas de orden judicial no resultaran vinculantes, no existiría una justificación plausible y razonable para que los

⁹⁰ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por los representantes de la presunta víctima durante la audiencia pública del presente caso.

órganos de cierre de la jurisdicción procedieran a revocar las decisiones que las desatienden.

Conforme con lo anterior, se ha entendido que la doctrina del precedente parte de un amplio activismo judicial que comprende: **i)** la atribución de las Cortes para fijar la interpretación del derecho y **ii)** la implementación de mecanismos judiciales efectivos para asegurar que las hermenéuticas instauradas en la cúspide de la jurisdicción sean respetadas por los demás operadores jurídicos.

Lo expuesto, representa uno de los pilares básicos del neo-constitucionalismo. Dicha corriente parte de reconocer que “el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX (...), sino una práctica argumentativa racional.”⁹¹

Desde esta perspectiva, la valoración de la vinculatoriedad de las hermenéuticas del derecho provenientes de los órganos judiciales de cierre no parte de su acatamiento voluntario y generalizado por parte de todos los operadores jurídicos, sino de la existencia de mecanismos que permitan a las Cortes revisar los fallos proferidos en el seno de su jurisdicción para asegurar la coherencia del derecho mediante la unificación de decisiones discrepantes.⁹² Esto tiene lugar mediante la emisión de sentencias de reiteración. Una conclusión distinta, desconocería que la actividad jurídica constituye “una práctica argumentativa racional” en la que de ordinario pueden presentarse varias respuestas razonables frente a un caso difícil.

Conforme con lo anterior se reitera que, la existencia de múltiples fallos de reiteración sobre un mismo punto de derecho, en modo alguno constituye una manifestación de la falta

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2011. Retomando en la Sentencia T-203 de 2015. Sobre los postulados básicos del neo-constitucionalismo, puede consultarse: Prieto Sanchís, Luis, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones” en *Íd., Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.

⁹² En este punto debe resaltarse que, conforme con la teoría constitucional, la vinculatoriedad de la norma constitucional (lo que incluye al precedente de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano) no se valora a partir de su cumplimiento “automático” o voluntario, sino desde la existencia de mecanismos judiciales efectivos mediante los que se garantice que los preceptos de inferior jerarquía y los actos realizados bajo la jurisdicción del Estado resulten concordantes con la Carta. Esto ha sido reconocido, como se expone a continuación: “En resumen, los elementos caracterizadores de ese constitucionalismo fuerte serían, a mi juicio, lo siguientes: Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es solo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Tercero, eficacia y aplicación directa. Es una consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema, ello supone que no requiere la interposición de ningún otro acto jurídico- singularmente una ley- para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Cuarto, garantía judicial. Como sabemos en este capítulo las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, a priori o a posteriori, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios, etc.” (Subrayas fuera del texto original) PRIETO SANCHÍS, Luis, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones” en *Íd., Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101-136.

de vinculatoriedad del precedente en un ordenamiento jurídico. Por el contrario, representa la efectividad de los mecanismos judiciales, que han sido instituidos para asegurar el cumplimiento de las reglas o hermenéuticas emanadas de los órganos de cierre de la jurisdicción.

Aun en sistemas jurídicos como el norteamericano, en el que históricamente ha imperado una vinculación fuerte al precedente, se reconoce la posibilidad de que en ocasiones los jueces no acaten las reglas judiciales que previamente han sido establecidas por su superior. Un ejemplo de lo expuesto es el fallo “Martin vs. Hunter’s Lessee”, proferido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.⁹³ En dicha ocasión, se resolvió la controversia generada debido a que la Corte Suprema del Estado de Virginia se negó a aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En el fallo reseñado en el párrafo anterior, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, reivindicó su competencia para unificar y armonizar la interpretación de las leyes, los tratados y la Constitución, en todo el territorio, mediante la emisión de fallos de reiteración. Al respecto, estableció lo siguiente:

“That motive is the importance, and even necessity of uniformity of decisions throughout the whole United States, upon all subjects within the purview of the constitution. Judges of equal learning and integrity, in different states, might differently interpret the statute, or a treaty of the United States, or even the constitution itself: if there were no revising authority to control these jarring and discordant judgments, and harmonize them into uniformity, the laws, the treaties and the constitution of the United States would be different, in different states, and might, perhaps, never have precisely the same construction, obligation or efficiency, in any two states.”⁹⁴

Como puede verse, la emisión de sentencias de reiteración por parte de los órganos de cierre de la jurisdicción, constituye un elemento connatural a los sistemas jurídicos que consagran el acatamiento del precedente judicial. En consecuencia, la emisión de este tipo de fallos, no desvirtúa la vinculatoriedad de las reglas judiciales en un ordenamiento.

Tal situación, por el contrario, refirma el deber que recae sobre todos los operadores jurídicos de observar la jurisprudencia de los órganos de cierre de la jurisdicción. Si el precedente no fuera vinculante, no existiría una justificación para que las Cortes contaran con la potestad de revocar las decisiones de instancia que lo contravengan.

En este punto se reitera que, el ejercicio jurídico constituye una práctica argumentativa racional. Por tanto es factible que, en múltiples oportunidades, los jueces disientan de las hermenéuticas que aplican sus superiores. Tal situación no desvirtúa la vinculatoriedad del precedente en un ordenamiento jurídico, pues lo relevante es que los mecanismos

⁹³ Reseña tomada de: “*La reforma o la tutela: ¿ajuste o desmote?*”, publicado en UPRIMNY, Rodrigo y otros. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Editorial Norma, Bogotá, 2006.” (Corte Constitucional, Sentencia T-203 de 2015)

⁹⁴ <http://www.princeton.edu/aci/cases-pdf/aci2.martin.pdf>.

judiciales instituidos para unificar los fallos disidentes operen de manera efectiva, de forma tal que se asegure la coherencia del derecho, la satisfacción del principio de igualdad y la realización de la justicia material en los casos concretos.

A lo largo del presente trámite internacional se ha demostrado que lo descrito en el párrafo anterior, ha tenido lugar en relación con el precedente que establece: **i)** el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, **ii)** la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y **iii)** la libertad de medios probatorios para acreditar este tipo de uniones. Se encuentra probado que, a partir del año 2010 a la fecha, la Corte Constitucional, de manera efectiva, mediante la emisión de fallos de reiteración, ha mantenido la coherencia del ordenamiento frente a los puntos en cuestión y ha contribuido a la realización de los principios de igualdad y justicia material en los casos sometidos a su conocimiento.

Lo anterior ha tenido lugar mediante las sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014, T-823 de 2014. Mediante dichas decisiones la Corte Constitucional ratificó la vinculatoriedad de su precedente, revocando las decisiones de los fondos de pensiones que resultaban contrarias a las reglas judiciales previamente establecidas por dicha Corporación. En consecuencia se insiste en que los fallos previamente relacionados evidencian la efectividad del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano.

vii. Los jueces de instancia no desconocieron, ni se apartaron del precedente establecido en la Sentencia T-051 de 2010 en relación con la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo

En el curso del presente trámite internacional, con el fin de cuestionar la certeza y la efectiva vinculatoriedad del precedente establecido en la Sentencia T-051 de 2010 en relación con la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, se ha afirmado que los jueces de instancia desconocieron dichas reglas judiciales dentro de los trámites que dieron lugar a los fallos de reiteración emitidos por la Corte Constitucional.⁹⁵ A continuación, se demostrará que tal aseveración no corresponde a la realidad.

La primera Sentencia que se profirió por la Corte Constitucional, con posterioridad a la emisión de la Sentencia T-051 de 2010, fue la Sentencia T-592 de 2010. En el marco de dicho trámite, el juez de primera instancia, negó el amparo solicitado afirmando que lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 no resultaba aplicable a los casos en que el deceso del causante se registró de manera previa a su emisión.⁹⁶

⁹⁵ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por los representantes de la presunta víctima y por la Comisión durante la audiencia pública del presente caso.

⁹⁶Al respecto, en la Sentencia T-592 de 2010, se manifestó lo siguiente: “Primera Instancia (sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, del 19 de enero de 2010). 3.1.1. Negó el amparo. Consideró que la entidad accionada no desconoció los derechos del accionante pues si bien “la Corte Constitucional mediante sentencias C-075 de 2007, C-521 de 2007 y C-336 de 2008” hizo extensiva la expresión

Tal situación no puede ser considerada como el desconocimiento de lo dispuesto en la Sentencia T-051 de 2010. Esto en razón a que la decisión de revisión previamente citada fue emitida el 2 de febrero de 2010 y el fallo de primera instancia data del 19 de enero del mismo año. Como pudo verse, para el momento de la emisión de la decisión instancia, el precedente en cuestión no se encontraba vigente.

A su vez, el fallo de segunda instancia no accedió al amparo requerido, bajo la consideración consistente en que el accionante debía agotar los recursos judiciales correspondientes a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esto en razón a que, según la apreciación del juez, no se había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable.⁹⁷

En relación con los fallos de instancia que precedieron la Sentencia T-346 de 2011, debe precisarse lo siguiente: la negativa al amparo contenida en ellos encontró justificación en que, según la apreciación de los falladores, existía una controversia frente a la titularidad del derecho pensional exigido. Esto en razón a que era reclamado por dos personas a la vez. Del mismo modo, señalaron que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Conforme con lo anterior, determinaron que el accionante debía agotar los recursos de la vía ordinaria.⁹⁸

“compañero o compañera permanente” también “a las parejas del mismo sexo”, reconociendo con ello que “las parejas homosexuales gozan de los mismo derechos de las heterosexuales”, lo cierto es que en el reglamento de este alto Tribunal, se dispuso que sus pronunciamientos surten efectos hacia el futuro, a menos que la sentencia disponga un efecto distinto, lo cual no se presenta en las providencias antes referidas.”

⁹⁷Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-592 de 2010, se dispuso: “Segunda Instancia (sentencia de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, del 17 de febrero de 2010). Confirmó el fallo. Sostuvo que la acción de tutela es improcedente, toda vez que el accionante cuenta con otros medios de defensa para hacer valer sus pretensiones, a los cuales aún no ha acudido el peticionario, como lo es la jurisdicción contenciosa administrativa ante la cual puede controvertir la decisión acusada. No obstante la Corte Constitucional ha permitido la procedencia de esta vía como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el presente caso, el juez no encontró acreditado probatoriamente la existencia del mismo, resaltando que el peticionario tan sólo adujo que “no ha podido desempeñarse de manera estable en algún trabajo debido a la enfermedad que padece VIH y que [a]ntes contaba con la ayuda económica, moral, social, afectiva de su compañero sentimental MOYA LAVERDE, pero no alegó ni mucho menos demostró que dependa económicamente de la prestación reclamada, lo cual es bien diferente”, siendo esta una circunstancia que afecta la procedibilidad de la acción de tutela.”

⁹⁸Al respecto, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, mediante providencia del 25 de junio de 2010, dispuso lo siguiente: “como la ley 54 de 28 de diciembre de 1990, mediante la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, modificada por la ley 979 de 2005, y declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-075 de 2007, bajo el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, indicó en su artículo 4 que ‘la existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia’, significa que el actor deberá acudir ante la jurisdicción de familia para que se le declare la existencia de la unión marital de hecho; efectuado lo anterior, y como la entidad accionada se inhibió de pronunciarse respecto a la solicitud de reconocimiento pensional al existir dos reclamaciones de la misma prestación laboral, puede nuevamente el actor en el evento que así se le declare elevar la petición de sustitución pensional”. Los argumentos del Juez de Segunda Instancia, fueron sintetizados por la Corte Constitucional, como se expone a continuación: “la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de sentencia del once (11) de agosto de dos mil diez (2010), confirmó el proveído de primera instancia. En su concepto, en este caso no es posible conceder la tutela, habida cuenta de que hay una verdadera controversia en torno a quién debe ser, realmente, el titular del

Sobre los fallos de instancia que precedieron la emisión de la Sentencia T-716 de 2011, resulta pertinente resaltar que la negativa al amparo reclamado dispuesta en ellos, obedeció a que se consideró que en el caso concreto no se había acreditado un perjuicio irremediable. En consecuencia, se señaló que la accionante debía agotar los recursos administrativos y de la Jurisdicción Ordinaria a su disposición. Además el fallador inicial presentó, como argumento adicional (*obiter dicta*)⁹⁹, que la accionante no había logrado “producir certeza” respecto de la existencia de la unión.¹⁰⁰

derecho a la pensión de sobrevivientes, y una discusión de esa naturaleza debe resolverla es el juez competente, y no un fondo de pensiones, ni tampoco el juez constitucional. Por lo demás, a pesar de que el demandante padezca el SIDA, no está probado el perjuicio irremediable ni tampoco la procedencia del amparo.” (Sentencia T-346 de 2011)

⁹⁹ Una vez verificada la improcedencia de la acción de tutela, debido al incumplimiento del requisito de subsidiaridad, no es necesario desarrollar el análisis de fondo sobre los supuestos de hecho o de derecho que justifican la acción. Por tanto, tales valoraciones no constituyen la razón de la decisión y deben ser calificadas como un *obiter dicta*. Al respecto, a modo ilustrativo, puede consultarse el salvamento de voto realizado por el Magistrado Humberto Cierra Porto a la Sentencia T-911 de 2009.

¹⁰⁰ Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-716 de 2011, se estableció lo siguiente: “Mediante decisión del 18 de marzo de 2011, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva declaró improcedente la acción de tutela formulada por la ciudadana Luisa. Para ello, señaló que el amparo no era viable, en tanto la actora tenía a su disposición mecanismos administrativos y judiciales para cuestionar el acto administrativo que negó la pensión de sobrevivientes. (Subraya fuera de texto)

Agregó que tampoco podía concluirse que Cajanal había incurrido en una conducta al ordenamiento, pues las sentencias citadas en la Resolución atacada determinan el requisito de reconocimiento previo, a través de trámite notarial, de la unión entre la actora y la causante Juana. Sostiene que el acto administrativo mencionado es compatible con el derecho al debido proceso, en tanto “... no toca para nada, el hecho de no haber considerado la veracidad de los testigos citados por la accionante, pues de lo que trataba y trata, es de juzgar si la accionante convivió o no con la señora Juana, carga esta de la prueba que le compete a quien alega la calidad de compañera permanente, y no habiendo logrado producir certeza, es que deviene el pronunciamiento de decisión desfavorable de la autoridad administrativa llamada a dirimir en primera instancia dicho conflicto, pudiendo perfectamente, si la decisión ha sido adversa, acudir a la Justicia Laboral para debatir lo alegado en esta instancia.” Expresó, del mismo modo, que la decisión administrativa no se mostraba irrazonable ni contraria al orden jurídico, puesto que “... allí se hizo por mandato constitucional, un prudente análisis de las pruebas allegadas que en suma, fueron recogidas con posterioridad al fallecimiento de la señora Juana, lo que deviene en sospechoso la conducta (sic) de la accionante cuando es bien clara que la condición de compañera, si se quiere actuar de manera transparente, debía preconstituirse durante el periodo de convivencia, y no con posterioridad al fallecimiento, como se advierte del texto de la acción interpuesta. Nótese como es la misma accionante quien al ser interrogada si en algún momento, en vida de la señora Juana, está la tenía afiliada a la seguridad social, en condición de beneficiaria, señala: “... Juana respondía por todos mis gastos, pero yo no figuraba como beneficiaria de los servicios de salud...”. En este sentido cabe preguntarnos: ¿Cómo la accionante alega la condición de compañera, si ni siquiera la difunta Juana, nunca la hizo figurar beneficiaria de los servicios de salud. (...) La Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, en fallo del 17 de mayo de 2011, confirmó el fallo de primera instancia. Para ello, indicó que en el caso analizado no se evidenciaba la inminencia de un perjuicio irremediable y, a su vez, la actora había omitido hacer uso de los mecanismos administrativos y judiciales, aptos para resolver el problema jurídico planteado. Por ende, resultaba claro que no era cumplido el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela.” (Subrayas fuera del texto original)

A su vez, en relación con los fallos de instancia que precedieron a la Sentencia T-860 de 2011, debe precisarse que ambos negaron el amparo reclamado al considerar que la acción de tutela no cumplía con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.¹⁰¹

Frente a la Sentencia T-357 de 2013, se tiene que el juez de primera instancia concedió el amparo al derecho al debido proceso en tanto la entidad accionada exigía: “una prueba de convivencia sin un fundamento legal válido, como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes”. El juez de segunda instancia, revocó el amparo. Al respecto señaló que, en los casos en que varios sujetos reclaman el reconocimiento del mismo derecho pensional, conforme con la Ley 1204 de 2008, el asunto debía ser resuelto en el marco de los recursos que ofrece la Jurisdicción Ordinaria.¹⁰²

Respecto de los fallos de instancia que precedieron la Sentencia T-327 de 2014, debe precisarse que la negativa al amparo obedeció a que los jueces consideraron que el accionante contaba con los mecanismos judiciales correspondientes a la Jurisdicción

¹⁰¹Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-860 de 2011, se estableció lo siguiente: “El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado el diecisiete (17) de mayo de 2011. Argumentó, en primer lugar, que “pese a las circunstancias del actor (persona con diagnóstico de VIH positivo, sin empleo y renta alguna), se advierte que la súplica constitucional deprecada, no puede prosperar (...) porque es indiscutible que el requisito de la inmediatez, resulta esencial característica de la acción de tutela (...) el cual no se aviene en el presente asunto, toda vez que, si se miran bien las cosas, el término transcurrido entre la fecha en que al accionante le ocurrieron las circunstancias que dieron origen a la acción de tutela (9 de marzo de 2001) a la presentación de la misma (3 de mayo de 2011), incumple ese presupuesto”. Sostuvo, en segundo lugar, que “el accionante cuenta o contaba con otros medios de defensa judicial (...) Es más, si las condiciones han cambiado, como se afirma, puede, incluso, solicitar nuevamente se estudie su caso ante la entidad accionada, circunstancia que no se ha hecho, o por lo menos, no se acreditó”. Agregó que ni siquiera era dable conceder la tutela como mecanismo transitorio ya que “es evidente que aún bajo la óptica de tan específico contexto, tampoco es posible acceder a la súplica de ésta acción en la medida en que, en todo caso, los efectos que se dice aparece la decisión de la entidad accionada, en estricto, no genera un daño grave constitutivo de la noción de perjuicio irremediable (...) pues los aspectos señalados caen de otros, como el económico, amén que, se advierte que el señor AA no acudió en el tiempo debido, ante la vía judicial para demostrar su inconformidad en contra de la resolución que le negó su petición (...)” (...)El nueve (9) de junio de 2011 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá decidió confirmar la sentencia de primera instancia usando idénticos argumentos –subsidiariedad y falta de inmediatez-.”

¹⁰²Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-357 de 2013, se estableció que: “El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del 4 de febrero de 2013, revocó en su totalidad el fallo de primera instancia, al considerar: (1) el juez de primera instancia centró su discusión en la existencia de conductas discriminatorias de género por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hacia el demandante, (2) si bien las normas en materia pensional dan paso a la libertad probatoria para demostrar la convivencia entre personas, independientemente de su orientación sexual, la Ley 1204 de 2008 “... requiere que en los casos donde se presenta controversia entre presuntos beneficiarios del derecho pensional, no sean los fondos de pensiones las entidades competentes para entrar a dirimir dichos conflictos, más si se tiene en cuenta que en el presente caso los beneficiarios son excluyentes entre sí teniendo que, el reconocimiento en cabeza del progenitor de causante, tiene como consecuencia la negativa del derecho que invoca el presunto compañero permanente, y viceversa, sin que la ley permita que para estos casos haya una distribución porcentual de la mesada pensional, por lo que, el mecanismo procedente es que la jurisdicción ordinaria establezca si en realidad se constituyó o no una unión marital de hecho entre el actor y el titular de la pensión, pues en el caso de resultar así, la misma ley dispone un derecho pensional que estaría por encima del otro solicitante.” (3) asegura que el hecho de haber dejado en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, tanto para el compañero permanente o para el padre del causante, deja ver que los actos ejecutados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., van encaminados a negar el derecho a alguno de los presuntos beneficiarios.”

Ordinaria y que respecto del caso concreto no se había acreditado la existencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia, concluyeron que no se cumplía con el principio de subsidiaridad que rige a la acción de tutela.¹⁰³

Sobre los fallos que precedieron la emisión de la Sentencia T-823 de 2014, resulta pertinente resaltar que la negativa al amparo reclamado, obedeció a que se consideró que en el caso concreto no se había acreditado un perjuicio irremediable y a que existía una reclamación del derecho pensional en cuestión por parte de otros sujetos (padres del causante). Por tanto, los jueces de instancia, determinaron que el accionante debía agotar los recursos judiciales correspondientes a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.¹⁰⁴

Lo expuesto evidencia que los jueces de instancia dentro de los trámites que dieron lugar a la emisión de las sentencias proferidas en sede de revisión mediante las que reiteró la Sentencia T-051 de 2010, no desconocieron, ni se apartaron, del precedente sobre la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.

Las diferencias entre los jueces de instancia y la Corte Constitucional, estuvieron referidas a: **i)** la valoración de los elementos que determinan la existencia de un perjuicio irremediable, **ii)** la correcta aplicación del principio de inmediatez y **iii)** la manera en que debían resolverse los casos en que dos personas se disputan el reconocimiento del derecho pensional. Por tanto, a través de las sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014 y T-823 de 2014, dicho Tribunal corrigió las sentencias discrepantes en los puntos señalados en el párrafo anterior.

Adicionalmente, mediante la aplicación de las reglas judiciales referidas al efecto retrospectivo de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios para probar la unión entre personas del mismo sexo, la Corte Constitucional revocó los actos administrativos y las resoluciones proferidas por las entidades accionadas. Esto condujo a la concreción de la

¹⁰³ Al respecto, en la Sentencia T-327 de 2014, se manifestó: 3.1. El Juzgado Setenta y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. declaró en primera instancia improcedente la acción de tutela de la referencia, mediante sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013). En concepto del juzgado, el actor contaba con otros mecanismos de defensa judiciales para tramitar sus pretensiones, y no encontró probado que la acción se presentara para evitar un perjuicio irremediable. Señaló que aun cuando el accionante padece VIH, esto no era suficiente para establecer la procedencia de la tutela porque no hay claridad acerca de la amenaza real a su mínimo vital. (...) (...) El Juzgado Veintiséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C. conoció en segunda instancia el proceso de tutela, y mediante sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013) confirmó el fallo. A juicio de dicha autoridad, la acción de tutela presentada es improcedente porque no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y el actor no ha demostrado la afectación directa de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la salud y el debido proceso.”

¹⁰⁴ Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-823 de 2014, se dispuso: “En sentencia del 26 de marzo de 2014, el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá declaró la improcedencia de la acción, por cuanto no quedó demostrado que con la negativa de la Fiduprevisora S.A. de aprobar la resolución de reconocimiento pensional a favor del accionante, se esté afectando su mínimo vital. Adicionalmente, consideró que no es posible que la acción prospere como mecanismo transitorio porque existe controversia en la titularidad del derecho. (...) En sentencia del 16 de mayo de 2014, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá confirmó la providencia del a-quo, al considerar que no se probó la inminencia de un perjuicio (...).”

justicia material y de la vinculatoriedad del precedente frente a los casos sometidos al conocimiento de dicha Corporación.

Por tanto carecen de sustento las alegaciones mediante las que afirma que, en los casos revisados por la Corte Constitucional con posterioridad a la emisión de la Sentencia T-051 de 2010, los jueces de instancia desconocieron el precedente sobre la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 y la posibilidad de probar la unión entre personas del mismo sexo por medios distintos a la declaración conjunta ante notario público de los interesados.

viii. Los jueces de instancia han aplicado el precedente referido a la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo

Adicionalmente debe considerarse que existen casos en los que, en el marco de la acción de tutela, los jueces de instancia han aplicado el precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010 y siguientes. Un ejemplo de lo anterior es la Sentencia emitida, el 26 de septiembre de 2013, por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá.

Mediante dicha decisión, se revocó la sentencia de primera instancia proferida el 15 de agosto de 2013 por el Juzgado 26 Penal Municipal de Bogotá. En el fallo inicial, se negó el amparo referido al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, al considerar que la acción de tutela instaurada no cumplía con los requisitos de subsidiaridad e inmediatez (procedibilidad).

El Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de septiembre de 2013, reevaluó las cuestiones previamente señaladas. A partir de ello, determinó que la solicitud de tutela sometida a su conocimiento resultaba procedente. En consecuencia, otorgó el amparo reclamado, dando aplicación a la regla judicial referida a la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008. Al respecto, en la decisión bajo análisis, se manifestó lo siguiente:

“También es cierto que mediante la Sentencia T-860 de 2011 se establecieron los efectos retroactivos y retrospectivos (Sic) el referido pronunciamiento y que fundamenta la posibilidad que el compañero supérstite de una pareja del mismo sexo de solicitar la pensión de sobreviviente a pesar de que su pareja hubiere fenecido antes de la emisión del citado fallo C-336 de 2008.”¹⁰⁵

Adicional a lo anterior debe considerarse que los jueces de instancia en el marco de los mecanismos judiciales que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, también aplican el precedente de la Corte Constitucional referido a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.

¹⁰⁵ Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, Sentencia del 26 de septiembre de 2013. Radicado 2013-078-01. El fallo en cuestión fue aportado por el profesor Rodrigo Uprimy en el marco del peritaje que rindió en el presente trámite internacional.

Lo anterior, se deriva de la sentencia emitida el 12 de junio de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Mediante dicha providencia, se confirmó el fallo proferido el 8 de abril de 2014 por el Juez Trece Laboral del Circuito de esa misma ciudad, mediante el que se le ordenó a la entidad demandada que procediera al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al accionante. Esto en razón de su calidad de compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Como uno de los fundamentos de la decisión bajo análisis, se señaló lo siguiente:

“En esta medida resulta claro y así lo dijo la H. Corte Constitucional en la sentencia a la cual se hizo referencia (Sentencia T-860 de 2011), la comprobación acerca de la convivencia entre las parejas del mismo sexo debe sujetarse a los mismos estándares probatorios que las parejas heterosexuales. “...Entonces, será a través de los medios de prueba tradicionalmente admitidos, entre ellos las declaraciones extraproceto u otros documentos que den cuenta fehaciente de la existencia de una comunidad de vida permanente y singular, que se comprobará la unión de las parejas del mismo sexo frente a las autoridades del sistema de seguridad social...”¹⁰⁶

Expuesto lo anterior se precisa que, la Sentencia del 13 de diciembre de 2011 proferida por la Sala Civil de Casación,¹⁰⁷ la cual fue mencionada por el profesor Rodrigo Unprimy en su peritaje, no puede ser comprendida como un caso de desconocimiento del precedente referido al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Esto en razón a que se trata de un proceso declarativo, referido a una unión marital de hecho. Por tanto, en dicho fallo no se analizaron cuestiones atinentes a los efectos temporales de la Sentencias C-336 de 2008 o la libertad de medios para acreditar la convivencia como requisito necesario para el otorgamiento del derecho pensional en cuestión.

Conforme con lo descrito en este apartado se ha establecido que los jueces de instancia aplican las reglas judiciales referidas a la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo. En relación con este aspecto el Estado insiste en que, para que una autoridad jurisdiccional proceda a inaplicar de manera legítima el precedente constitucional en cuestión, no bastará con que exponga una argumentación jurídica que resulte razonable.

Para ello se deberá cumplir con una carga argumentativa superior, mediante la que se deberá demostrar que la tesis novedosa por la que se propende responde de manera más adecuada a nuestro panorama constitucional actual, de tal manera que satisface en mayor medida los principios fundamentales de nuestro ordenamiento.¹⁰⁸ Desde esta perspectiva

¹⁰⁶ Tribunal Superior de Medellín, Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicado: 05001-31-05-013-2013-001331-01. (Anexo 7)

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de diciembre de 2011. Expediente: Exp. 6600131100042007-00425-01.

¹⁰⁸ Al respecto, la Corte Constitucional, ha manifestado lo siguiente: “En la medida en que el respeto por los precedentes judiciales se relaciona con diversos valores y principios constitucionales, el cambio de jurisprudencia debe ser antecedido de unas cargas de transparencia y argumentación estrictas, encaminadas no solo a reconocer explícitamente la modificación, sino también a demostrar que la nueva tesis adoptada es la

resulta difícil asumir que las hermenéuticas que aboguen por una lectura restrictiva de la Sentencia C-336 de 2008, puedan ajustarse al requerimiento previamente expuesto. Por tanto, aunque resulten jurídicamente razonables, no serían constitucionalmente admisibles.

Las cuestiones previamente expuestas evidencian que el precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010, goza de vinculatoriedad efectiva y brinda plena certeza.

c. Conclusiones

Los argumentos previamente expuestos evidencian que, contrario a lo afirmado por la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas, existe un precedente consolidado y sin fracturas del cual puede beneficiarse el señor Ángel Alberto Duque. El mismo, dispone:

- La procedencia de la acción de tutela, para reclamar el reconocimiento y pago de derechos pensionales a favor del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Esto, en las ocasiones en que se acredite la inminencia de un perjuicio irremediable, que convierta en ineficaces a los recursos ordinarios de protección.

Tal situación podrá verificarse en las ocasiones en que se afecte el mínimo vital del accionante. Esto en razón a que dependía económicamente del causante y no cuente con la posibilidad de procurar los medios necesarios para subsistencia de otra manera. Lo descrito, también podrá tener lugar cuando la persona que solicite el amparo sufra de alguna enfermedad grave que no le permita asumir las cargas derivadas de un proceso ordinario.

Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Constitucional, especialmente, en los casos en que el compañero supérstite que reclama el reconocimiento del derecho pensional vive con VIH/SIDA. Bajo esta última hipótesis, la Corporación en cuestión, ha reconocido la procedencia del amparo consagrado en el artículo 86 Superior¹⁰⁹

- Deberá reconocerse la pensión de sobreviviente a favor del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, cuando acredite los requisitos generales dispuestos en el ordenamiento para ello conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008, aun cuando el deceso del causante hubiese ocurrido de manera previa a la emisión de dicho fallo de exequibilidad.

que mejor se ajusta en su integralidad a la Carta Política, de manera que demuestre dentro de un análisis de “costo-beneficio” jurídico, que las ventajas del cambio superan la afectación de los derechos a la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la libertad individual y el debido proceso. En la medida en que este deber es connatural a la función judicial misma, vincula no sólo a todos los jueces y demás órganos judiciales, sino muy especialmente a la Corte Constitucional.” (Auto- 244 de 2012)

¹⁰⁹ Al respecto: Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-860 de 2011, T-151 de 2014 y T-327 de 2014.

- La unión entre personas del mismo sexo, para fines del reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor del compañero supérstite de una de ellas, podrá ser acreditada por cualquier medio probatorio que cuente con la aptitud necesaria para acreditar tal situación. En consecuencia, resultan contrarias a la Constitución, las decisiones administrativas o judiciales que califiquen la declaración ante notario público de los interesados como el único medio conducente para probar la existencia de una unión homosexual.

En consecuencia se concluye que el señor Ángel Alberto Duque se encuentra plenamente legitimado para obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de compañero supérstite del señor JOJG, en caso de que acredite los requisitos generales para ello.¹¹⁰ Al respecto, también resultan pertinentes los argumentos que se exponen a continuación:

d. El señor Ángel Alberto Duque cuenta con un recurso administrativo y otro judicial para lograr, en el nivel interno, la protección de los derechos que estima vulnerados

En el marco del presente trámite internacional el Estado ha probado que, conforme al precedente establecido por la Corte Constitucional colombiana, la presunta víctima cuenta con la posibilidad de realizar la solicitud del reconocimiento de su derecho pensional ante COLFONDOS. Para ello debe acreditar los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico vigente, los cuales son iguales a los exigidos a las parejas heterosexuales, y agotar el trámite administrativo correspondiente ante el fondo de pensiones previamente citado.

Adicionalmente, en el hipotético caso en que su requerimiento fuera despachado desfavorablemente de manera injustificada, se encuentra facultado para interponer una acción de tutela para que se ampararen sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada. Sobre el punto en cuestión, debe considerarse lo siguiente:

i. En relación con el recurso administrativo (reclamación ante COLFONDOS)

Según como lo ha expuesto el Estado en sus diferentes intervenciones, el señor Ángel Alberto Duque no ha realizado la reclamación formal del derecho pensional ante COLFONDOS. Dicho fondo de pensiones en múltiples ocasiones ha informado que la petición presentada por la presunta víctima el 22 de marzo de 2002, estaba encaminada a la obtención de información general sobre los requisitos que debía acreditar para que se le reconociera la pensión de sobreviviente dada su calidad de compañero supérstite del señor JOJG.¹¹¹

En este punto debe precisarse que, si bien la solicitud de información realizada por la presunta víctima de alguna manera denotaba su intención de acceder al derecho pensional en cuestión, aquella no puede ser catalogada como una reclamación formal pues no

¹¹⁰ Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

¹¹¹ Al respecto: Observaciones de admisibilidad del Estado del 7 de julio de 2009, entre otras.

contenía los elementos necesarios para establecer su condición de beneficiario del causante.¹¹²

Según como se ha demostrado en el marco del presente trámite internacional, a la fecha, el señor Duque no ha tramitado el formulario requerido para que se adelante el trámite administrativo correspondiente. Tampoco ha aportado la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos generales que establece el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de sobreviviente.

El Estado entiende que la respuesta otorgada por COLFONDOS a la solicitud realizada por la presunta víctima, responde a que para ese momento el ordenamiento jurídico nacional no contemplaba la posibilidad de que se reconociera la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de unión entre personas del mismo sexo. En ese sentido, la respuesta de COLFONDOS fue la de negar, incluso, la posibilidad de que se presentara la solicitud formal. Pero eso no constituye un impedimento para que, ante los cambios generados en el ordenamiento jurídico mediante la Sentencia C-336 de 2008 y el precedente establecido en sede de tutela sobre el punto en cuestión, el señor Duque diera inicio al trámite administrativo necesario para que se le reconociera el derecho pensional que reclama ante el Sistema Interamericano de Protección.

- **El Estado colombiano y COLFONDOS han informado al señor Duque y a sus representantes sobre la posibilidad de realizar una reclamación formal del derecho pensional**

El Estado y COLFONDOS han informado al señor Duque y a sus representantes sobre la posibilidad de realizar una reclamación formal del derecho pensional en cuestión. Al respecto debe considerarse que Colombia, mediante sus observaciones del 7 de julio de 2009¹¹³ y siguientes, expuso que conforme al nuevo panorama jurídico que ofrecía el

¹¹² Esto fue reconocido por el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, mediante su declaración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se expone a continuación: “De acuerdo con la regulación vigente, desde ese momento y hasta hoy, una solicitud se compone, tal y como se lo explicamos al señor Jaime (Sic.) Alberto Duque y a sus apoderados en las cartas de 2014 y 2015, por el formulario que legalmente debe ser diligenciado y por los documentos que demuestran su condición de beneficiario. Sin embargo, nosotros estamos dispuestos, considerando que la solicitud de forma completa no fue dada, también consideramos que la negación en esa carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor Jaime (Sic.) Alberto Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor Jaime (Sic.) Alberto Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho (...)”

¹¹³ En dicha oportunidad, se manifestó lo siguiente: “Como conclusión frente al desarrollo anterior (se hace referencia a la evolución normativa emanada de la Sentencia C-336 de 2008), para entender agotados los recursos de derecho interno en este caso, el señor Duque deberá en primera medida, buscar acreditar su convivencia con el causahabiente (...). De manera subsiguiente, deberá presentar los documentos establecidos en la ley para iniciar formalmente la reclamación pensional por sobrevivencia, que como se señaló anteriormente, a partir de información transmitida por Colfondos, no ha sido estudiada. Luego del trámite anterior que necesariamente debe realizarse por el señor Duque y que de ninguna manera podrá realizarse de oficio por la entidad privada en cuestión, dada la ocasión de que Colfondos no acceda a las pretensiones del solicitante, cuenta éste con la acción de tutela como recurso adecuado y efectivo para buscar subsanar una

precedente constitucional resultaba indispensable que la presunta víctima procediera a realizar la reclamación formal de su derecho pensional ante el fondo correspondiente.

Tal como se manifestó en la audiencia pública, el Estado siempre ha tenido la voluntad de resolver la situación pensional del Señor Ángel Alberto Duque, a partir de los recursos disponibles. De hecho, luego de proferido el Informe de Fondo por parte de la H. Comisión, el Estado se acercó a los representantes de la presunta víctima con miras a lograr un acuerdo de cumplimiento.

Los representantes del señor Duque manifestaron no estar interesados, teniendo en cuenta que su caso estaba a instancias del Sistema Interamericano. Esto fue puesto en conocimiento de la CIDH por Colombia, en el informe de cumplimiento de las recomendaciones del 30 de septiembre de 2014.

Adicionalmente, según como lo ha informado COLFONDOS en el marco del presente trámite internacional, en el año 2010 se remitió una comunicación al domicilio del causante con el fin de que sus allegados se acercaran a la entidad. A su vez, debe considerarse que dicho fondo de pensiones remitió comunicaciones en los años 2014 y 2015 a los representantes de la presunta víctima, solicitándoles que presentaran la documentación necesaria para iniciar el trámite administrativo referido al reconocimiento del derecho pensional al señor Ángel Alberto Duque.¹¹⁴ Además, se intentó contactarlos por vía telefónica.

Los apoderados del señor Duque hicieron caso omiso de los requerimientos previamente mencionados, argumentado que el asunto estaba en trámite ante el Sistema Interamericano de Protección. Frente a la situación previamente descrita, COLFONDOS procedió a la emisión de un acto administrativo general en el que se reconoce un derecho condicional, en una persona indeterminada (causante del señor JOJG), a obtener una pensión de sobreviviente.¹¹⁵

eventual interpretación indebida de la ley de seguridad social (...)” (Observaciones de Admisibilidad presentadas por el Estado el 7 de julio de 2009. Párr. 86.)

¹¹⁴ Las comunicaciones en cuestión, fueron remitidas por COLFONDOS al doctor German Rincón Perfetti, el 7 de octubre de 2014 y el 26 de enero de 2015. (Anexo 17 de la Contestación del Estado)

¹¹⁵ Esto fue reconocido por el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, durante el testimonio que rindió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se expone a continuación: “(...) COLFONDOS en el 2014, concretamente el 7 de octubre de 2014, una vez la compañía toma conocimiento de esta acción interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, toma conocimiento de esta situación, de la coyuntura en la que se encuentra, COLFONDOS decide casi que de oficio acercarse a través de una comunicación escrita y a través de una serie de llamadas telefónicas, acercarse al señor Duque y a sus representantes con el propósito de invitarlo a que presente la solicitud de pensión en debida forma, para resolver de forma definitiva su pensión. (...) No recibimos una respuesta positiva, al contrario, lo que recibimos fue una respuesta telefónica, una respuesta verbal de los representantes del señor Duque, diciendo que en consideración a la acción que habían interpuesto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no estaban interesados, en ese instante en ese momento, en ningún tipo de pensión de COLFONDOS, ni en ningún tipo de trámite ante la entidad, toda vez que estaban atentos a los resultados que pudieran darse dentro de la acción interpuesta en la Comisión Interamericana. Ante esa respuesta, COLFONDOS, el 26 de enero de 2015, nuevamente insiste, por escrito, enviándole una carta nuevamente al señor Jaime (Sic.) Alberto Duque y a su apoderado, informándoles que el señor Jiménez, nuestro afiliado fallecido, ha dejado causada una pensión de

Como puede verse, desde el año 2009 en adelante, la presunta víctima y sus representantes han sido informados sobre la posibilidad de realizar un requerimiento formal de la prestación en cuestión ante el fondo correspondiente. Esto, conforme al nuevo panorama jurídico que ofreció la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este punto es importante precisar que, aunque hipotéticamente se admitiera que la petición de información realizada por el señor Duque en el año 2002 constituye una solicitud formal de reconocimiento del derecho pensional, no sería óbice para que la presunta víctima realizara una nueva solicitud aduciendo los cambios normativos que fueron expuestos en los apartados anteriores.

Al respecto, se reitera que en el ordenamiento colombiano se ha reconocido que el derecho pensional es imprescriptible. Desde esta perspectiva, se ha establecido que el interesado puede adelantar la reclamación de esta prestación las veces que lo estime pertinente. Por tanto, la existencia de una respuesta negativa por parte de la entidad pública o privada correspondiente, no impide que se realice una nueva solicitud. Esto ha sido reconocido por el Consejo de Estado, como se expone a continuación:

“En efecto, esta Corporación en Sentencia de 2 de octubre de 2008¹¹⁶, ha sostenido que el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional es imprescriptible, y por ende, aún negado puede volverse a solicitar a la administración en cualquier tiempo”¹¹⁷ (Subrayas fuera del texto original)

En concordancia con lo previamente expuesto se reitera que el señor Ángel Alberto Duque, se encuentra legitimado para reclamar ante COLFONDOS el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en su calidad de compañero supérstite del señor JOJG. Esto le ha sido informado a la presunta víctima y a sus representantes, en múltiples oportunidades, a partir del año 2009.

sobreviviente, toda vez que revisando el caso encontramos que el señor Jiménez, es decir, en su condición de afiliado a cumplido las 50 semanas con anterioridad, tres años antes de su fallecimiento, por lo tanto se han verificado en el señor Jiménez, el afiliado fallecido, los requisitos. (...) Lo invitamos a que se acerque porque existe entonces un derecho condicional, en una persona indeterminada, a obtener una pensión de sobrevivientes (...). **Pregunta.** ¿Antes del 2014 se realizó algún tipo de gestión para contribuir al reconocimiento de la pensión de sobreviviente del señor Duque? **Respuesta.** En el año 2010, COLFONDOS expide una comunicación con destino a la última dirección registrada por el señor John Oscar Jiménez en la compañía, en la dirección de domicilio, invitándole a la persona, pueden ser sus padres, la misma sucesión, puede ser el mismo señor Jaime (Sic.) Alberto Duque, para que nos colaborara a reconstruir la historia laboral del señor John Oscar Jiménez, con el propósito de diligenciar una suerte de trámites formales ante el gobierno nacional, para que el Gobierno Nacional liquidara, emitiera y pagara el valor del bono pensional correspondiente a los aportes que el señor John Oscar Jiménez había realizado al sistema público de pensiones (...).”

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de octubre de 2008, Radicación N° 25000 2325 000 2002 06050 01 (0363-08), C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.”

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 12 de julio de 2014, Radicación N° 54001233100020030129701. La postura expuesta también es reconocida por la Corte Constitucional. Al respecto: Sentencia T-093 de 2013, entre otras.

- **No es posible que el trámite administrativo en cuestión se adelante de manera oficiosa**

Dadas las preocupaciones de los H. Jueces en audiencia pública, el Estado desea reiterar que no es posible que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente se adelante de manera oficiosa. Lo anterior, en razón a que dicho trámite tiene carácter rogado. Por tanto, corresponde al beneficiario acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento, mediante el aporte de los documentos que resulten conducentes para ello.

Conforme con lo anterior, los fondos de pensiones no se encuentran facultados para obtener de las bases de datos estatales copia de los documentos necesarios para el reconocimiento de la prestación en cuestión. Un ejemplo de ello, es la copia de la cédula de ciudadanía, donde además del número de identificación, se encuentra consignada la fecha de nacimiento de la persona.¹¹⁸ Este documento resulta fundamental para verificar la identidad del usuario. Además, permite establecer su edad, cuestión indispensable para calcular el monto de la mesada pensional.

Del mismo modo, no resultaría acorde con los principios constitucionales que orientan al ordenamiento jurídico colombiano (de acuerdo con el principio del libre desarrollo de la personalidad, no se puede obligar al ejercicio de un derecho), que los fondos de pensiones o el Estado se abrogaran la potestad de impulsar el trámite administrativo de reconocimiento de la pensión de sobreviviente en contra de la voluntad del beneficiario. Desde esta perspectiva se ha establecido que, el deber de los operadores del sistema pensional colombiano sobre el punto en cuestión, se restringe al suministro de información clara y completa a los usuarios. Esto con el fin de que aquellos puedan decidir, de manera libre y voluntaria, sobre la forma en que ejercerán su derecho.¹¹⁹

Aquí debe considerarse que, los representantes del señor Ángel Alberto Duque, le manifestaron expresamente a COLFONDOS que no estaban interesados en agotar el trámite administrativo para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la presunta víctima. Lo anterior, por cuanto se encontraban a la espera de la decisión que se adoptara

¹¹⁸ Esto fue reconocido por el doctor Juan Manuel Trujillo, durante su testimonio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se expone a continuación: **Pregunta:** “¿No se pueden pedir los datos? ¿La aseguradora no puede averiguar los datos de ciudadanos colombianos que son públicos por lo general?” **Respuesta:** “De hecho no es posible y le respondo en forma directa. En Colombia hay una protección de datos tremendamente rigurosa y considera este tipo de información como una información privada. Nosotros no tenemos acceso a ese tipo de información. (...)”

¹¹⁹ Esto ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, como se expone a continuación: “Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora. (...) La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible (...)” (Subrayas y negrillas fuera del texto original) (Sentencia del 9 de septiembre de 2008. Expediente 31989)

en el marco del Sistema Interamericano de Protección.¹²⁰ Conforme con lo anterior, se insiste en que no resultaría acorde a los postulados fundamentales que orientan el ordenamiento jurídico colombiano que se procediera en contra de la voluntad del señor Duque.

En consecuencia, se concluye que no resultaría procedente que se agotara de manera oficiosa el trámite administrativo necesario para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque. Lo anterior, en razón a que: **i)** los administradores del sistema de pensiones no cuentan con la potestad para ello. **ii)** Tampoco están facultados para recaudar los documentos necesarios para acreditar que el usuario es beneficiario del derecho pensional. **iii)** Adicionalmente, la realización de la actuación descrita en contra de la voluntad del usuario, conduciría a la vulneración de sus derechos fundamentales.

- **No existen elementos que permitan inferir de manera razonable que la solicitud que debe realizar el señor Duque ante el fondo de pensiones COLFONDOS, será despachada desfavorablemente en desconocimiento del precedente constitucional**

En relación con el punto en cuestión debe considerarse que, en el marco del presente trámite internacional, se ha probado que COLFONDOS acata el precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010. En consecuencia, da aplicación retrospectiva a la Sentencia C-336 de 2008 y reconoce la libertad de medios probatorios para acreditar las uniones entre personas del mismo sexo. Esto fue reconocido por el doctor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, en el marco del testimonio que rindió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, manifestó lo siguiente:

Pregunta. “¿Lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008, se aplica a los casos en que el fallecimiento del causante tuvo lugar de manera previa a la emisión de dicho fallo?” **Respuesta.** “COLFONDOS toma atenta nota de la sentencia que complementa la Sentencia C-336 de 2008, básicamente la T-051 de 2010 de la Corte Constitucional, en donde deja muy claro que desconocer la aplicación de la sentencia e inclusive desconocer sus efectos retroactivos sería

¹²⁰ Lo expuesto fue reconocido por el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, durante el testimonio que rindió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se expone a continuación: “(...) COLFONDOS en el 2014, concretamente el 7 de octubre de 2014, una vez la compañía toma conocimiento de esta acción interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, toma conocimiento de esta situación, de la coyuntura en la que se encuentra, COLFONDOS decide casi que de oficio acercarse a través de una comunicación escrita y a través de una serie de llamadas telefónicas, acercarse al señor Duque y a sus representantes con el propósito de invitarlo a que presente la solicitud de pensión en debida forma, para resolver de forma definitiva su pensión. (...) No recibimos una respuesta positiva, al contrario, lo que recibimos fue una respuesta telefónica, una respuesta verbal de los representantes del señor Duque, diciendo que en consideración a la acción que habían interpuesto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no estaban interesados, en ese instante en ese momento, en ningún tipo de pensión de COLFONDOS, ni en ningún tipo de trámite ante la entidad, toda vez que estaban atentos a los resultados que pudieran darse dentro de la acción interpuesta en la Comisión Interamericana. (...)” (Subrayas incluidas en este documento)

incurrir en un delito de prevaricato por acción. Para nosotros entonces no hay ningún tipo de restricción o de limitación si los siniestros ocurridos, es decir, el hecho del fallecimiento ocurre con anterioridad a la expedición de la Sentencia C-336 de 2008 (...). **Pregunta.** “¿Qué medios de prueba permite COLFONDOS para que al compañero supérstite se le reconozca la pensión de sobreviviente?” **Respuesta.** “En esto damos estricta aplicación al marco normativo sobre el cual nos regimos, básicamente, sin entrar a profundizar demasiado, lo que se da es una libertad absoluta de medios probatorios para acreditar, en este caso concreto, la calidad de compañero permanente. A que me refiero con la libertad absoluta. Bastaría con declaraciones de terceros, conocidos, allegados, a la pareja que pudieran manifestar que la situación de compañero permanente ocurrió. Vale decir que se permiten las declaraciones extra juicio, es decir, basta con una declaración sencilla proveniente de la misma persona que alega ser compañero permanente y por lo tanto alega la condición de beneficiario del afiliado fallecido. Con esta simple declaración de la existencia de este vínculo entre las dos personas, bastaría para COLFONDOS (...)”¹²¹

Lo expuesto por el Secretario General de COLFONDOS, resulta plenamente concordante con lo establecido en el “Manual de Procedimiento” de dicha compañía. Al respecto, mediante Oficio del 10 de septiembre de 2015, se informó lo siguiente:

“Es importante indicar que esta administradora dando cumplimiento a la reglamentación jurisprudencial para el reconocimiento de beneficiarios para parejas del mismo sexo, definió en el Manual de Procedimiento para el estudio de las solicitudes de pensión de sobrevivencia el siguiente texto:

"SOLICITUDES DE PENSION DE SOBREVIVENCIA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO

Todas las solicitudes de pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo serán tramitadas de acuerdo a lo establecido en el presente manual; se exigirán los mismos requisitos para un trámite de pensión de sobrevivencia con compañero permanente de acuerdo a lo descrito por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. Lo anterior teniendo en cuenta que la Sentencia T-860 de 2011, moduló los efectos de la sentencia C-336 de 2008 (retrospectividad), es decir afectando siniestros que se hayan originado aún con anterioridad al 16 de octubre de 2008, queriendo decir que todo siniestro de parejas del mismo sexo, se les dará el trámite exigiendo los requisitos exigidos en la norma, sin exigir que haya tenido ocurrencia a partir de una fecha en especial"

¹²¹ Declaración del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del presente caso.

Con lo anterior, Colfondos S.A., ha tramitado las solicitudes de sobrevivencia y dado respuesta a los reclamantes fundamentados en las normas vigentes del Sistema General de Pensiones.

Haciendo énfasis en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional en esta materia, especialmente el cambio establecido con la Sentencia C-577-11; aclarándose, que en materia de beneficiarios de la prestación de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo se les deben exigir los mismos requisitos de las parejas heterosexuales. Es decir que estas parejas tienen la opción de:

- a) acreditar su condición de beneficiarios ya sea a través del contrato de unión solemne, o cualquier otra declaración de voluntad realizada en vida por las dos personas en la que manifiesten su voluntad expresa de conformar una familia;
- b) de acreditar su calidad de compañeros permanentes, a través de Declaración extrajuicio y dos (2) años de convivencia.”¹²²

Como puede verse, se encuentra plenamente acreditado que COLFONDOS da plena aplicación a lo establecido en la Sentencia C-336 de 2008 y al precedente de tutela que lo desarrolló. Conforme con lo anterior, reconoce la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, dando aplicación retrospectiva a la Sentencia C-336 de 2008 y otorgando la posibilidad para que este tipo de uniones se acrediten por medios distintos a la declaración conjunta de los interesados ante notario público.

Adicionalmente, mediante Oficio del 10 de septiembre de 2015¹²³, COLFONDOS informó que con posterioridad al 2008 ha recibido 33 reclamaciones formales de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según lo expresado por la entidad, 31 de dichos requerimientos fueron resueltos por vía administrativa de manera favorable, entre estos, existe un número plural de casos donde el causante falleció de manera previa a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008.¹²⁴ Adicionalmente, se reportó que respecto de dos solicitudes medió intervención judicial.

¹²² (Anexo 4) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Al respecto, mediante correo electrónico remitido por el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, el 24 de septiembre de 2015, se precisó lo siguiente: “Hemos revisado a profundidad los expedientes de cada uno de los trámites de reconocimiento de pensión de parejas del mismo sexo y concluimos lo siguiente: **1.** Se han recibido 33 casos de solicitudes de pensión por parte de afiliados de Colfondos con parejas del mismo sexo. **2.** De las 33 solicitudes tramitadas, 33 obtuvieron reconocimiento de pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia. **3.** De las 33 pensiones, 4 son pensiones de vejez, 12 son pensiones de invalidez y 17 son pensiones de sobrevivencia. **4.** De acuerdo con la información que reposa en los expedientes, 11 de los 33 casos corresponden a hechos que originaron el derecho a la pensión con fecha anterior a la sentencia C-336 de 2008. **5.** De las 17 pensiones de sobrevivencia tramitadas, 6 corresponden a siniestros ocurridos antes de la expedición de la sentencia C-336 de 2008.” (Subrayas fuera de texto original)

El profesor Rodrigo Uprimy, en el marco de su peritaje, mencionó un caso en que COLFONDOS habría desconocido la regla judicial referida a la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008. Según la documentación aportada por el perito, la situación previamente descrita conllevó a que se instaurara una acción de tutela, la cual fue concedida mediante fallo de segunda instancia.

En relación con lo anterior es necesario precisar que, si bien COLFONDOS mediante Comunicación del 19 de noviembre de 2012 negó el reconocimiento del derecho pensional reclamado aduciendo que el deceso del causante fue anterior a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008, de manera previa al fallo de tutela de primera instancia (15 de agosto de 20013) rectificó su postura adecuándola al precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010. Esto tuvo lugar mediante Comunicación del 9 de agosto de 2013. Su contenido, en lo relevante, es el siguiente:

“Esta administradora ha estado revisando la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional referente a la reclamación de derechos pensionales de las parejas del mismo sexo y en ese sentido encontramos el siguiente pronunciamiento al cual nos acogemos y en torno al cual haremos el recobro del siniestro a la correspondiente aseguradora que tenía a cargo el seguro previsional para la fecha del suceso.

La honorable Corte Constitucional, en reiteradas sentencias entre estas la T-860 de 2011 y la T-592 de 2010 dispuso:

“... PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO- Caso en que interpretación dada por el ISS a Sentencia C- 336/08 es restrictiva en relación con sus efectos

Este Tribunal resolvió declarar la exequibilidad condicionada de los artículos demandados “en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo”; estableciendo como requisito para acceder a dicha prestación, “acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”. Ahora bien, la sentencia C-336 de 2008 constituye precedente constitucional con carácter erga omnes, esto es, de obligatorio e inexcusable cumplimiento, por lo que todas aquellas entidades comprometidas con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones, no pueden dejar de observar este precedente jurisprudencial. Dado que los precedentes constitucionales son entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, cumpliendo funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, al proferir una sentencia debe tener en cuenta sus decisiones anteriores. Las autoridades administrativas y judiciales suelen negar la solicitud de sustitución pensional a las personas del mismo sexo a quienes su derecho se causó con anterioridad a la notificación de la sentencia C-336 de 2008, argumentando que

para el momento del fallecimiento, legalmente no era viable que aquellas accedieran a dicha prestación social. Esta Sala considera que dicha interpretación vulnera los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo al desconocer el mandato de igualdad de trato consignado en el artículo 13 superior, es decir, la interpretación restrictiva de los efectos de dicha sentencia no tiene una justificación objetiva desde el punto de vista constitucional y, por el contrario, al haberse convertido en una práctica reiterada tanto por parte de autoridades administrativas y judiciales como por parte de las entidades Administradoras de los Fondos de Pensiones, incide de modo negativo en el goce efectivo del derecho de las parejas del mismo sexo a acceder, bajo las mismas condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente...

... Por tanto, la Sala rechaza tajantemente la interpretación que el Instituto de Seguros Sociales efectuó sobre las personas que como beneficiarias, en calidad de compañeros permanentes, pueden acceder a ésta prestación, y en su lugar, habrá de prevenirle para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008[48], permitiendo dentro del régimen prestacional el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales y sin tener en cuenta si la muerte del compañero permanente ocurrió antes de proferida la sentencia tantas veces mencionada ...”

Por lo anteriormente expuesto esta administradora procede con las gestiones correspondientes al recobro ante la aseguradora a fin de que se dé un nuevo pronunciamiento respecto de su reclamación y de esta forma determinar finalmente las prestaciones que en derecho le asisten.”¹²⁵

Según como se expuso previamente la rectificación realizada por COLFONDOS, en la que dio aplicación retrospectiva a la Sentencia C-336 de 2008, tuvo lugar antes de que se emitiera la decisión de primera instancia en el marco de la acción de tutela instaurada por el reclamante del derecho pensional. Esto en razón a que la comunicación mediante la que el fondo de pensiones se acogió al precedente constitucional data del 9 de agosto de 2013 y el fallo inicial fue proferido el día 15 del mismo mes y año.

Lo expuesto evidencia que COLFONDOS dio cumplimiento a lo establecido en la Sentencia C-336 de 2008 y al precedente derivado de la Sentencia T-051 de 2010, sin necesidad de que mediara una orden judicial. De esta forma se insiste en que, en el marco del presente trámite internacional, se encuentra acreditado que el fondo de pensiones en cuestión acata las reglas judiciales referidas: **i)** al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, **ii)** la aplicación

¹²⁵ (Anexo 8) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

retrospectiva del fallo de constitucionalidad previamente citado y **iii)** la libertad de medios probatorios para acreditar este tipo de uniones.

Adicionalmente el Estado resalta que el Secretario General de COLFONDOS, en el marco de su declaración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó que procedería a reconocerle la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque en caso que acreditara los requisitos necesarios para ello. Al respecto, precisó que tal situación se daría bajo las mismas condiciones exigidas al compañero supérstite de una pareja heterosexual, dando aplicación retrospectiva a la Sentencias C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión. El contenido del testimonio en cuestión, en lo relevante, es el siguiente:

Pregunta. “¿Conforme a lo que usted ha expuesto es posible concluir que si con posterioridad al nuevo panorama constitucional el señor Duque realizara una solicitud formal de reconocimiento de su derecho pensional éste sería reconocido por COLFONDOS?” **Respuesta.** “Claro que sí. Lo que le puedo decir es que si el señor Jaime (Sic) Alberto Duque se acercara a COLFONDOS e iniciara el trámite administrativo correspondiente, es decir, el diligenciamiento de un formulario que de hecho ya tiene y al que puede acceder a través de la página web de la compañía, un formulario muy sencillo, no es más sino una página. Además aportara unos documentos muy simples como, básicamente sería la cedula de ciudadanía y el acta de defunción del señor Jiménez, bastaría con eso para que nosotros pudiéramos hacer el estudio correspondiente y revisar entonces si también se aporta la prueba sumaria y libre de la condición de compañero permanente para entonces reconocer el derecho pensional (...).”¹²⁶

Lo expuesto, evidencia que el señor Ángel Alberto Duque cuenta con un recurso administrativo, el cual resulta adecuado y efectivo para lograr la protección de la posición jurídica que estima infringida. Lo anterior en razón a que, mediante dicho trámite, puede adelantar la reclamación de la pensión de sobreviviente en calidad de compañero supérstite del señor JOJG. Según como se expuso previamente, esta solicitud será decidida conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 y al precedente de tutela vigente.

Conforme con las pruebas analizadas en este apartado, se concluye que no existen elementos que permitan inferir de manera razonable que la solicitud que debe realizar el señor Duque ante CONLFONDOS, será despachada desfavorablemente en desconocimiento del precedente constitucional. Según como se expuso previamente, existen al menos 31 casos en que el fondo de pensiones procedió al otorgamiento de la prestación en cuestión por vía administrativa. Además el propio Secretario General de la entidad reconoció que, en caso de que se acrediten los requisitos generales del ordenamiento, se concederá el derecho pensional a la presunta víctima.

¹²⁶ Declaración del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del presente caso.

- **COLFONDOS considera que no deben realizarse descuentos por la precepción de mesadas pensionales**

En este punto, resulta pertinente distinguir entre la prescripción del derecho pensional y la prescripción de mesadas pensionales. El ordenamiento jurídico colombiano establece que la prerrogativa a acceder a la pensión no es objeto de prescripción. En consecuencia, puede reclamarse en cualquier tiempo, las veces que se estime necesario, sin importar que exista una negativa anterior. Esto fue reconocido por la Corte Constitucional, como se expone a continuación:

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexequible la disposición demandada (...)”¹²⁷

En todo caso se ha considerado que las mesadas pensionales causadas desde el momento en que se presentó la muerte del afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sí pueden prescribir. Respecto al punto en cuestión se aplica regla consistente en que los derechos laborales cuyo cumplimiento no ha sido exigido, se extinguen luego de tres años a partir del momento en que se han configurado los presupuestos fácticos y jurídicos que permiten su exigibilidad.¹²⁸

Conforme con lo anterior, se ha establecido que en los casos en que no ha mediado una reclamación oportuna del derecho pensional por parte de su titular habrá lugar a su reconocimiento, pero al momento de establecer el monto del retroactivo se descontarán los valores correspondientes a las mesadas que tengan más de tres años de causadas.

Siguiendo la anterior perspectiva, los representantes de la presunta víctima han alegado que el recurso administrativo en cuestión no resulta adecuado y efectivo. Según su apreciación, aunque se le reconociera el derecho pensional al señor Duque por parte de COLFONDOS, se les descontarían las mesadas que tienen más de tres años de causadas a partir de la muerte del señor JOJG.¹²⁹

¹²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-315 de 2011.

¹²⁸ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 488. Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-072 de 1994.

¹²⁹ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por los representantes de la presunta víctima durante la audiencia pública del presente caso.

En relación con lo anterior debe precisarse que el señor Juan Manuel Trujillo, en su calidad de Secretario General de COLFONDOS, manifestó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que dadas las condiciones particulares del caso del señor Ángel Alberto Duque apoya la tesis consistente en que no deberían realizarse descuentos derivados de la prescripción de mesadas pensionales. El contenido de su declaración, en lo relevante, es el siguiente:

Pregunta. “¿Habría lugar a descuentos por prescripción de mesadas pensionales?” **Respuesta.** “De acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 488, si se admite la prescripción de acreencias laborales de los últimos tres años. Es decir, las mesadas que no hayan sido cobradas dentro de los 3 años anteriores al momento en el que se presenta la reclamación del derecho de pensión pueden prescribir. Es decir, estos derechos patrimoniales que surgen de los derechos constitucionales a la pensión, la ley, la jurisprudencia, todo el marco normativo, acepta la prescripción. Sin embargo, también se acepta que, y aquí quiero responder su pregunta, también se acepta que la prescripción puede ser suspendida con básicamente el inicio de la reclamación pensional. COLFONDOS, para efectos de reconocer la pensión y pagar la pensión, debe involucrar a otros actores del sistema de seguridad social en Colombia, concretamente a la aseguradora que cubre este tipo de siniestros y eventualidades. Es con la aseguradora que tenemos que hacer el estudio, porque es a la aseguradora a la que le corresponde poner un dinero importante para financiar esta mesada pensional. COLFONDOS es del pensamiento, del criterio, que la interrupción de la prescripción sucedió. Por lo tanto, está absolutamente dispuesto a defender la tesis de que la prescripción no se dio, que la misma se suspendió y que por lo tanto no debe hacerse ningún de descuento sobre las mesadas pensionales que podrían concederse si el señor Jaime (Sic.) Alberto Duque acredita su condición de beneficiario del señor John Oscar Jiménez. Esa sería la posición de COLFONDOS y estaría absolutamente de acuerdo en defenderla ante el otro agente del sistema pensional colombiano, concretamente la aseguradora, para que la aseguradora, entonces, pague la suma adicional necesaria para financiar esta mesada pensional.”¹³⁰ (Subrayas incluidas en este documento)

Como fundamento de lo anterior, el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con la regulación vigente, desde ese momento y hasta hoy, una solicitud se compone, tal y como se lo explicamos al señor Jaime (Sic.) Alberto Duque y a sus apoderados en las cartas de 2014 y 2015, por el formulario que legalmente debe ser diligenciado y por los documentos que demuestran su condición de beneficiario. Sin embargo, nosotros estamos dispuestos, considerando que la solicitud de forma completa no fue dada, también consideramos que la negación en esa carta dada el 3 de abril de 2002 por

¹³⁰ Declaración del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del presente caso.

COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor Jaime (Sic.) Alberto Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor Jaime (Sic.) Alberto Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho (...)¹³¹ (Subrayas incluidas en este documento)

Como puede verse COLFONDOS considera que, en caso de que el señor Duque agote el trámite administrativo ante el fondo de pensiones, acreditando sumariamente la calidad de beneficiario del señor JOJG, debería reconocerse el derecho pensional sin lugar a descuentos derivados de la prescripción de mesadas. Si bien la decisión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, pues se requiere de la intervención de la aseguradora, no se cuentan con elementos que permitan deducir que dicha entidad se negará a cubrir el riesgo previsional. Al respecto, el señor Trujillo, en su declaración ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó lo siguiente:

“(...) La aseguradora no conoce de este caso, nunca ha recibido una solicitud formal, del señor Jaime (Sic.) Alberto Duque y tampoco de COLFONDOS, pues a COLFONDOS tampoco se le ha hecho. Por lo tanto, la aseguradora en esto no ha tenido una posición, ni la tendrá hasta tanto la solicitud sea presentada.”¹³²

Sobre el mismo punto el declarante, más adelante, manifestó lo siguiente:

“(...) Para que esto quede absolutamente claro, el asegurador no es un órgano intransigente, el asegurador también es un agente que se rige por las reglas legales y, por lo tanto, yo creería que esta tesis es absolutamente defendible y sería aceptada por el asegurador.”¹³³ (Subrayas fuera del texto original)

Según como lo explicó el señor Juan Manuel Trujillo, en el marco de su declaración, a la fecha el tema referido a la prescripción de mesadas pensionales en el caso del señor Duque no ha sido puesto en conocimiento del asegurador. Esto en razón a que para ello se requiere la presentación de la solicitud formal, la cual debe ir acompañada de los documentos mediante los que se acredite la calidad de beneficiario de la presunta víctima.

A partir de lo anterior surgen dos conclusiones: **i)** A la fecha no se tiene certeza sobre el punto en cuestión, en razón a que el señor Duque y sus representantes se rehúsan a agotar el trámite administrativo ante COLFONDOS; **ii)** No se cuenta con elementos que permitan inferir que la aseguradora se opondría a la inaplicación de descuentos por prescripción de mesadas pensionales. De hecho el señor Trujillo, quien cuenta con una amplia experiencia en el sector, en su declaración reconoció que la tesis referida a la suspensión de la

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² *Ibidem.*

¹³³ *Ibidem.*

prescripción “es absolutamente defendible y sería aceptada por el asegurador”¹³⁴. **iii)** Por último, tal como se profundizará en las observaciones sobre el fondo, la H. Corte no podría considerar que el caso es admisible o que existe una responsabilidad internacional del Estado, con base en una mera eventualidad.¹³⁵

En consecuencia, se reitera que la presunta víctima cuenta con un recurso administrativo adecuado y efectivo ante el fondo de pensiones correspondiente, para lograr la protección de la posición jurídica que estima infringida. Ni los representantes, ni la H. Comisión, han aportado elementos que desvirtúen tal afirmación.

ii. En relación con el recurso judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior)

El Estado insiste en que, respecto del caso del señor Ángel Alberto Duque, no existen elementos que permitan concluir que la solicitud formal que debe realizar ante CONLFONDOS será despachada desfavorablemente en desconocimiento de lo establecido en la Sentencia C-336 de 2008 y en el precedente constitucional vigente. Así quedó demostrado en los acápites anteriores del presente escrito.

A pesar de lo anterior, en el hipotético caso en que el requerimiento administrativo fuera negado de manera injustificada, el señor Duque se encuentra facultado para interponer una acción de tutela. Dicho mecanismo judicial, constituye un recurso adecuado y efectivo para la protección de los derechos fundamentales de la presunta víctima frente a la actuación del fondo de pensiones.

Frente a la subsidiaridad de la acción es importante resaltar que, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores del presente acápite, existe un precedente reiterado de la Corte Constitucional en el que se ha establecido la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección frente al reconocimiento del derecho pensional en cuestión en las ocasiones en que el accionante vive con VIH. Frente a estos casos dicha Corporación ha establecido que el sujeto que tiene el virus, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, que le impide asumir la carga y el plazo que requiere la resolución de los recursos judiciales ordinarios. En consecuencia, resulta meritoria la intervención inmediata del juez de amparo.¹³⁶

En relación con la posibilidad de que la acción de tutela sea calificada como temeraria, frente a la solicitud de amparo que ya realizó el señor Ángel Alberto Duque, se debe considerar que no existiría una identidad de causa (o identidad fáctica). Esto en razón a que, la instaurada el 26 de abril de 2002, pretendía controvertir la respuesta otorgada a la petición de información que realizó la presunta víctima a COLFONDOS el día 3 de abril de 2002.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Párr. 142.

¹³⁶ En los casos que dieron lugar a la emisión de la Sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-860 de 2011, T-151 de 2014 y T-327 de 2014, los accionantes informaron al juez de tutela que padecían de VIH/SIDA. Conforme con ello, la Corte Constitucional, determinó la procedencia del amparo consagrado en el artículo 86 Superior.

A su vez, la referida en este acápite, tendría como base la decisión que el fondo de pensiones adopte frente a la reclamación formal del derecho pensional que debe realizar el señor Duque. Por tanto, no habría lugar a temeridad. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha descartado la aplicación de esta figura cuando se verifica que el accionante es un sujeto de especial protección o se encuentra en una situación de vulnerabilidad.¹³⁷

Del mismo modo debe considerarse que, frente al caso concreto, tampoco podría predicarse el desconocimiento del principio de inmediatez que rige la acción de tutela. Esto en razón a que, la razonabilidad del plazo para su interposición, tendrá que valorarse desde el momento en que se profiera la decisión negativa frente a la reclamación formal del derecho pensional ante COLFONDOS y no desde cualquier otra fecha. En consecuencia, el cumplimiento de este requisito, dependería de la diligencia de la presunta víctima en el hipotético caso en que el fondo de pensiones despache desfavorablemente su solicitud.

En este punto también debe valorarse que la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, ha establecido que el principio de inmediatez puede ser objeto de relativización. Lo anterior podrá tener lugar cuando se acredite: **i)** que la vulneración de los derechos fundamentales alegada permanece, **ii)** que la actuación del accionante en la defensa de sus derechos ha sido diligente o **iii)** que el peticionario se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad.¹³⁸

A su vez, conforme con lo expuesto en los apartados anteriores, se concluye que la acción de tutela en cuestión deberá ser fallada de acuerdo a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 y el precedente de tutela vigente. Esto en razón a que el sustrato normativo en cuestión, resulta vinculante para los jueces, frente a los casos posteriores y análogos.

En consecuencia se deberá dar aplicación a la Sentencia C-336 de 2008, respecto del asunto en cuestión, aun cuando el desafortunado deceso de la pareja del señor Duque hubiere ocurrido de manera previa a su emisión. Además, tendrá que aplicarse la libertad de medios probatorios, frente a la acreditación de la existencia de su unión.

En caso de que los jueces de tutela de instancia desatiendan el precedente, la Corte Constitucional, podrá asegurar su observancia mediante la emisión de un fallo de reiteración en sede de revisión. Así lo hizo mediante las sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014, T-823 de 2014.

Desde esta perspectiva se tiene que las alegaciones de los representantes de la presunta víctima y de la H. Comisión mediante las que se afirma que frente al caso concreto es posible que las autoridades judiciales desconozcan el precedente bajo análisis, resultan infundadas. Esto en razón a que se trata de una suposición, que no corresponde a lo probado en el marco del presente trámite internacional.

¹³⁷ Sobre la temeridad en la acción de tutela, puede consultarse la Sentencia T-660 de 2011, entre otras.

¹³⁸ Respecto del alcance del principio de inmediatez en la acción de tutela, puede consultarse la Sentencia T-860 de 2011, entre otras.

Al respecto debe valorarse que las decisiones judiciales expuestas en las diferentes intervenciones del Estado, demuestran que a partir del año 2010 lo habitual ha sido la resolución favorable por parte de las autoridades jurisdiccionales de los casos referidos al reconocimiento de la pensión sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Esto ha tenido lugar mediante la emisión de sentencias instancia¹³⁹ o de sentencias de revisión, bajo la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 y la libertad de medios probatorios para acreditar ese tipo de uniones.

Adicionalmente, la H. Comisión ha tratado de desvirtuar la idoneidad de la acción de tutela frente a la protección efectiva de los derechos del señor Ángel Alberto Duque, bajo la consideración consistente en que si los jueces de tutela de instancia no otorgan el amparo a la presunta víctima frente a la hipotética negativa de COLFONDOS es probable que su caso no sea revisado por la Corte Constitucional. Para fundamentar su postura manifiesta que dicha Corporación selecciona menos del 1% de los fallos que le son remitidos.¹⁴⁰

Para el Estado es importante resaltar que el argumento previamente expuesto parte de una premisa equivocada. Esto en razón a que los criterios de selección de tutelas aplicados por la Corte Constitucional, no parten de valoraciones porcentuales a partir del número de fallos que les son enviados para su eventual revisión.

Sobre el punto en cuestión dicho Tribunal ha establecido que, aunque la selección de fallos es discrecional, en el ejercicio de dicha labor se debe atender a la necesidad de unificar la jurisprudencia y realizar la justicia material en los casos concretos.¹⁴¹ Es claro que para la Corte Constitucional, la aplicación de los criterios previamente expuestos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, cuenta con la mayor importancia.

Así lo demuestran los hechos. Con posterioridad a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional ha revisado al menos doce casos sobre el tema en cuestión. En consecuencia no existen elementos que permitan inferir que, en el hipotético caso en que COLFONDOS despache de manera desfavorable la solicitud del señor Duque y los jueces de instancia no le concedan el amparo, dicha Corporación no procederá a la selección de su caso.

Conforme con lo expuesto el Estado concluye que, las hipótesis esgrimidas por los representantes de la presunta víctima y la H. Comisión mediante las que **supone** que en el caso del señor Duque las autoridades judiciales desconocerán el precedente derivado del

¹³⁹ Al respecto, el apartado de este escrito, denominado: “Los jueces de instancia han aplicado el precedente referido a la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 y a la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.”

¹⁴⁰ Los argumentos en cuestión fueron expuestos por la Comisión en su escrito del 1 de junio de 2015 y reiterados durante la audiencia pública del presente caso.

¹⁴¹ Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como se expone a continuación: “La Corte recuerda que su labor de revisión de las sentencias de tutela persigue, entre otras cosas, dos finalidades básicas: (i) unificar la jurisprudencia constitucional y (ii) que se logre la justicia material en el caso concreto.” (Sentencia T-551 de 1999, entre otras)

Sentencia T-051 de 2010 y que en caso de que esto ocurra la Corte Constitucional no seleccionará su caso, resultan infundadas. Esto, no solo en razón a que son meras eventualidades que no han sido probadas en el proceso y que no pueden generar efectos jurídicos por tratarse de eso, de eventualidades y adicionalmente, en razón a que no resultan concordantes con las actuaciones que han desplegado las autoridades judiciales durante los últimos cinco años. En consecuencia, merecen ser desestimadas.

Es así como se encuentra probado que frente a hechos relacionados con el reconocimiento del derecho pensional al señor Duque, se configura la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos consagrada en el artículo 46.1 de la CADH. Por tanto, de manera cordial y respetuosa, se solicita a la H. Corte Interamericana que así lo declare. De otra forma, se desconocerá el principio de subsidiaridad que orienta al SIPDH.

B. LA CESACIÓN DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL Y LA REPARACIÓN A LA PRESUNTA VÍCTIMA

El Estado ha venido argumentando a lo largo del proceso internacional que si bien reconoce que en efecto existió una situación de discriminación en contra del Señor Duque, que generó un hecho ilícito internacional, este hecho ilícito cesó con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que inició en el año 2008 y se consolidó en el año 2010. Con esta misma línea jurisprudencial el Estado cumplió sus obligaciones secundarias de reparación y garantías de no repetición. El Estado reitera los argumentos presentados en la contestación al sometimiento del caso y al ESAP y en la audiencia pública celebrada el día 25 de agosto de 2015. En estas observaciones finales, el Estado quisiera aclarar algunos aspectos cruciales relacionados con la existencia y cesación del hecho ilícito, y con el cumplimiento del deber de reparación, en particular, en relación con el Señor Duque. Lo anterior, teniendo en especial consideración las preguntas de los H.Jueces en la audiencia pública.

Tal como lo señaló el perito Urueña en audiencia pública y en su escrito:

“El hecho ilícito en este caso es de carácter continuado, y consistió en la existencia de unas disposiciones jurídicas que excluía el reconocimiento pensional a parejas del mismo sexo. Del este hecho ilícito se deriva, entonces, una transformación de la situación jurídica de Colombia: de una parte, Colombia mantiene la obligación primaria de garantizar el reconocimiento pensional para parejas del mismo sexo, consolidada a partir de la interpretación evolutiva por parte del Honorable Corte. Y, de otra, Colombia adquiere las obligaciones de cesación, reparación y garantía de satisfacción y no-repetición. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, incluida la sentencia T-051 de 2010 sirve para descargar estas obligaciones, al expulsar del ordenamiento jurídico la norma que generaba el hecho ilícito, y crear un recurso para la solicitud de la pensión”¹⁴² (Subrayas fuera del texto original).

El Estado quiere aclarar que se encuentra de acuerdo con la interpretación evolutiva de los tratados y que coincide con el perito Urueña en que esta interpretación evolutiva puede

¹⁴² Conclusiones. Escrito de peritaje del profesor René Urueña.

aplicar a situaciones anteriores a que dicha interpretación estuviera consolidada. De hecho, eso fue lo que ocurrió justamente con la interpretación evolutiva realizada directamente por la Corte Constitucional con la Sentencia C-336 de 2008, interpretada por jurisprudencia posterior, que ofreció un recurso para el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo, incluso cuando el deceso de la pareja haya ocurrido antes de que la Corte profiriera su sentencia. Por ello, tal como lo aclaró el Estado en la contestación al escrito de sometimiento del caso y al ESAP, se considera que la resolución de este caso no requiere una definición precisa de en qué momento genera efectos la consolidación de la interpretación evolutiva según la cual existe una obligación internacional del reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo.

Cuestión distinta es la discusión acerca de los efectos de la interpretación evolutiva sobre las actuaciones de los jueces en el año 2002 (asunto que será abordado más adelante) y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional consolidada en el año 2010 haya tenido por efecto que cesara el hecho ilícito internacional y que esa misma decisión sea suficiente para el cumplimiento de la obligación secundaria de reparación y la de garantías de no repetición. Estos efectos son los que resultan relevantes para la resolución del caso que hoy ocupa la atención de la H.Corte, tal como lo ha sostenido el Estado a lo largo del proceso internacional.

Sobre estos puntos que sí resultan relevantes para el caso, el perito Urueña señaló tanto en la audiencia pública como en su peritaje escrito que:

“la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, incluyendo las sentencias T – 051 y T – 592 de 2010, descarga total o parcialmente todas estas obligaciones. De una parte, la línea jurisprudencial crea el marco de rango constitucional necesario para cumplir con la obligación primaria, es decir, para que se reconozca en Colombia la pensión a parejas del mismo sexo. Adicionalmente, esta línea cumple con la obligación secundaria de cesación del ilícito, pues cambia el ordenamiento jurídico para que sí se reconozca la pensión a parejas del mismo sexo y, en consecuencia, cesen las decisiones judiciales que aplicaban el ordenamiento jurídico constitutivo del hecho ilícito. Así mismo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana descarga la obligación de dar garantía de no-repetición, pues constituye un mecanismo efectivo para que el ordenamiento jurídico colombiano no vuelva a incluir el no – reconocimiento de los derechos pensionales analizados. Y, finalmente, descarga el deber de reparación, pues crea el recurso para que las pensiones sean reconocidas, el cual puede ser utilizado por la víctima para lograr el reconocimiento del derecho pensional” (Subrayas fuera del texto original).

El Estado entiende la preocupación de los Honorables Jueces Ventura Robles y Vio Grossi, quienes en la audiencia pública preguntaron si, dado que las sentencias de constitucionalidad son en términos generales y no en términos concretos frente a la presunta víctima de este caso, se puede hablar verdaderamente de cesación del hecho ilícito y del cumplimiento del deber de reparar, en especial si se tiene en cuenta que la pensión no ha sido efectivamente otorgada al Señor Duque. Los mismos jueces manifestaron también

su preocupación sobre si la cesación del hecho ilícito implica que la H.Corte pierde competencia para conocer del caso. El Estado quiere entonces realizar unas observaciones frente a estas razonables preocupaciones.

La existencia de unas disposiciones legales que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo, generó –como lo manifestó el Estado en su contestación – un hecho ilícito continuado. Sobre los hechos ilícitos continuados, el perito Urueña señaló en su peritaje escrito que:

“En oposición a los hechos ilícitos instantáneos¹⁴³, los hechos ilícitos continuos se caracterizan por ser una conducta que se extiende durante un período de tiempo, la cual durante todo este tiempo está generando la violación de una obligación internacional¹⁴⁴. Es importante enfatizar que lo que debe continuar en el tiempo es el hecho ilícito como tal, y no sus consecuencias. Es decir, aunque puede haber hechos ilícitos que generan efectos o consecuencias que se extienden en el tiempo, no por ello serán considerados hechos ilícitos continuos. Estas consecuencias simplemente generan obligaciones secundarias de reparación¹⁴⁵” (se mantienen citas dentro del texto. Subrayas fuera del texto original).

Respecto del hecho ilícito analizado en el caso, el perito añadió que:

“(…) mediante un fallo de exequibilidad condicionada respecto de las normas demandadas, la sentencia C-336 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) declaró de manera expresa que las normas relativas a la pensión de sobrevivientes aplican también para parejas homosexuales. Esto quiere decir que a partir de este momento no sólo la norma dejó de ser discriminatoria para las parejas homosexuales, sino que además los jueces nacionales debían aplicarla en el sentido que fue interpretada por la Corte Constitucional.

Ahora bien, ciertamente la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana fue proferida de manera *posterior* a que ocurriera el hecho ilícito internacional que ahora reclama el peticionario ante el Sistema Interamericano. Sin embargo, esta sentencia, en virtud de lo que ha sido señalado en el presente acápite, actualmente debe ser considerada por la Corte Interamericana como una medida, realizada por el Estado colombiano, que cumple con la obligación de cesación. Esto pues el hecho ilícito que vulneró sus derechos era tanto la norma legal como su aplicación por parte de los jueces nacionales, las cuales imposibilitaron, en ese momento determinado, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes” (Subrayas fuera del texto original).

¹⁴³ CDI, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC, Ybk 2001/II, 26. Ver Artículo 14(2).

¹⁴⁴ James Crawford, State Responsibility, The General Part, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. P. 259.

¹⁴⁵ CDI, Comentario a los Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (AREPHI), 2001. Ver comentario al artículo 14. Párr. 6.

En el mismo sentido, en el caso P.B. y J.S c. Austria, relativo a la denegación de la ampliación de la cobertura de un seguro de enfermedad a una pareja del mismo sexo, la Corte Europea señaló que con la enmienda legislativa que puso fin a esta situación discriminatoria, se puso fin a la violación al derecho a la igualdad¹⁴⁶. Esto, con independencia de que la pareja no había accedido aún al beneficio específico.

Como lo reconoció el Estado en la contestación al sometimiento del caso y al ESAP, no siempre que cesa un hecho ilícito internacional, la H.Corte debe abstenerse de declarar la responsabilidad internacional del Estado. Por el contrario, la H.Corte ha conocido de muchos casos en los que a pesar que los hechos ilícitos ya han cesado, los Estados han sido declarados responsables internacionalmente y la H.Corte ha ordenado las correspondientes medidas de reparación. Lo que hace diferente el caso que nos ocupa, es que la línea jurisprudencial de la H.Corte también permitió que el Estado cumpliera con sus deberes secundarios de reparar y dar garantías de no repetición, por lo que un pronunciamiento de la H.Corte estaría sólo reproduciendo lo que fue ya declarado por el máximo tribunal constitucional nacional. En últimas, la sentencia del tribunal internacional tendría un contenido muy similar a las sentencias de la Corte Constitucional en Colombia, pero más importante aún, **tendría exactamente los mismos efectos que ya tienen estas sentencias de la Corte Constitucional, incluso frente a la situación actual de la presunta víctima en el reconocimiento y pago de su pensión.**

En efecto, tal como se explicó ampliamente en las excepciones preliminares, Colombia no puede reconocer y pagar *de oficio* la pensión al Señor Duque. Como beneficiario de una pensión, él mismo tiene que realizar la solicitud al fondo privado de pensiones. Si la H.Corte decidiera ordenarle a Colombia el reconocimiento y pago de la pensión del señor Duque, para la implementación de esta medida de reparación, el beneficiario tendría que presentar los documentos necesarios para el reconocimiento y pago del fondo de pensiones. Es exactamente la misma situación en la que se encuentra el peticionario actualmente, después de proferidas las sentencias de la Corte Constitucional.

En este punto entonces resulta relevante analizar si, a pesar que las sentencias de constitucionalidad no se refirieron específicamente al Señor Duque, con estos pronunciamientos judiciales el Estado cumplió o no su deber de reparar.

Tal como lo señaló el Estado en la audiencia pública, en los casos Young c. Australia y X. c. Colombia del Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que trataron situaciones muy similares a las del caso del Señor Duque que hoy conoce la H.Corte, el Comité consideró que la manera de reparar la violación al principio de no discriminación y al derecho a la igualdad consistía, no en el pago efectivo de la pensión, sino en la existencia de un recurso efectivo para que se analizara la solicitud de acceso a dicha pensión en condiciones de igualdad. **Dado que en dichos casos –como en el del Señor Duque – la negativa del fondo de pensiones no se refirió al pago efectivo de la pensión sino a la posibilidad de elevar una solicitud para ser beneficiario de la**

¹⁴⁶ P.B. y J.S c. Austria.

pensión, la reparación/restitución, consistiría en que la solicitud fuera estudiada en condiciones de igualdad.

En efecto, la fórmula usada por el Comité en ambos casos fue la de afirmar que las víctimas de una violación del derecho a la igualdad, 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*. Asimismo, recomendaron a los Estados adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro, incluso a revisar su legislación sobre la materia¹⁴⁷. Ambas garantías señaladas como formas de reparación por parte del Comité del Pacto hoy se cumplen plenamente con la existencia de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. En efecto, el Señor Duque hoy no solo tiene pleno derecho a que se examine su solicitud de pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual, sino que además existen varios elementos que le permiten concluir a la H.Corte que esta pensión será otorgada en condiciones plenas de garantía a sus derechos humanos.

En el mismo sentido de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos, en el caso P.B. y J.S c. Austria citado líneas arriba, la Corte Europea señaló que **el derecho a la igualdad garantiza el mismo trato a situaciones similares pero no el acceso a los beneficios específicos**. Al respecto, en el fallo afirmó:

“45. The Court observes that the newly amended version of the CSSAIA as in force from 1 July 2007 onwards omitted the explicit reference to partners of the opposite sex in section 56(6a) and restricted the scope of application of section 56(6) to relatives. It is thus formulated in a neutral way concerning the sexual orientation of cohabitants.

46. The applicants submitted that, following the above-mentioned amendment, the legal situation is still discriminatory, because the opportunity to extend health and accident insurance cover has become more difficult following the amendment because additional conditions were introduced which not all couples, and in particular the applicants, fulfil. Moreover, they were also victims of discrimination because persons to whom the extension of insurance cover had been granted before the entry into force of the amendment continued to benefit from an extension of the insurance cover.

47. As regards the applicants' first argument, the Court observes that Article 14 of the Convention only guarantees a right to equal treatment of persons in relatively similar situations but does not guarantee access to specific benefits. It further observes that the condition to which the applicants refer, the raising of children in the common household, is formulated in a neutral way and the applicants did not argue that under Austrian law homosexuals are excluded from caring for children” (Subrayas fuera del texto original).

¹⁴⁷ Cfr. Comité de Derechos Humanos. Caso Young c. Australia. Dictamen del 6 de agosto de 2003. Párr. 12; Comité de Derechos Humanos. Caso X c. Colombia. Dictamen del 30 de marzo de 2007. Párr. 9.

Debido a que el Estado no ha tenido la oportunidad de analizar la solicitud de pensión del señor Duque después de eliminada la barrera legislativa que no le permitía acceder a los beneficios pensionales en condiciones de igualdad, no le puede ser imputada al Estado una consecuencia que depende enteramente de una actividad que corresponde exclusivamente a la presunta víctima. Como lo manifestó el Estado en audiencia pública y fue además expuesto por el perito Urueña¹⁴⁸, pedirle a la presunta víctima que presente los documentos necesarios para solicitar la pensión de sobreviviente no resulta una carga desproporcionada. Es la consecuencia más bien natural del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Pensar que esta carga es desproporcionada sería tanto como afirmar que es desproporcionado pedirles a los beneficiarios de las sentencias de la H.Corte Interamericana que presenten los documentos necesarios para el pago de las indemnizaciones ordenadas por el Tribunal Internacional, una vez el juez internacional ha creado las condiciones para que accedan a su reparación.

Por lo demás, como lo dijo el Estado en audiencia pública, una decisión distinta a esta postergaría de manera indefinida la responsabilidad internacional del Estado hasta tanto los propios peticionarios tomaran la decisión de acudir a presentar su reclamación administrativa.

En cuanto la preocupación el Juez Vio Grossi relativa a si una vez presentada la solicitud, se podrían presentar descuentos derivados de la prescripción de mesadas pensionales, valga aclarar que: **i)** A la fecha no se tiene certeza sobre el punto en cuestión, en razón a que el señor Duque y sus representantes se rehúsan a agotar el trámite administrativo ante COLFONDOS; **ii)** No se cuentan con elementos que permitan inferir que la aseguradora se opondría a la inaplicación de descuentos por prescripción de mesadas pensionales. De hecho el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General del fondo de pensiones en cuestión, quien cuenta con una amplia experiencia en el sector, en su declaración ante la Corte IDH reconoció que la tesis referida a la suspensión de la prescripción “es absolutamente defendible y sería aceptada por el asegurador.”¹⁴⁹

Los puntos expuestos en el párrafo anterior, fueron profundizados en el capítulo de excepciones preliminares. En todo caso, valdría la pena preguntarse si en este caso la H.Corte estaría decidiendo que existió violación a los derechos de la presunta víctima **con base en una mera eventualidad**, en contra de su propia jurisprudencia en la que se ha señalado que esa no es una función del Tribunal Internacional.¹⁵⁰

En cuanto a la obligación secundaria de otorgar garantías de no repetición, como lo señaló el perito Urueña “la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana descarga la obligación de dar garantía de no-repetición, pues constituye un mecanismo efectivo para que el ordenamiento jurídico colombiano no vuelva a incluir el no – reconocimiento de los derechos pensionales analizados” (Subrayas fuera del texto original).

¹⁴⁸ Ver audiencia pública. Declaración del perito René Urueña.

¹⁴⁹ Declaración rendida por el Señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, en el marco de la audiencia pública de este caso.

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297. Párr. 142.

Por último, una de las preocupaciones del H. Juez Ventura se refiere a si la H.Corte pierde competencia por el hecho de que las violaciones a los derechos humanos en el caso hayan cesado. Al respecto, el Estado aclara que su posición sobre este tema es que (i) este caso resulta inadmisibile, no porque haya cesado la violación, sino por la falta de agotamiento de los recursos adecuados, efectivos y disponibles para la presunta víctima antes que se prohiriera el informe de admisibilidad, y (ii) en subsidio de lo anterior, el Estado no es responsable internacionalmente por la violación de los derechos convencionales, dado que, a través de sus propias actuaciones cumplió tanto con sus obligaciones principales como con sus obligaciones secundarias en derecho internacional.

Por tanto, una sentencia de la H.Corte solo ratificaría lo que ya ha sido solucionado por el propio Estado, labor que no le corresponde al Tribunal Internacional. Entonces, se aclara que la H.Corte no pierde competencia por el solo hecho de que haya cesado la violación, sino por el pleno cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales. Esta última posición no es ajena a la H.Corte, pues este Tribunal ya ha declarado que no existe responsabilidad internacional de un Estado, con sustento en actuaciones del Estado muy posteriores a la presentación de la petición ante la H.Comisión¹⁵¹.

C. NO EXISTIÓ UN HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL INDEPENDIENTE POR EL HECHO DE LOS JUECES QUE NEGARON EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA LAS ACCIONES DE TUTELA AL SEÑOR DUQUE

Como lo ha venido sosteniendo el Estado a lo largo de este proceso, el hecho ilícito internacional en el presente caso se produjo por la existencia de unas normas que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo y no por el hecho de los jueces que negaron la tutela interpuesta por la presunta víctima en primera y segunda instancia. Como lo afirmó el perito Urueña en la audiencia pública y lo reiteró en su escrito complementario al peritaje presentado en audiencia, la existencia de un hecho ilícito en Colombia que pudo haber surgido antes de la interpretación evolutiva que dio lugar a la existencia de una obligación internacional de reconocer el pago de pensiones a parejas del mismo sexo:

“(…) no hace exigible a las cortes nacionales ejercer el control de convencionalidad con base en una interpretación evolutiva que está aún en el futuro y, que por lo tanto, no pueden razonablemente conocer. Por el mismo motivo, no aplicar esta interpretación futura no puede constituir un ilícito internacional. Así, en este caso, las cortes colombianas en el año 2002 no incurrieron en hecho ilícito al no aplicar la interpretación que dispuso el deber de reconocer pensiones a parejas del mismo sexo, pues tal interpretación estaba, para entonces, aún en el futuro” (Subrayas fuera del texto original).

Tal como lo hizo en audiencia pública, el Estado aclara que su posición no es que los jueces nacionales no *podieran* realizar su propia interpretación evolutiva, sino que no

¹⁵¹ *Ibíd.* Así lo determinó la Corte en relación con el derecho a la vida.

estaban *obligados* a realizarla y, en ese sentido, no incurrieron en un hecho ilícito internacional independiente. Así, como lo afirma el perito Urueña:

“Por supuesto, si esta interpretación evolutiva nacional se separa de la interpretación de la Corte Interamericana, probablemente habrá lugar a hecho ilícito. Sin embargo, no puede ser ilícito el hecho de que un juez nacional no haga su propia interpretación evolutiva, sino decida por el contrario aplicar los criterios jurisprudenciales aplicables al momento de adoptar una decisión” (Subrayas fuera del texto original).

Ahora, si bien puede existir controversia respecto de en qué momento se encontraba consolidada en el derecho internacional la interpretación evolutiva de no discriminación por razones de orientación sexual, lo cierto es que, tal como lo demostró el Estado en la contestación a la demanda y fue señalado por el perito Urueña en audiencia pública¹⁵², en el proceso internacional ha quedado demostrado que para el año 2002 no estaba consolidada la interpretación evolutiva **en relación con la obligación internacional –más específica – de reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo**. Ninguno de los elementos presentados por el profesor Fabeni y la profesora Sáenz, permite llegar a una conclusión distinta respecto de esta obligación en particular.

Por ello, no habría sido razonable exigir a los jueces nacionales que aplicaran una interpretación evolutiva para ese momento inexistente en el derecho internacional. Si no resultaba razonable esta obligación para los jueces, no podría configurarse un hecho ilícito internacional independiente por sus actuaciones.

En el mismo sentido, tal como lo ha venido demostrando el Estado, tampoco existía una obligación para los jueces nacionales de reconocer el pago de pensiones a parejas del mismo sexo en el año 2002, a través de la aplicación de un control de convencionalidad. Como lo señaló el perito Urueña:

“la interpretación evolutiva de los tratados sí permite declarar que un Estado ha incurrido en un hecho ilícito por no haber adoptado medidas con base en dicha interpretación, incluso aunque la misma no existiera de manera explícita en la jurisprudencia interamericana en el momento de los hechos, y se estuviera en ese momento consolidando. No obstante, lo que no sería razonable es exigirle a las cortes nacionales aplicar el control de convencionalidad respecto de una interpretación evolutiva futura, ya que cualquier juez nacional no tiene, razonablemente, por qué conocer o saber que la misma va a existir. Por consiguiente, el acto específico de que una autoridad no ejerza el control de convencionalidad con base en una interpretación evolutiva futura, no constituiría un hecho ilícito” (Subrayas fuera del texto original).

Por tanto, el Estado reitera que en el presente caso no se configuró responsabilidad internacional alguna por el hecho de los jueces.

¹⁵² Ver audiencia pública. Declaración del perito René Urueña.

En suma, debido a que el Estado cumplió sus obligaciones internacionales respecto de este caso, se reitera la solicitud a la H.Corte de declarar que no es responsable internacionalmente por la violación de los derechos convencionales.

III. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL ACCESO A LA SALUD DEL SEÑOR ÁNGEL ALBERTO DUQUE

El Estado colombiano ha expuesto de manera extensa en sus alegatos escritos, así como en audiencia pública, que de ninguna manera puede ser tenido como internacionalmente responsable por las afectaciones a la salud del señor Duque. Teniendo en cuenta que estos argumentos ya han sido planteados tanto en las alegaciones escritas como en audiencia, en este acápite procede a reiterar sus argumentos, esta vez, incluyendo los elementos novedosos y relevantes que fueron presentados en la audiencia pública, y por medio de los affidávits que fueron allegados al proceso internacional. Con este fin, el Estado colombiano expone sus argumentos en el siguiente orden:

1. El Estado colombiano ha cumplido con sus obligaciones internacionales en relación con el deber de garantía relacionado con el derecho a la salud, en particular con respecto a la atención del VIH.
2. La parte petente no ha acreditado ante el procedimiento internacional daño alguno a la vida o integridad del señor Duque, atribuible al Estado.
3. Si es que hubo una afectación a la salud del señor Duque por su condición, la parte petente no agotó los recursos adecuados y efectivos que le proveía el ordenamiento interno para resolver la situación.

De esta manera, el Estado seguirá demostrando que Colombia cuenta con un marco de protección del derecho a la salud especialmente garantista para la población que vive con VIH; que el señor Duque no ha acreditado ningún daño que pudiera atribuírsele al Estado; y que de haber existido algún daño generado por el Estado, no se agotaron los recursos internos para resolver esta situación. De esta manera, el Estado cumplió con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos del señor Duque, y no existe fundamento alguno para declarar su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida y la integridad personal.

En este sentido, la Corte IDH deberá declarar inadmisibles toda pretensión relacionada con presuntas vulneraciones a los derechos a la vida e integridad personal del señor Duque, toda vez que no se ha acreditado ningún daño. Subsidiariamente, si se lograra considerar probada dicha afectación, la presunta víctima no agotó los recursos internos que ofrece el Estado para solucionar esta situación. De considerar admisible dicha pretensión, de igual forma, el Estado ha cumplido con sus obligaciones de garantía frente a estos derechos.

A. EL ESTADO COLOMBIANO HA CUMPLIDO CON SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN CON EL DEBER DE GARANTÍA RELACIONADO CON EL DERECHO A LA SALUD, EN PARTICULAR CON RESPECTO A LA ATENCIÓN DEL VIH

El Estado colombiano, tal y como lo manifestó en su contestación, cuenta con un sistema de seguridad social en salud, que propende por un acceso universal y en condiciones de calidad para toda su población. Dicho cubrimiento es particularmente garantista para la población que convive con VIH, pues provee acceso a los medicamentos y tratamientos necesarios para el tratamiento de la enfermedad bajo cualquier circunstancia. En este acápite, el Estado sigue poniendo en evidencia que se encuentra cumpliendo con sus obligaciones de garantía en materia de derecho a la salud, específicamente en relación con la población con VIH. Adicionalmente, en relación con el caso particular, dicho acceso siempre estuvo al alcance del señor Duque, por lo que las presuntas alegaciones de vulneración a su vida e integridad personal, no se encuentran acreditadas, y en todo caso, no serían imputables al Estado.

Cabe mencionar que el perito propuesto por la representación de víctimas, Robert Witenmute, quien debió rendir peritaje sobre “derecho comparado en materia de seguridad social para personas con VIH-SIDA.”¹⁵³ expresamente decidió no referirse a su objeto, y en vez de ello expresó que “(...) mi peritaje abordará el trato igualitario que, en derecho internacional y derecho comparado, se da a las parejas del mismo sexo y a las parejas de diferente sexo que conviven en “unión marital de hecho”, sin estar legalmente casadas.”¹⁵⁴ Se le solicita entonces a la Honorable Corte IDH, no tener en cuenta dicho peritaje, al no haberse referido a su objeto.

Tal y como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte IDH, existe una relación estrecha entre el derecho a la salud, y los derechos a la vida e integridad personal. De esta manera, teniendo en cuenta que el derecho a la salud no cuenta con un artículo o provisión particular dentro de la CADH, la Corte IDH ha conocido de las garantías que incluiría el derecho a la salud, en relación con el derecho a la integridad personal. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que:

“130. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención¹. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Por esta razón, se debe determinar si en el presente caso se

¹⁵³ Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2015. Convocatoria a Audiencia.

¹⁵⁴ Affidavit presentado por Robert Witenmute. Pág. 1.

garantizó la integridad personal consagrada en el artículo 5.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.”¹⁵⁵

De este aparte se evidencia que la Corte IDH ha relacionado el derecho a la salud con los deberes de garantía que comprenden la esfera de la integridad personal. Adicionalmente, la Corte IDH expresamente hace referencia a las obligaciones convencionales relacionadas con la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno y la implementación de medidas de tutela para lograr la efectividad de esta regulación. Siendo más específica sobre estas obligaciones, la Corte IDH ha establecido una serie de medidas que hacen parte de esta esfera de regulación y tutela efectiva. Al respecto estableció:

“144. Al respecto, la Corte ha establecido que “cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población [...]. El servicio de salud público [...] es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, [...] también provee servicios de salud bajo los auspicios del [Estado]. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato [...], la persona se encuentra bajo cuidado del [...] Estado”. “Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo”

(...)

149. Conforme la Corte ha establecido, la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares. Abarca, por tanto, las situaciones en las que se ha delegado el servicio, en las que los particulares brindan el mismo por cuenta y orden del Estado, como también la supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, cuya vigilancia también compete al poder público. Una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente.

150. En lo que atañe a la supervisión de servicios prestados en instituciones privadas, la Corte ha sostenido que:

Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Párr. 130.

responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.

151. En similar sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enfatizado que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas.

152. Adicionalmente, la Corte estima que la fiscalización y supervisión estatal debe orientarse a la finalidad de asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas. Respecto de la calidad del servicio, el Estado posee el deber de regular, supervisar y fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha establecido los estándares de dichos principios en referencia a la garantía del derecho a la salud, reconocido por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité ha destacado, en cuanto a la calidad, que los establecimientos de salud deben presentar condiciones sanitarias adecuadas y contar con personal médico capacitado.¹⁵⁶

De esta manera, es claro que la Corte IDH se ha referido a las obligaciones en materia de derecho a la salud de los Estados, encaminado a su deber de garantizar el acceso al servicio. Resulta evidente que el Estado no puede ser obligado a mantener en un buen estado de salud a todas las personas, sino que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, debe regular y fiscalizar a los actores del sector salud, ya sean públicos o privados, para que provean adecuadamente sus servicios. Cabe resaltar que la jurisprudencia interamericana no habla siquiera de la obligación del Estado de proveer estos servicios de salud de manera directa, sino de la obligación de regular y supervisar la prestación del servicio.

Aun sin la obligación internacional de proveer de manera directa, sino de regular la prestación del servicio de salud, el Estado colombiano tomó la determinación, consignada en su Constitución Política de 1991, desarrollada por la Ley 100 de 1993 y sus respectivos Decretos reglamentarios, y complementada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de establecer un sistema de seguridad social en salud de alcance universal. Por tanto, en el nivel interno, es una obligación del Estado el garantizar la salud a toda su población por medio de distintas modalidades de vinculación al sistema.

Teniendo en cuenta que el marco general de este sistema ya fue explicado en la contestación,¹⁵⁷ a continuación se mostrará cómo el ordenamiento colombiano, desde su régimen constitucional, desarrollado por la ley y los decretos, y complementado por la jurisprudencia constitucional, ha creado un andamiaje robusto de protección para las personas con VIH.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Párrs. 144, 149-152.

¹⁵⁷ Contestación del Estado. Págs. 160-185.

1. El marco jurídico vigente garantiza que se provean todos los medicamentos, tratamientos y servicios necesarios, para la atención de las personas que viven con VIH

El Estado colombiano, a partir de la Constitución Política de 1991 ha entendido que el derecho a la salud es un servicio público a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas respecto al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.¹⁵⁸ En desarrollo de este mandato establecido en la Constitución misma, a partir del mismo año, se comenzaron a generar herramientas jurídicas que conforman el marco de protección vigente para la protección y tratamiento de las personas que viven con el virus. Dicho entramado normativo se expone a continuación.

- Decreto 559 de febrero de 1991: Este decreto determinó respecto a la atención a los infectados por el VIH y los enfermos de SIDA, que esta debía darse de acuerdo con el criterio médico y con sujeción a las normas técnico - administrativas expedidas por el Ministerio de Salud, y debía prestarse en el servicio ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario.
- Acuerdo 08 de 1994: Se reconoce a las personas afiliadas bajo el régimen contributivo el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, bajo la denominación de tratamiento de alto costo, de enfermedades ruinosas o catastróficas. En este Acuerdo se hace mención expresa al tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- Resolución 526 de 5 de agosto de 1994 “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”: Este manual fue expedido con miras a unificar criterios en la prestación de servicios de salud dentro de la Seguridad Social en Salud, como garantía de acceso, calidad y eficiencia. Bajo esta disposición se incluyeron en el Plan Obligatorio de Salud tratamientos para enfermedades ruinosas o catastróficas, entre los que se incluyó el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- Decreto 1543 de 1997 que actualiza el Decreto 559 de 1991: Determinó la obligatoriedad en la atención a las personas infectadas con el virus del VIH y la garantía de la atención en salud que incluyó los medicamentos para controlar la

¹⁵⁸ Constitución Política de Colombia. Art. 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

infección. De igual manera, el Decreto hace énfasis en los deberes de las IPS y las personas del equipo de salud para garantizar la atención integral a las personas que viven con el virus, la cual debe ser brindada en condiciones de respeto a la dignidad y sin discriminación alguna.

- Acuerdo 72 de 1997: Se incluyó por primera vez el tratamiento con medicamentos antirretrovirales para las personas que se encontraban afiliadas tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, para las atenciones de alto costo, de forma que independientemente de la capacidad de pago de la persona, las atenciones en VIH /SIDA tanto en el régimen contributivo, como en el régimen subsidiado estaban cubiertas.
- Acuerdo 228 de 2002: Actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, en el que se determinó que las EPS y las IPS que contaran con programas especiales para el manejo del VIH/SIDA, debían incluir el listado mínimo de principios activos con las características específicas para el respectivo programa.
- Acuerdo 260 de 2004: Estableció que las personas que tuviesen diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, estaban exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS.
- Acuerdo 306 de 2005: Actualizó el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y contributivo, y se ampliaron las prestaciones y las tecnologías en salud para el tratamiento del VIH/SIDA. Allí se incluyeron: atención ambulatoria y hospitalaria de la complejidad necesaria, los insumos y materiales requeridos, el suministro de medicamentos antirretrovirales e inhibidores de proteasa establecidos en el Manual de Medicamentos vigente del Sistema, la Carga Viral para VIH/SIDA y todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial del caso confirmado, así como los de complementación diagnóstica y de control.
- Ley 972 de 2005 “Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida”: Declaró la atención integral estatal en contra del virus como de interés y prioridad estatal. Establece que el Estado debe garantizar el suministro de medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas. Se incluyen además disposiciones que obligan a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud a garantizar y no negar la asistencia médica, hospitalaria y de laboratorio a los pacientes infectados por el VIH.
- Acuerdos 336 y 368 de 2007: Realizaron la inclusión en el POS de los antirretrovirales Lopinavir + Ritonavir en tabletas.
- Decreto 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”: Estableció que las EPS tienen la obligación de crear los

procedimientos de suministro de medicamentos cubiertos por el POS a sus afiliados, en el que se asegure su entrega completa e inmediata.

- Resolución 1604 de 2013 “Por la cual se reglamenta el artículo 131 del Decreto 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones”: Dispone que en los casos que las EPS no puedan efectuar la entrega completa de los medicamentos, estas deben realizar la entrega en un lapso no mayor a 48 horas, para lo cual deberán contar con un mecanismo excepcional de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, coordinando con el afiliado, si así lo desea, de su entrega en su residencia o lugar de trabajo. Además, crea el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control de la entrega de medicamentos que tiene como finalidad servir de herramienta de información a las autoridades en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control frente al mecanismo de entrega, que para el caso de los medicamentos antirretrovirales recae en la Superintendencia Nacional de Salud y la Direcciones Departamentales de Salud.
- Resolución 5521 de 2014: Actualiza el POS e incluye el suministro de preservativos en servicios de planificación familiar.
- Ley Estatutaria 1751 de febrero 26 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”: Crea un marco legal e institucional para garantizar el derecho fundamental a la salud con fundamento en los principios de universalidad, calidad y eficiencia.

Es evidente entonces, que al menos desde el año de 1991, cuando Colombia adoptó su actual Constitución Política, el Estado ha venido progresivamente afianzando el marco de protección y garantía de los derechos, en particular el derecho a la salud, de las personas que viven con VIH. Cabe resaltar, que tal y como está ideado el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), éste garantiza un acceso universal a los servicios de salud. Sin embargo, para las personas que viven con VIH, tal como se evidencia del marco normativo descrito, la garantía es aún mayor. Para el caso que nos ocupa, dos de las características del marco de protección para las personas que viven con VIH son de particular relevancia, estos son el carácter gratuito del tratamiento en caso de no contar con recursos económicos, y las garantías especiales de su continuidad.

2. El tratamiento del VIH no requiere de erogaciones adicionales a la afiliación al régimen de Seguridad Social en Salud

Con respecto a la ausencia de necesidad de contar con recursos económicos para acceder al tratamiento, es necesario comprender que los aportes que se realizan al SGSSS no son un pago por los tratamientos ofrecidos. El sistema funciona bajo un modelo de aseguramiento, en el que los aportes no entran a costear tratamientos ni procedimientos particulares, sino que entran a formar parte de una bolsa común, diseñada para garantizar todos los tratamientos a la población, incluidas las enfermedades de alto costo, como lo es el VIH.

De esta manera, una persona con VIH cuenta con las mismas posibilidades de cualquier persona para ingresar al sistema de salud, y este sistema le garantiza el acceso al tratamiento requerido. Respecto al modelo de aseguramiento, las personas pueden acceder a la prestación a través de tres mecanismos: (1) afiliación al régimen contributivo, (2) afiliación al régimen subsidiado, o, (3) a través de la prestación del servicio por parte de las entidades territoriales (Departamentos y Distritos) en los casos de población pobre no asegurada con cargo de los recursos de subsidio a la oferta que reciben por transferencias del Sistema General de Participaciones (Ley 715 de 2001). Es decir, en los casos en que la persona no esté afiliada al sistema de aseguramiento a través de una EPS del régimen contributivo o una EPS del régimen subsidiado, el Estado, a través de las Direcciones Territoriales de salud, actúa como asegurador de las personas sin capacidad de pago, garantizando la prestación de los servicios de salud.

La afiliación al régimen contributivo hace referencia a un pago que realizan quienes sostienen una relación laboral, que es cancelado en parte por el empleador y en parte por el empleado. El régimen subsidiado se basa en la solidaridad, y funciona por medio de una categorización de los afiliados, quienes según sus ingresos serán subsidiados total o parcialmente en materia de salud. Finalmente, aun si una persona no está afiliada bajo el régimen contributivo y tampoco lo está por el subsidiado, puede acceder a la red pública de hospitales, quienes deberán prestar el servicio. Este es el funcionamiento para el régimen de salud en general, que claramente se aplica para acceder a los tratamientos del VIH.

Cabe resaltar que el Plan de Beneficios para la atención a personas con patologías de alto costo, incluyendo la infección por VIH/SIDA fue unificado en 1997, a través del Acuerdo 072 de 1997. De esta manera, no resulta correcto afirmar que existen diferencias en los servicios y medicamentos recibidos entre el régimen contributivo y los otros dos, toda vez que fueron unificados por la normativa interna.

Adicionalmente, como fue mencionado, a partir del Acuerdo 260 de 2004, quienes sufren de enfermedades catastróficas como lo es el VIH están exentos de sufragar copagos y cuotas moderadoras. Esto, aunado a la Ley 972 de 2005, según la cual también se establece el deber estatal de proveer medicamentos, reactivos, dispositivos médicos y disposición hospitalaria y de laboratorios para personas con VIH, evidencia que no es necesario contar con recursos económicos para acceder a estos tratamientos.

3. El ordenamiento colombiano garantiza que el tratamiento médico para los pacientes de VIH debe ser brindado de manera continua

Ahora, frente a la garantía de la continuidad, el cambio de régimen contributivo al subsidiado, o incluso, la falta de pago al régimen contributivo, **no** es una causal para que se suspenda un tratamiento en curso. Esto lo ha dejado claro la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando ha manifestado que:

“Para esta Corporación es claro que sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación con una E.P.S., ésta está obligada a continuar con los tratamientos que ha iniciado hasta su culminación, cuando esto es posible, o

hasta cuando el ex usuario adquiriera cierta estabilidad que lo aleje de un peligro de muerte, en casos extremos, de manera que no es posible la suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento iniciado, siempre y cuando con ello se amenace o vulnere un derecho constitucional con carácter fundamental o uno que no tenga este carácter, pero que se encuentre inescindiblemente vinculado a uno que lo tenga. Esta vinculación sucede frecuentemente con los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, pues este último es, generalmente, prolongación de aquéllos.”¹⁵⁹.

Además, esta alta Corte ha afirmado en otras decisiones que:

“3.2. La obligación de brindar el tratamiento integral radica en que la infección por VIH/SIDA es catastrófica, evolutiva y mortal, pues “destruye en forma gradual el sistema inmunológico del organismo dejándolo desprotegido” y, por lo tanto, exige un tratamiento médico “que no se agota en el tiempo”, es decir, que debe ser permanente y constante, “de acuerdo con el estado de salud del paciente y con sus requerimientos médicos y clínicos”.

3.3. La Corte ha hecho énfasis en que “el tratamiento incompleto (...) u opuesto a las recomendaciones médicas”, agrava la situación de indefensión y el estado de salud de quien padece el Síndrome de Inmunodeficiencia Humana, de donde se desprende que el tratamiento iniciado no puede suspenderse, pues la prestación del servicio de salud debe ser eficaz y, por lo mismo, continua y fundada en la buena fe, ya que cuando no se brinda todo el tratamiento se incurre en una especie de actividad experimental que afecta la dignidad de la persona.

3.4. Paulatinamente la Corte ha identificado algunas hipótesis específicas en las cuales una E.P.S no puede interrumpir los tratamientos o servicios prestados y una de esas hipótesis se refiere, precisamente, a la persona que pierde la calidad de beneficiario por haber cumplido la mayoría de edad, puesto que, en virtud del principio de continuidad, tiene derecho a que se le siga prestando el servicio iniciado antes de configurarse la causal que conduce a la pérdida de la calidad de beneficiario.”¹⁶⁰ (Subrayas por fuera del texto original).

Es claro que el máximo órgano en el nivel interno en asuntos constitucionales considera que la continuidad de los tratamientos médicos es un mandato que proviene de la Constitución misma, aún más cuando las consecuencias de una interrupción pudieren ser tan gravosas. En este sentido, en el Estado colombiano se garantiza por vía legal y judicial que los tratamientos como el del VIH gocen de una continuidad que evite poner en peligro la vida del paciente.

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-829 de 1999.

¹⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-613 de 2008. Sentencia T-1199 de 2004. Sentencia T-067 de 2005. Sentencia T-697 de 2004. Sentencia T-218 de 2004. Sentencia T-1181 de 2004. Sentencia T-396 de 1999.

Cabe resaltar que los esfuerzos del Estado no solo se han encaminado a garantizar el acceso a servicios médicos. Colombia ha combatido la epidemia de VIH por medio de programas de distinta índole, incluyendo la prevención, concientización, e incluso, por medio de campañas educativas que buscan la erradicación de los prejuicios y la interseccionalidad en la discriminación contra poblaciones específicas entre las cuales se incluye la de hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres.¹⁶¹

4. Conclusiones

Frente a este tema, el peritaje presentado por el Dr. Ricardo Luque arroja luz sobre las acciones que ha tomado el Estado Colombiano en materia de VIH. En sus conclusiones, el testigo expuso que:

- “1. El Estado colombiano cuenta con información epidemiológica que da cuenta de la respuesta nacional ante la epidemia del VIH/SIDA a través de un sistema de información centralizado.
2. Se han efectuado desarrollos normativos y acciones de política pública para garantizar el aseguramiento, la afiliación y la prestación de la atención integral en salud de las personas vulnerables al VIH y de las personas que viven con el VIH/SIDA.
3. A través del Sistema de Seguridad Social en Salud se garantiza el acceso universal a la atención integral en VIH/SIDA independientemente del régimen de afiliación al sistema, la capacidad de pago o de las particularidades poblacionales que caracteriza a los grupos más afectados.
4. El Estado colombiano desde 1997 unificó y homologó las atenciones del régimen subsidiado con el régimen contributivo para las acciones de alto costo, incluyendo la infección por VIH / SIDA, de forma que tanto en un régimen como en el otro e independientemente de la capacidad de pago de la persona, se tiene acceso al mismo paquete de servicios incluyendo los medicamentos antirretrovirales.
5. Respecto a los afiliados al régimen contributivo, los pagos que realiza la persona se efectúan al Sistema bajo el modelo de aseguramiento y solidaridad y no como un pago mes a mes para acceder a la prestación del servicio de salud.
6. Las personas que hayan sido diagnosticadas con el VIH, están exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS.
7. Siempre se debe garantizar la continuidad del tratamiento a las personas con VIH/SIDA, independientemente del pago de la cotización. La atención de urgencias siempre está garantizada independientemente de la afiliación o no al sistema y en caso de

¹⁶¹ Affidavit presentado por el Dr. Ricardo Luque. Págs. 37 – 51.

desafiliación permanente, siempre ha existido la alternativa de acudir ante la red pública para ser atendido con recursos de subsidio a la oferta.

8. La UPC no se estima a partir de patologías, sino a partir de las tecnologías necesarias para la atención integral de los pacientes sin importar la enfermedad.

9. La UPC tiene un valor diferencial entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, pero esto no afecta la cobertura en la prestación del servicio para las enfermedades de alto costo.

10. Dentro de las estrategias de vigilancia y seguimiento a la epidemia se han realizado estudios de prevalencia y comportamiento sexual en los grupos de población más vulnerables, entre las que se encuentra la población de Hombres que tienen relaciones sexuales con hombres y mujeres transgénero, entre otras. Los resultados de estos estudios permiten redireccionar las acciones preventivas y sirven como herramienta de incidencia política para apropiar recursos y focalizar acciones hacia las poblaciones más afectadas.

11. Hoy el plan Nacional de Respuesta al VIH tiene un claro enfoque de focalización en las poblaciones más afectadas, siempre desde un enfoque de respeto a los Derechos sexuales y derechos reproductivos, combatiendo cualquier forma de estigma y discriminación.”¹⁶²

De esta manera, el Estado colombiano ha demostrado que su ordenamiento interno en materia de seguridad social en salud cuenta con todas las herramientas para la garantía de la prestación de los servicios médicos a las personas que viven con VIH. La pretensión de universalidad en este acceso ha ideado maneras en las que toda persona, sin importar su capacidad económica, puede tener acceso a estos servicios, que para el caso de las enfermedades de alto costo como el VIH, son iguales para los regímenes contributivo y subsidiado al menos desde el año de 1997. Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el cambio de un régimen a otro o la falta de pagos no justifican que un tratamiento sea suspendido, pues la continuidad se considera un elemento fundamental en la provisión de los servicios de salud.

B. LA PARTE PETENTE NO HA ACREDITADO EN EL PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL DAÑO ALGUNO A LA VIDA O INTEGRIDAD DEL SEÑOR DUQUE, ATRIBUIBLE AL ESTADO

Habiendo establecido que el Estado colombiano cuenta con un marco de garantía de la salud especialmente protector de las personas que viven con el VIH, se hace necesario estudiar el papel que jugó este sistema en el caso del señor Ángel Alberto Duque. En este sentido, tal y como fue presentado en el escrito de contestación y en audiencia pública, el Estado reitera que la representación de la presunta víctima no ha allegado al proceso internacional evidencia alguna de un daño que le fuera generado al señor Duque, y que le sea atribuible al Estado.

¹⁶² Affidavit presentado por el Dr. Juan Carlos Luque. Págs. 51 – 52.

Sin un acervo probatorio, aunque sea mínimo, es imposible que la Corte IDH tome una determinación sobre la responsabilidad internacional del Estado. Cabe resaltar que la CADH, en sus disposiciones sobre la facultad que tiene la CIDH para decidir que una petición es admisible, incluye que: “La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: (...) c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia.”¹⁶³ En este sentido, la misma CADH establece que es necesario que exista un mínimo de prueba para que la CIDH considere una petición admisible. En el caso bajo examen no existe prueba alguna que sustente una posible afectación a la integridad del señor Duque por cuenta de los actos u omisiones del Estado.

En el caso de la Corte IDH, el tribunal interamericano se basa en pruebas que pueden ser de distinta índole para tomar sus decisiones. En este aspecto, la Corte IDH ha establecido reiterada y constantemente que:

“129. Con base en su jurisprudencia constante respecto de la prueba y su apreciación, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión, las declaraciones, testimonios y dictámenes periciales, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas e incorporadas por este Tribunal, al establecer los hechos del caso y pronunciarse sobre el fondo. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa.”¹⁶⁴

En estos términos, la Corte IDH recalca, sentencia tras sentencia, las normas y principios que rigen su valoración probatoria. El Tribunal reitera que necesita de un acervo probatorio suficiente para establecer los hechos y tomar determinaciones. Es decir que la existencia de evidencia sobre las alegaciones tiene un impacto de suprema relevancia tanto para la admisibilidad de un caso como para pronunciarse sobre el fondo.

En el caso bajo examen, en el expediente internacional, la única indicación allegada sobre una posible afectación a la vida e integridad del señor Duque que pueda ser atribuida al Estado es el mero decir de los peticionarios y de la presunta víctima. Sobre los argumentos escritos presentados por la CIDH y los representantes de la presunta víctima, el Estado ya se pronunció en su contestación. Sin embargo, la CIDH y los representantes volvieron a argumentar este punto en sus observaciones a las excepciones preliminares y en audiencia pública. Sobre el particular, la CIDH mencionó en sus observaciones sobre excepciones preliminares que:

“Cabe mencionar que, en todo caso, hasta el momento se ha ofrecido y presentado ante la Honorable Corte la prueba documental, quedando aún

¹⁶³ CADH. Art. 47.c.

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292. Párr. 129.

pendiente la práctica de la prueba testimonial y pericial de la cual podrían surgir elementos relevantes para profundizar en el marco fáctico sobre el componente del caso relativo a los efectos de la negativa de la pensión en la vida, integridad personal y salud del señor Ángel Duque, esbozados en términos generales en el informe de fondo de la Comisión.”¹⁶⁵

Además, en audiencia pública mencionó que:

“(…) el señor Duque necesitaba críticamente una atención médica constante y adecuada porque vivía con VIH, la Comisión tomó cuenta de que sin esta sustitución pensional él tenía dificultades para mantener su atención médica y por lo tanto se viola el derecho a la integridad personal (…)”¹⁶⁶

Por su parte, los representantes de la presunta víctima manifestaron en su escrito de observaciones a las excepciones preliminares del Estado lo siguiente:

“(…) la ausencia de recursos económicos derivado de la negativa prestacional por razones de identidad sexual, abocaba a la víctima a un escenario sumamente riesgoso de peligro para la vida por la interrupción de su tratamiento pues en el tiempo de ocurrencia de los hechos, las diferencias entre el régimen contributivo de salud, al cual pertenecía porque su compañero JOGJ sufragaba la afiliación, frente al régimen subsidiado proporcionado por el Estado, eran enormes, y lo siguen siendo todavía.”¹⁶⁷

En audiencia pública, la única ocasión en que se hizo mención a una prueba del posible daño que se le hubiera podido generar al señor Duque más allá de su propia declaración, provino de uno de sus representantes, quien manifestó que:

“(…) sí existe una prueba del daño causado al señor Ángel Alberto Duque, en uno de los peritajes que rindió el psicólogo Miguel Rueda y que fue trasladado al Estado colombiano, luego, hay prueba suficiente del daño causado.”¹⁶⁸

De las anteriores declaraciones escritas y orales, es claro que la CIDH y los representantes de la presunta víctima están conscientes de la ausencia de prueba alguna que acredite una afectación a la salud del señor Duque. Tanto así que la CIDH hace referencia a que aún no se han allegado al proceso todas las pruebas, y el abogado de la presunta víctima, al referirse a la prueba del daño, se refirió a un dictamen pericial que fue allegado en calidad de afidávit estando ya ante la Corte IDH.

¹⁶⁵ CIDH. Observaciones a las excepciones preliminares del Estado. Pág. 19.

¹⁶⁶ Audiencia Pública. Presentación del caso por parte de la Presidenta de la CIDH. Comisionada Tracy Robinson.

¹⁶⁷ Representantes de las presuntas víctimas. Escrito de observaciones a las excepciones preliminares del Estado. Párr. 38.

¹⁶⁸ Audiencia Pública. Intervención del Abogado Germán Humberto Rincón Perfetti en ejercicio del derecho a réplica.

Es por ello que en ausencia dicho elemento, pretenden ligar la presunta vulneración del derecho a la salud con la negativa de la sustitución pensional. Como fue explicado, no existe relación alguna entre el otorgamiento o negación de la sustitución pensional con el derecho a la salud, pues el acceso al servicio médico no depende de ninguna manera de la obtención de una pensión ni de recursos económicos para sufragarlo, ya que dicho sistema cuenta con mecanismos de afiliación que no dependen del pago de un aporte.

Ahora, frente a la alegación del abogado de la presunta víctima sobre la prueba del daño basada en el dictamen pericial presentado por el psicólogo Miguel Rueda, en primer lugar, el Estado desea recalcar que el dictamen rendido por un psicólogo no demuestra de ninguna manera una afectación médica que debiera ser realizada por un profesional de la salud, ni demuestra la supuesta interrupción del tratamiento médico alegada por los representantes de la presunta víctima. De hecho, muestra lo contrario, pues a la hora de probar una afectación a la salud del señor Duque atribuible al Estado, la representación de la presunta víctima no cuenta con un dictamen médico, que sería la idónea para cumplir con este fin.

El Estado conoce de la situación de salud del señor Duque, pero el asunto en debate es la responsabilidad del Estado por alguna afectación a su vida e integridad, lo cual no se prueba con la alegación del riesgo que existiría si se le suspende el tratamiento a alguien en su situación. Cuando menos, sería necesario que se allegara al proceso internacional una prueba de la suspensión del tratamiento, y aún más, del daño que le habría generado dicha suspensión, lo cual brilla por su ausencia en el expediente internacional.

Ahora, en referencia al dictamen pericial del psicólogo Miguel Rueda, vemos que frente al tema de acceso a la salud y su presunta afectación, éste se refiere a:

“Después de la muerte de John, Ángel Alberto quedó completamente desamparado ante la ley como se ha explicado anteriormente poniendo en alto riesgo su salud y su vida ya que no contaba con los medios necesarios para poder acceder al tratamiento antirretroviral. Recordemos que era John quien trabajaba y llevaba los ingresos al hogar. Es recomendable que Ángel Alberto siga adelante con su proceso legal, que se restablezcan sus derechos y que, finalmente, se pueda concentrar en el significado que ha tenido en este tiempo la pérdida de su pareja.”¹⁶⁹

En este sentido, el dictamen que según el abogado de la presunta víctima sería prueba del daño a la salud del señor Duque que le habría generado el Estado, se refiere a la situación de riesgo en que habría quedado al no poder acceder al tratamiento antirretroviral. El declarante no hace referencia a un daño que se le generó por la negación del tratamiento, sino en términos generales, a que una interrupción del mismo habría traído consecuencias en su salud. El Estado reitera que aun sin contar con recursos económicos, el señor Duque habría podido acceder al régimen subsidiado o directamente a la red pública hospitalaria para tener el tratamiento para su enfermedad. En ningún estadio del proceso se ha evidenciado que estos servicios le fueran negados.

¹⁶⁹ Affidavit presentado por el Psicólogo Miguel Rueda. Pág. 2.

En consecuencia a lo expuesto, es evidente que el señor Duque ni sus representantes han probado daño alguno a su salud, que sea atribuible al Estado. El peritaje presentado por el psicólogo, Miguel Rueda, no cuenta con la idoneidad necesaria para probar las alegaciones de los peticionarios. Por tanto, esta alegación es manifiestamente infundada y no aporta elementos para que el Estado pueda ser declarado responsable por daños a la salud de Ángel Duque.

C. SI ES QUE HUBO UNA AFECTACIÓN A LA SALUD DEL SEÑOR DUQUE POR SU CONDICIÓN DE SALUD, LA PARTE PETENTE NO AGOTÓ LOS RECURSOS ADECUADOS Y EFECTIVOS QUE LE PROVEÍA EL ORDENAMIENTO INTERNO PARA RESOLVER LA SITUACIÓN

Aun si el señor Ángel Alberto Duque hubiere sufrido alguna clase de perjuicio por habersele negado el tratamiento médico que corresponde a su estado de salud, él habría podido interponer los recursos administrativos y judiciales pertinentes para solventar esta situación. En el caso bajo examen, la presunta víctima, por sí mismo o por medio de sus representantes, no presentó ninguna reclamación formal para que le fuera prestado un tratamiento en particular, o le fuera continuado alguno que ya estuviera recibiendo. En este sentido, el señor Duque no agotó los recursos que el ordenamiento colombiano le brinda para este fin.

Tal y como ha sido afirmado y reiterado por la jurisprudencia de la Corte IDH, el principio de subsidiariedad está pensado en interés del Estado, y busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional cuando ha podido responder a esta situación en el nivel interno.¹⁷⁰ Cabe recordar que en su calidad de principio, la subsidiariedad debe ser observada y tiene implicancias en todas las fases del procedimiento interamericano. De esta manera, argumentos como el presente, en que la presunta víctima no habría agotado recursos internos para resolver su situación, tienen un efecto tanto en la admisibilidad, como en el eventual fondo y reparaciones del caso.

En este punto, debemos recalcar que en el nivel interno nunca ha sido interpuesta una solicitud u acción que pretenda que se brinde o se continúe la atención en salud que estaría recibiendo el señor Duque para su enfermedad. Por el contrario, en el testimonio rendido por la presunta víctima en audiencia pública, manifestó ante la pregunta realizada por la representación del Estado sobre si había interpuesto alguna acción para garantizar la prestación del servicio de salud, en particular para el tratamiento por VIH que:

“Bueno, no me acuerdo cual fue el siguiente paso que se hizo, me acuerdo que fue la solicitud a Colfondos y me la negaron, después la tutela y me la rechazaron, en discriminación de no reconocimiento a parejas del mismo sexo, entonces ahí fue cuando tomé la decisión, ¿qué otra instancia podemos hacer Dr. Germán? Me dijo no, esto va a tocar enviarlo a instancias internacionales, a la Corte Internacional de Washington. ¿Y qué complicación me acarrearía a

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párr. 83.

mí tomar esta decisión? Él me explicó muy bien y yo le dije listo doctor, hagámoslo.”¹⁷¹

De este testimonio se evidencia que nunca fue interpuesta una acción de ninguna índole para acceder a los servicios de salud. Esto incluye reclamaciones administrativas o judiciales que habrían podido conjurar la situación de salud del señor Duque. El pensar que el acceso a los servicios de salud del señor Duque, dependían del otorgamiento de la pensión de supervivencia, provocó que no se hubiesen incoado las acciones existentes para que, en caso que hubiese sido negado o interrumpido, le fuera proveído este tratamiento. Llama la atención, que la asesoría especializada que ha recibido el señor Duque desde que comenzó a adelantar sus trámites pensionales a nivel interno, no hubieran advertido y gestionado acciones para resolver esta situación, toda vez que conocen perfectamente que la atención en salud no depende del otorgamiento de una pensión.

Tal y como fue expuesto, el entramado normativo colombiano en materia de salud, y particularmente de VIH, permiten que situaciones como las que plantea el señor Duque sean atendidas. Así lo dispone la legislación vigente, y en última instancia, habría podido ser incoada una acción de tutela para asegurar que le tratamiento fuera brindado de manera gratuita y continua.

En conclusión, con respecto a las alegaciones presentadas por la CIDH y los representantes de la presunta víctima, el Estado plantea lo siguiente:

- En Colombia existe un marco normativo y jurisprudencial comprehensivo que asegura un tratamiento completo para el VIH a **todas** las personas que sufren de esta enfermedad.
- No existe prueba alguna que lleve a concluir de manera razonable que el señor Ángel Duque ha sido perjudicado en su situación de salud, y que este daño sea atribuible al Estado.

De haber existido alguna interrupción en el tratamiento o perjuicio atribuible al Estado, el señor Duque no agotó los recursos que le ofrece el ordenamiento interno para resolver esta situación, y por tanto no habría agotado los recursos adecuados efectivos para solucionar la situación.

El Estado reitera que la pretensión relacionada con la afectación al derecho a la vida e integridad personal del señor Duque es manifiestamente infundada, y por tanto, debe ser inadmitida por la Honorable Corte IDH. De considerar que ello no es así, resulta claro que la presunta víctima y sus representantes no agotaron los recursos de la jurisdicción interna para dar respuesta a esta afección, por tanto, había una falta de agotamiento de los recursos internos. Finalmente, aun si no prosperaran estas causales de inadmisibilidad, la Honorable Corte no cuenta con elementos probatorios que sustenten una declaración de responsabilidad al Estado por la violación de estos derechos, que han sido garantizados por él en todo momento.

¹⁷¹ Testimonio del señor Ángel Alberto Duque en audiencia pública.

IV. OBSERVACIONES SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 11 (DERECHO A LA HONRA Y DIGNIDAD) Y 17 (DERECHO A LA FAMILIA) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Durante la fase final de la audiencia pública sobre el caso, la representación de la CIDH le solicitó a los Honorables jueces de la Corte IDH que declararan que el Estado colombiano es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la intimidad y a la vida familiar del señor Duque. La CIDH no contempló la violación de estos derechos en su informe de fondo, sin embargo, elevó esta solicitud en audiencia pública, por lo tanto, el Estado planteará sus argumentos al respecto.

La manifestación de la CIDH fue realizada en los siguientes términos: “El Informe de Fondo no considera la violación de los derechos a la familia y la protección de la vida en familia establecidos en los artículos 11 y 17 de la Convención. Dado el debate ante la Corte Interamericana, y las pruebas presentadas ante la Corte, en opinión de la Comisión, ambos artículos podrían estar bajo la consideración de la Corte (...)”.¹⁷²

El Estado desea resaltar la total ausencia de argumentación realizada por parte de la CIDH al solicitar a la Corte IDH que también considere la violación de los artículos 11 y 17 de la CADH. Aun teniendo esto en cuenta, el Estado colombiano considera que no es internacionalmente responsable por esta violación, toda vez que no existe una necesaria relación entre los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo, y la transgresión de estos dos derechos. Por el contrario, como se mostrará, los organismos internacionales y nacionales han resuelto la situación pensional de parejas del mismo sexo, sin traer a colación el asunto de la vida privada y el derecho a la familia, pues no resulta necesario ni técnicamente correcto asimilar ambas situaciones en un mismo análisis. En este sentido, el Estado dará respuesta a dichas alegaciones por medio de este acápite, planteando sus argumentos de la siguiente manera: 1) el marco jurídico interamericano frente a la interrelación de los derechos a la familia y a la vida privada; 2) las decisiones del Sistema Universal de protección de derechos humanos en situaciones similares; 3) el tratamiento dado por la Corte Constitucional colombiana al tema bajo examen, y; 4) Conclusiones.

A. EL MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO FRENTE A LA INTERRELACIÓN DE LOS DERECHOS A LA FAMILIA Y A LA VIDA PRIVADA

La CADH, entre su articulado, cuenta con provisiones separadas que apuntan hacia la protección de la familia,¹⁷³ de la honra y de la dignidad.¹⁷⁴ Sin embargo, en el caso Atala

¹⁷² Audiencia Pública. Observaciones finales de la Presidenta de la CIDH, Tracy Robinson en representación de la CIDH.

¹⁷³ CADH. Art. 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes

Riffo y niñas c. Chile, la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la interrelación entre ambos derechos. Cabe resaltar la especial relevancia de dicha sentencia para el caso que nos ocupa, pues ambos se relacionan con parejas del mismo sexo. En esta decisión, la Corte IDH sostuvo que:

“170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

(...)

175. El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.

176. En el presente caso, el Tribunal observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003 (supra párrs. 41 y 42), existía un vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas. Al respecto, la señora Atala manifestó que “éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”. Además, la señora De Ramón declaró que “[l]a vida de los cinco miembros de la familia, seis [con ella] era muy cercana a

internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

¹⁷⁴ CADH. Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

lo idílico [pues e]stablecieron una relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia”.

177. Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.

178. Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (supra párr. 146), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R. Respecto de éstas últimas, dichas violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares.” (Subrayas por fuera del texto original).

Este extracto, presenta el marco general sobre el cual confluyen los artículos relativos a la protección a la familia y a la honra y dignidad. En general, esto se refiere al derecho que tiene toda persona a que no se realicen injerencias arbitrarias en su vida familiar. La Corte IDH concluyó que esta garantía hace parte de ambos artículos, que funcionan de manera complementaria, para proteger a la familia y las relaciones interpersonales que entre ella se configuran.

Cabe resaltar, como se indica en la cita, que este análisis se predica de una actuación por parte del Estado chileno que tuvo como resultado la separación de la familia de la señora Karen Atala. La Corte IDH tuvo en cuenta que los motivos por los cuales fue separada la familia fueron discriminatorios, y es por ello que se vulneraron los artículos 11 y 17 de la CADH.

En el caso bajo examen, la situación es distinta, pues de ninguna manera se cuestionan los lazos afectivos entre el señor Duque y su compañero permanente, sino que nos encontramos ante una situación en que la legislación nacional no contemplaba un derecho patrimonial en específico a las parejas del mismo sexo, que era la pensión de sobreviviente. Dicha situación fue solucionada en el nivel interno por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cual corrigió una situación de discriminación contra las parejas del mismo sexo en el ámbito patrimonial, pero esto no significa que existió una vulneración del derecho a la vida familiar.

La CIDH plantea con esta postura, que no reconocer un derecho pensional equivale a separar una familia, lo cual es a todas luces irrazonable. Más aun cuando la misma CIDH omitió incluir la violación de estos artículos tanto en su informe de admisibilidad¹⁷⁵ como en su informe de fondo.¹⁷⁶ En estos documentos, la CIDH habló de las presuntas violaciones cometidas por el Estado en relación con la integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, igualdad y no discriminación, pero nunca sobre violaciones al derecho a la vida familiar. En este sentido, incluso bajo el escrutinio realizado por la CIDH para emitir sus informes, no observó conexidad alguna entre los hechos del caso y violaciones a estas garantías.

Cabe resaltar, que la representación de la presunta víctima tampoco hizo referencia a la violación de estos artículos convencionales. Esto, evidencia que tampoco a partir de su análisis hallaron una conexidad entre los hechos relatados y las violaciones a la vida privada y derecho a la familia del señor Duque.

El Estado desea hacer visible a la Honorable Corte IDH que estos derechos ni siquiera pueden ser razonablemente incluidos en este análisis, pues el asunto de la vida familiar es diametralmente distinto del de la pensión de sobrevivencia, y así lo ha entendido el Sistema Universal de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional colombiana, y la propia CIDH hasta el momento en que realizó esta manifestación en audiencia pública.

B. LAS DECISIONES DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN SITUACIONES SIMILARES

Si bien el SIDH no se ha pronunciado sobre situaciones de derechos patrimoniales en parejas del mismo sexo, otros sistemas internacionales de derechos humanos sí lo han hecho. Es evidente que estos organismos han determinado que, en efecto, el negar una pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo por el solo hecho de ser una pareja homosexual, resulta vulneratorio del principio de igualdad y no discriminación. La Corte Constitucional Colombiana también lo ha reconocido de esta manera. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha conocido de casos bastante similares al del señor Duque, tanto así, que la Presidenta de la CIDH en audiencia pública manifestó que casos tales como *Young vs. Australia* y *X vs. Colombia* son “casi idénticos”¹⁷⁷ al del señor Duque. En ninguno de estos informes el Comité de Derechos Humanos determinó que se hubieran vulnerado garantías relativas a la vida familiar, o relacionadas con este tema. El Estado procede a hacer un breve recuento de los hechos de estos dos casos y el análisis pertinente que realizó el Comité.

¹⁷⁵ CIDH. Informe de Admisibilidad No. 150/11 de 2 de noviembre de 2011.

¹⁷⁶ CIDH. Informe de Fondo No. 5/14 de 2 de abril de 2014.

¹⁷⁷ Observaciones finales presentadas por la Presidenta de la CIDH, Tracy Robinson en audiencia pública.

1. Young vs. Australia

El señor Young sostuvo una relación con el señor C, por 38 años. El señor C era un veterano de guerra, y el señor Young cuidó de él en los últimos años de su vida. El señor C murió el día 20 de diciembre de 1998, a la edad de 73 años. El 1 de marzo de 1999, el señor Young aplicó para acceder a una pensión de sobrevivencia. El 12 de marzo de 1999, la Comisión de Repatriación negó dicha aplicación fundado en que éste no calificaba como un “dependiente” a la luz de la ley interna, pues era una pareja del mismo sexo. En este caso, el Comité determinó que Australia había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁷⁸ es decir, el derecho a la igualdad y no discriminación, sin mención alguna al derecho a la familia o vida familiar.¹⁷⁹

2. X vs. Colombia

El 27 de julio de 1997, luego de una relación de 22 años y haber vivido juntos por 7 años, el compañero permanente del señor X, el señor Y, murió. El 16 de septiembre de 1994, el señor X, quien era económicamente dependiente de su pareja fallecida, solicitó ante el Fondo de Seguridad Social del Congreso de la República una sustitución pensional. El 19 de abril de 1995, el Fondo Rechazó la solicitud del señor X, alegando que la ley no permitía la transferencia de la pensión a un compañero permanente del mismo sexo. El Comité de Derechos Humanos, entendiendo que la diferenciación que hacía la ley entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales era discriminatoria, determinó que el Estado colombiano había transgredido el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir, el derecho a la igualdad y no discriminación. No se evidencia ninguna clase siquiera de análisis frente a la posible vulneración del derecho a la familia o vida familiar.¹⁸⁰

En estos casos, cuyos hechos resultan marcadamente similares al del señor Duque, el Comité de Derechos Humanos determinó que existe una violación al derecho a la igualdad y no discriminación, sin hacer mención alguna a los derechos a la familia y la vida familiar. Resulta completamente razonable, que dicho Comité haya escindido una situación patrimonial en la que un miembro de una pareja muere y la otra permanece con vida, a una situación que se encuentra en la materia de protección del derecho a la vida familiar, que es la de mantener los lazos afectivos entre los miembros de un núcleo familiar.

¹⁷⁸ PIDCP. Artículo 26. Todas 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.

¹⁷⁹ Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Mr. Edward Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

¹⁸⁰ Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Caso X v. Colombia. Communication No. 1361/2005 : Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

C. EL TRATAMIENTO DADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA AL ASUNTO BAJO EXAMEN

La Corte Constitucional colombiana, en cumplimiento de su mandato constitucional, ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el asunto en debate. De esta manera, ha establecido que para pronunciarse sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, como lo es la sustitución pensional, no es necesario referirse al derecho a la familia, pues son asuntos distintos. De esta manera, el tribunal constitucional colombiano ha establecido que:

“En ese orden de ideas, la referencia de la decisión T-716/11 a la reconceptualización de la noción de familia constitucionalmente protegida, toma la forma de argumento adicional a los existentes en la jurisprudencia anterior sobre reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo, con efectos armonizadores en ese precedente, como se explicó en la sentencia objeto de nulidad. Aunque esa referencia a la noción de familia es importante en el fallo objetado, en cualquier caso es accesoria para la revisión de las decisiones de tutela, puesto que con anterioridad a la sentencia C-577/11 existía un precedente constitucional consolidado y reiterado, acerca del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de las parejas del mismo sexo y la prohibición de imponer requisitos diferenciados para el acceso a esa prestación respecto de los exigidos a los compañeros permanentes del mismo sexo. En consecuencia, no hay una contradicción entre la ratio decidendi del fallo T-716/11 y la jurisprudencia constitucional, pues esa regla de decisión no hace nada distinto que reiterar el precedente de la Corte respecto de la exigibilidad de la pensión de sobrevivientes a favor de la pareja del mismo sexo, como se ha explicado extensamente en el presente proveído, entre otras estrategias argumentativas mediante el acatamiento de los efectos vinculantes e inter comunis que había fijado la sentencia T-051/10. Por lo tanto, la presunta vulneración del derecho al debido proceso, a través de la modificación del precedente por parte de la Sala Novena de Revisión, es infundada.

En cuanto a lo primero, ya se ha explicado que la ratio decidendi de la sentencia T-716/11 se concentra en reiterar lo expuesto en la jurisprudencia constitucional, en especial los fallos C-075/07, C-336/08 y T-051/10, los cuales son unívocos en reconocer que dentro de los derechos propios de la seguridad social que son predicables de las parejas del mismo sexo está la pensión de sobrevivientes, cuyo reconocimiento y pago no pueden someterse a condiciones distintas que las exigidas por el ordenamiento a las parejas de diferente sexo. Como se observa, esa regla de decisión se obtenía de forma autónoma de los referidos proveídos, por lo que el argumento de la reconceptualización de la familia constitucionalmente protegida opera, dentro del fallo analizado, de manera independiente a las reglas jurisprudenciales que versan sobre la pensión de sobrevivientes de la pareja del mismo sexo. Por lo tanto, carece de sentido sostener que la sentencia T-716/11 es nula por

desconocer el precedente, fundándose en la presunta contradicción con decisiones que no conforman los supuestos para la construcción de la ratio decidendi del fallo cuestionado.

Ahora bien, encuentra la Corte que los fundamentos jurídicos acerca de la reconceptualización de la noción de familia constitucionalmente protegida no hacen nada distinto que reiterar una de las razones centrales que tuvo en cuenta el Pleno para declarar el déficit de protección de derechos de las parejas del mismo sexo, evidenciadas en la sentencia C-577/11, a propósito de la regulación del matrimonio civil. A este respecto, tanto en el comunicado de prensa como en el texto definitivo del fallo, la Corte puso de presente que la pareja del mismo sexo era una modalidad constitutiva de familia y, por ello, el legislador estaba obligado a fijar un régimen contractual que permitiera la formalización de esas uniones. Por ende, la opción argumentativa de la sentencia T-716/11 de integrar esa consideración al precedente de la Corte en materia de la relevancia, en términos de protección de derechos fundamentales, de la pensión de sobrevivientes, no es nada diferente que el acatamiento de la cosa juzgada constitucional existente sobre esa materia, la cual, a partir de la adopción de la sentencia C-577/11, se basa en el reconocimiento de la pareja del mismo sexo como una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Sobre el particular, la sentencia C-577/11 señala los argumentos siguientes, que conviene transcribir in extenso (...)”¹⁸¹ (Subrayas por fuera del texto original).

De esta manera, resulta claro que la Corte Constitucional identificó que existían dos líneas jurisprudenciales diferenciadas en su precedente, una referente al derecho a la familia, y otra frente a los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. De esta manera el tribunal Constitucional escindió ambas temáticas, al no estar relacionadas. Esto es exactamente lo que se le solicita a la Honorable Corte IDH que realice, toda vez que un asunto relacionado con el derecho al acceso a la pensión por parte de parejas del mismo sexo, no refleja una postura ni vulnera el derecho a la familia y la vida familiar.

Cabe resaltar que aun cuando la jurisprudencia constitucional colombiana no ha hallado una relación inescindible entre la definición de familia y el reconocimiento de sustitución pensional a las parejas del mismo sexo, de manera independiente a los derechos patrimoniales, se ha dado prevalencia a un concepto de familia diversa que naturalmente, incluye a las familias conformadas por parejas del mismo sexo. En este aspecto, la Corte Constitucional en su sentencia C-577 de 2011, sentencia capital en el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI, indicó que:

“La protección de estos derechos en los que, a más de lo previsto en los artículos 5º y 42 superiores, se suele fundar un concepto amplio de familia, tiene su soporte en las exigencias de un estado social de derecho participativo y pluralista, como el contemplado en el artículo 1º de la Carta, que incluye dentro de sus fines, enunciados en el artículo 2º, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que, según el artículo 5º,

¹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Auto 022 de 2013.

son inalienables y tienen primacía y que, además, proclama, en los términos del artículo 7º de la Carta, el reconocimiento y protección de “la diversidad étnica y cultural de la nación”, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

La heterosexualidad no es, entonces, característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo es la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza, de manera que otro ha de ser el denominador común de la institución familiar en sus diversas manifestaciones y aun cuando las causas individuales para conformar una familia son múltiples, para indagar cuál es el rasgo compartido por las distintas clases de familia y determinar si está presente en las uniones homosexuales, cabe recordar que a familias tales como la surgida del matrimonio o de la unión marital de hecho, jurídicamente se les atribuyen unos efectos patrimoniales y otros de índole personal.

(...)

Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.”¹⁸²

De esta manera, la Corte Constitucional asume que los elementos definitorios de la familia protegida por la Constitución Política no son ni la heterosexualidad ni la monogamia, sino que un concepto de familia ajustado a la realidad debe tener en consideración su diversidad. Dentro de estos elementos de diversidad se encuentra la posibilidad de que una familia sea compuesta por parejas del mismo sexo, la cual constituye una modalidad de familia que merece protección constitucional. A este planteamiento se llegó años después de haber sido reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a recibir pensiones de sobrevivencia.

D. CONCLUSIONES

Con respecto al análisis realizado, el Estado colombiano concluye lo siguiente:

- La Corte IDH ha conocido de la interrelación de los derechos a la familia y a la vida privada, en casos en que las actuaciones del Estado han resultado en la separación del núcleo familiar, situación bastante disímil del reconocimiento de una pensión al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

¹⁸² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011.

- La CIDH no consideró que el Estado había vulnerado los artículos 11 y 17 de la CADH al momento de emitir los informes de admisibilidad y fondo, y sólo fue hasta las observaciones finales formuladas en audiencia pública que le realizó esta solicitud a la Corte IDH. Se hace evidente que el análisis realizado por la CIDH no revelaba ningún vínculo entre los hechos del caso y la responsabilidad del Estado por la violación de estos artículos.
- Las decisiones del Comité de Derechos Humanos, si bien han tratado sobre hechos similares a la situación del señor Duque, aun cuando han reconocido la responsabilidad internacional del Estado por la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no han declarado la violación a derechos relacionados con la familia y la vida privada.
- La Corte Constitucional Colombiana también conoció de situaciones de esta naturaleza y manifestó que el asunto de la definición de familia y el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo son cuestiones distintas y se han desarrollado por líneas jurisprudenciales separadas. Por tanto, resulta razonable tratar ambas temáticas de forma independiente.
- El Estado colombiano, por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la diversidad y amplitud del concepto de familia que merecen protección constitucional en el Estado colombiano. Las familias conformadas por parejas del mismo sexo gozan de esta protección y reconocimiento.

De esta manera, se le solicita a la Honorable Corte IDH que desestime la solicitud formulada por la CIDH relacionada con la declaración de responsabilidad internacional del Estado colombiano por la vulneración de los artículos 11 y 17 de la CADH. Esto, toda vez que el asunto del reconocimiento de la sustitución pensional en parejas del mismo sexo no guarda un vínculo con la definición de familia, sino que al ser temáticas distintas, no resulta relevante para el caso en cuestión tratar el tema de la definición de familia bajo el ordenamiento jurídico colombiano.

V. OBSERVACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE REPARACIONES REALIZADA POR LA REPRESENTACIÓN DE LA PRESUNTA VÍCTIMA

En primer lugar, conforme a lo expuesto por el Estado en el marco del presente trámite internacional, se reitera que Colombia ha demostrado que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con recursos adecuados y efectivos para subsanar y reparar la situación jurídica que se estima infringida. Asimismo, se ha acreditado que no existe mérito para que la H.Corte declare a Colombia internacionalmente responsable por las violaciones a la CADH alegadas por la CIDH y por los representantes de la presunta víctima. Por tal razón, de manera principal, se solicita a la Corte Interamericana que no decrete reparaciones a favor del señor Duque.

Adicionalmente, en caso de que la anterior petición no sea atendida en forma favorable, de manera subsidiaria, el Estado reitera las consideraciones realizadas en su contestación

respecto de las medidas de reparación solicitadas. Adicionalmente, a continuación, se presentaran algunas valoraciones complementarias en relación con el daño material alegado por los representantes de la presunta víctima.

A. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL PERITAJE RENDIDO POR EL DOCTOR FERNANDO RUÍZ

Los representantes de la presunta víctima ofrecieron el peritaje del doctor Fernando Ruíz. El objeto de dicho dictamen era establecer el presunto lucro cesante, derivado de la falta de reconocimiento del derecho pensional en cuestión. En relación con las conclusiones de la prueba en cuestión, el Estado presenta los siguientes reparos:

- En primer lugar, se observa que en la pericia ofrecida por los representantes de la presunta víctima se señala que el salario devengado por el señor JOJG era de \$800.000 mensuales. Tal afirmación no se encuentra sustentada en ningún elemento material probatorio. La falencia descrita, conduce a que todos los cálculos realizados por el experto resulten incorrectos.
- Adicionalmente, debe considerarse que el cálculo del ingreso base de liquidación realizado por el perito no es preciso. Esto en razón a que, conforme con la normativa aplicable, debía obtenerse del promedio salarial de los últimos 10 años laborados por el beneficiario o el total del tiempo si el periodo de trabajo fuera inferior. En consecuencia, en su declaración, manifestó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que: el último salario devengado por el trabajador era de \$ 800.000; se carece de información de los salarios devengados mes a mes entre el 1 de abril de 1994 y el 15 de septiembre de 2001 que permita calcular el Ingreso Base de Liquidación IBL y en ese período de (Sic.) tiempo no tuvo incremento de salario significativamente diferentes al Índice de Precios al Consumidor, se tendrá como IBL el último salario devengado, esto es, la suma de \$800.000.” (Subrayas fuera del texto original)

La cita previamente expuesta, evidencia que el ingreso base liquidación no fue calculado correctamente. Al respecto, el mismo perito reconoce que no contó con la información necesaria para determinar el monto promedio de los salarios devengados por el causante durante el periodo establecido por el ordenamiento.

Conforme con lo anterior, sin ningún sustento, infiere que el ingreso mensual del señor JOJG nunca tuvo incrementos sustanciales, para aplicar como IBL la suma de \$800.000, la cual, como se expuso previamente, tampoco se encuentra debidamente probada. En consecuencia se insiste en que las falencias descritas conducen a que los cálculos realizados por el experto resulten incorrectos.

- Adicionalmente, el perito incorpora en su declaración una importante suma correspondiente a presuntos intereses de mora. El Estado considera que tal

valoración no resulta acertada, pues en el caso concreto no ha existido un retardo injustificado en el pago de la prestación en cuestión. Según como se expuso en los apartados anteriores de este escrito, el señor Duque no ha realizado una reclamación formal ante COLFONDOS, ni ha aportado los documentos necesarios para acreditar su condición de beneficiario del señor JOJG.

En este punto debe considerarse que, a pesar que el señor Duque en el año 2002 realizó una petición general de información al fondo de pensiones, la cual de alguna manera denotaba su intención de acceder al derecho pensional en cuestión, tal solicitud no permite determinar la existencia de un retardo injustificado. Esto en razón a que no contenía los elementos necesarios para establecer su condición de titular del derecho.

Conforme con lo anterior el Estado reitera que el peritaje bajo análisis no presenta una justificación plausible para que en el caso concreto se imputen sumas correspondientes de presuntos interés de mora. Al respecto, debe precisarse que el estudio correspondiente a COLFONDOS para el reconocimiento del derecho pensional, no se ha realizado por cuestiones atribuibles a la presunta víctima. Esto, en razón a que el señor Duque se rehúsa a iniciar el trámite administrativo ante el fondo de pensiones, para que se determine su calidad de beneficiario del señor JOJG.

De acuerdo con los puntos previamente esbozados, de manera respetuosa, se solicita a la H. Corte IDH que desestime las conclusiones del peritaje rendido por el doctor Fernando Ruíz. Los datos expuestos en dicha declaración contienen serias inconsistencias, que generan dudas importantes en relación con la precisión de los resultados aportados.

Finalmente, el Estado resalta que al presente trámite internacional no se ha allegado ninguna prueba que acredite la existencia de perjuicios causados a la presunta víctima que puedan ser calificados como un daño emergente. En consecuencia, en caso de que la Corte IDH determine la responsabilidad del Estado y considere que deben adoptarse medidas de reparación adicionales al reconocimiento del derecho pensional, se solicita que no ordene indemnización por ese concepto, pues no fue acreditado.

VI. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS POR LOS HONORABLES JUECES DE LA CORTE IDH

En este acápite, el Estado colombiano da respuesta a una de las preguntas formuladas de manera específica por el Honorable Juez Eduardo Ferrer MacGregor durante la audiencia pública. Como se indicó al inicio de este escrito, las demás inquietudes de los H. Jueces fueron resueltas a lo largo del documento.

Pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot: “Para los alegatos finales escritos, nos pueden hacer llegar esta información que creo que puede ser útil, respecto de la práctica. Evidentemente en esta audiencia se ha discutido esta consolidación de la interpretación evolutiva a través de las sentencias de la Corte Constitucional del año 2008 y

2010, pero ¿a partir de la Sentencia C-336 cuantas pensiones de sobrevivencia respecto de personas del mismo sexo se otorgaron en sede administrativa o cuantas se negaron o cuantas se otorgaron o se negaron en la vía jurisdiccional?”

Con el fin de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia, por intermedio de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado colombiano, se solicitó información a los administradores del Sistema de Pensiones sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. El requerimiento fue atendido por: COLPENSIONES, PORVENIR, EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, COLFONDOS, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENCIONES Y CESANTIAS y La CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES ACDAC. Los datos obtenidos, fueron los siguientes:

- COLPENSIONES, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que por vía administrativa ha reconocido 453 pensiones de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo y 8 por vía judicial. Adicionalmente, señaló que ha negado 432 solicitudes.¹⁸³
- PORVENIR, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que por vía administrativa ha reconocido 44 pensiones de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo y ha negado 24. Al respecto precisó que: “la decisiones desfavorables, obedecieron al no cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley Colombiana, como por ejemplo, el no contar con el número mínimo de semanas cotizadas.”¹⁸⁴ No se reportaron prestaciones otorgadas por vía judicial.
- EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que ha recibido 2 solicitudes de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según lo expresado por la entidad, dichos requerimientos fueron resueltos por vía administrativa, de manera favorable. Es importante precisar que, una de las reclamaciones, corresponde al Caso X Vs. Colombia.¹⁸⁵
- COLFONDOS, mediante Oficio del 10 de septiembre de 2015¹⁸⁶, informó que ha recibido 33 solicitudes de reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según lo expresado por la entidad, 31 de dichos requerimientos fueron resueltos por vía administrativa de

¹⁸³ (Anexo 1) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹⁸⁴ (Anexo 2) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹⁸⁵ (Anexo 3) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹⁸⁶ (Anexo 4) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

manera favorable, entre estos, existe un número plural de casos donde el causante falleció de manera previa a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008. Adicionalmente, se reportó que respecto de dos solicitudes medió intervención judicial.

- OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, mediante Oficio del 8 de agosto de 2015, informó que a la fecha no ha recibido solicitudes de reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.¹⁸⁷
- La CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES ACDAC, mediante Oficio del 11 de septiembre de 2015, informó que a la fecha no ha recibido solicitudes de reconocimiento de pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.¹⁸⁸

Conforme con la información suministrada por los administradores de pensiones se tiene que por vía administrativa se han reconocido 541 pensiones al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo y se han negado 458. Adicionalmente, se reportaron 10 casos en los que hubo intervención judicial.

A su vez, se consultaron algunas de las relatorías del país. Mediante dicha búsqueda se encontró una Sentencia proferida por Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. Mediante dicho fallo, en el marco de la acción laboral ordinaria, se confirmó la decisión del juez de primera instancia mediante la que se le reconoció la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.¹⁸⁹

Adicionalmente, conforme con la reconstrucción la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-336 de 2008, se tiene lo siguiente:

No.	Sentencia	Sentido del fallo.
1.	Sentencia T-1241 de 2008.	Negó el amparo solicitado, al considerar que la convivencia entre el accionante y el causante no fue probada –Manifiesta que debe ser acreditada mediante declaración ante notario.
2.	Sentencia T-911 de 2009.	Negó el amparo solicitado, al considerar que la acción no cumplía con el principio de subsidiaridad – Manifiesta que la Sentencia C-336 no tiene efectos retroactivos.
3.	Sentencia T-051 de 2010.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la aplicación retrospectivos de la Sentencia C-336 de

¹⁸⁷ (Anexo 5) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹⁸⁸ (Anexo 6) El documento en cuestión, se remite con la finalidad de dar respuesta a la pregunta realizada por el H. Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot al final de la audiencia.

¹⁸⁹ Tribunal Superior de Medellín, Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicado: 05001-31-05-013-2013-001331-01. (Anexo 7)

		2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
4.	Sentencia T-592 de 2010.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la aplicación retrospectivos de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
5.	Sentencia T-346 de 2011.	Concedió el amparo solicitado. La Decisión se centró sobre la forma en que deben fallarse los casos en que existe controversia en entre dos reclamantes. En todo caso, aplicó la libertad de medios probatorios para acreditar la unión.
6.	Sentencia T-716 de 2011.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la aplicación retrospectivos de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
7.	Sentencia T-860 de 2011.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la aplicación retrospectivos de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
8.	Sentencia T-357 de 2013.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
9.	Sentencia T-151 de 2014.	Concedió el amparo solicitado. La discusión se centró sobre el cumplimiento de los requisitos generales por parte del causante.
10	Sentencia T-327 de 2014.	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
11.	Sentencia T-823 de 2014	Concedió el amparo solicitado. Desarrolló la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.
12.	Sentencia T-935 de 2014	La solicitud de amparo se declaró improcedente, debido a que no cumplía el principio de subsidiaridad. Conforme con lo anterior, se estableció que el accionante debía agotar los recursos de la Jurisdicción Ordinaria. En todo caso, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional le advirtió a las entidades accionadas que: “bajo ninguna circunstancia, puede negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, o cualquier otra prestación similar, aduciendo la inexistencia de normas que extiendan estos beneficios a parejas del mismo sexo.”

Como puede verse a partir del año 2010, la Corte Constitucional, no ha emitido ningún fallo en el que se cuestione: **i)** el acceso al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente, **ii)** la retrospectividad de la Sentencia C-336 de 2008 o **iii)** la libertad de medios probatorios para acreditar este tipo de uniones. Conforme con lo expuesto, se ha protegido el derecho en cuestión en 9 ocasiones y en 1 caso negó el amparo solicitado por razones procedimentales.

El Estado reitera que las cifras previamente expuestas demuestran que, en la actualidad, existe un gran número de pensiones de sobreviviente reconocidas por vía administrativa al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo (541). Esa cifra supera ampliamente a aquellas en las que se requirió la intervención de autoridades judiciales. Esto evidencia que los administradores del sistema de seguridad social en pensiones, a pesar de las dificultades iniciales, han adecuado sus actuaciones al ordenamiento jurídico colombiano.

Adicionalmente se insiste en que, en los casos en que las entidades públicas o los particulares encargados de la administración del sistema pensional colombiano desconocieron el precedente constitucional, se otorgó una protección judicial efectiva. Según como se expuso previamente, los actos administrativos o las resoluciones que desacataron las reglas judiciales sobre la aplicación retrospectiva de la Sentencia C-336 de 2008 y la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, se dejaron sin efecto mediante el ejercicio de la acción de tutela o de los recursos que provee la Jurisdicción Ordinaria.

De acuerdo con los datos previamente enunciados (acceso efectivo a la prestación pensional en mayor medida por vía administrativa y en menor medida por vía judicial), se encuentra demostrada la vinculatoriedad y certeza que ofrece el ordenamiento colombiano en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

VII. PETITORIO

Por todo lo manifestado en la contestación al Escrito de Sometimiento del caso y al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, en la audiencia pública de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, y en el presente escrito, el Estado reitera y le solicita respetuosamente a la H.Corte lo siguiente:

A. EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES PREVIAS

Que excluya del objeto del litigio todos los hechos que hayan sido incluidos por los representantes de las víctimas en el ESAP y que no estén contenidos en el Informe de Fondo 5/14.

B. EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN PRELIMINAR

Que declare que el presente caso es inadmisibile, por los siguientes motivos:

1. Por el respeto al principio de subsidiariedad, en el entendido que no se han agotado los recursos internos para resolver la situación jurídica del señor Ángel Alberto Duque.
2. Las alegaciones referidas a la violación del derecho a la salud y a los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH resultan manifiestamente infundadas pues no se allega prueba alguna que las sustente. En subsidio, se le solicita que la declare inadmisibile dado que no agotó los recursos internos para resolver dicha situación.

C. EN RELACIÓN CON LOS ALEGATOS DE FONDO

En subsidio de la pretensión relacionada con la excepción preliminar, el Estado le solicita a la H.Corte:

1. De manera principal:
 - a. Que declare que el Estado no es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, en virtud de esta declaración, no subsisten las razones para analizar las demás violaciones alegadas en el Escrito de Sometimiento del Caso y en el ESAP.
2. De manera subsidiaria:
 - a. Que declare que el Estado no es responsable por la violación de los artículos 8, 24 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.
 - b. Que declare que el Estado no es responsable por la violación de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.
 - c. Que declare que el Estado no es responsable por la violación de los artículos 11.2 y 17.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

D. EN RELACIÓN CON LAS PRUEBAS

1. Que declare que la H.Comisión Interamericana no cumplió con los requisitos reglamentarios que determinan el ejercicio de la facultad otorgada en el artículo 35.1.f del Reglamento y por tanto desestime las pruebas periciales ofrecidas por dicho órgano en el Escrito de Sometimiento del Caso.

2. Que acepte las pruebas documentales, testimoniales y periciales ofrecidas por el Estado.
3. Que rechace el *affidavit* presentado por el Robert Witenmute, al haberse referido a un objeto distinto al que le fue solicitado por el Presidente de la Corte.

E. EN RELACIÓN CON LAS REPARACIONES

1. De manera principal, y en subsidio de la excepción preliminar:
 - a. Que declare que en el presente caso no existe lugar a la reparación solicitada en el Informe de Fondo y en el ESAP, en razón a que el Estado no es responsable de violar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. De manera subsidiaria:
 - a. Que tenga en cuenta las observaciones presentadas por el Estado en el capítulo de reparaciones de la contestación y del presente escrito, particularmente las referentes a la ausencia de necesidad de emitir legislación adicional relacionada con el derecho a la pensión de sobreviviente del compañero o compañera permanente en una pareja del mismo sexo, pues este asunto ya fue resuelto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

VII. ANEXOS

Anexo 1: Oficio del 11 de septiembre de 2015 de COLPENSIONES.

Anexo 2: Oficio del 11 de septiembre de 2015 de PORVENIR.

Anexo 3: Oficio del 11 de septiembre de 2015 del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

Anexo 4: Oficio del 10 de septiembre de 2015 de COLFONDOS.

Anexo 5: Oficio del 8 de agosto de 2015 de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENCIONES Y CESANTIAS.

Anexo 6: Oficio del 11 de septiembre de 2015 de la CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES ACDAC.

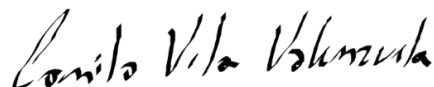
Anexo 7: Tribunal Superior de Medellín, Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicado: 05001-31-05-013-2013-001331-01.

Anexo 8: Comunicación de COLFONDOS, del 9 de agosto de 2013.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para reiterarle las seguridades de nuestra más alta y distinguida consideración.



JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ
Agente del Estado



CAMILO VELA VALENZUELA
Agente del Estado