

## CONTENIDO

I.	OBSERVACIONES FRENTE A LOS HECHOS.....	9
	A.Observaciones frente a los hechos incluidos por la CIDH en el Informe de Fondo.....	9
	1. Acápite del informe de la CIDH denominado “A. Situación de Ángel Alberto Duque y solicitud de pensión de sobrevivencia” .....	9
	2. Acápite del informe de la CIDH denominado “B. Marco legal del Sistema de Seguridad Social en Colombia” .....	11
	3. Acápite del informe de la CIDH denominado “C. Acciones de tutela incoadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia” .....	11
	4. Acápite denominado “D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional” .....	13
	A.Hechos nuevos presentados en el Escrito de Argumentos, Solicitudes y Pruebas .....	15
II.	EXCEPCIONES PRELIMINARES .....	18
	A.La importancia y especificidad del principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos .....	20
	1. El principio de subsidiariedad como criterio angular del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos .....	20
	2. La Corte IDH no debe conocer de asuntos que el Estado mismo puede resolver, pues debe respaldar los mecanismos que lleven al fortalecimiento de las instituciones internas y no a su debilitamiento.....	24
	B.La falta de agotamiento de los recursos internos en relación con el reconocimiento del derecho pensional al señor Ángel Alberto Duque .....	26
	1. Síntesis de los argumentos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ....	27
	2. Síntesis de los argumentos esgrimidos por los representantes de la presunta víctima .....	29
	3. Síntesis de los argumentos del Estado que desvirtúan los alegatos de la CIDH y de los representantes de la presunta víctima .....	30

4. La presente excepción de falta de agotamiento de los recursos internos ha sido instaurada en debida forma y de manera oportuna.....	31
4.1. La excepción de falta de agotamiento de recursos debe interpretarse conforme al principio de subsidiariedad .....	31
4.2. La excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el caso bajo examen fue interpuesta de manera oportuna .....	34
4.3. La excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el caso bajo examen fue interpuesta en debida forma .....	37
5. 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 .....	41
5.1. El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano .....	42
a. La concepción inicial del artículo 230 de la Constitución .....	43
b. La reinterpretación sistemática y conforme a los principios fundamentales que orientan a la Carta de 1991 del artículo 230 de la Constitución .....	43
5.2. Distinción entre los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la “doctrina del precedente” .....	46
a. Efectos de la parte resolutive de los fallos proferidos por la Corte Constitucional .....	47
i. Acción Pública de Inconstitucionalidad .....	47
ii. Acción de Tutela .....	48
b. La “doctrina del precedente” en el marco de la Jurisdicción Constitucional.....	51
i. La “doctrina del precedente” frente a las sentencias de constitucionalidad .....	52
ii. La “doctrina del precedente” frente a las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión.....	54
5.3. La identificación del precedente .....	56

5.4. La inaplicación y la modificación del precedente por parte de los jueces	58
5.5. Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional resultan vinculantes para las autoridades administrativas y los particulares que presten servicios públicos .....	60
5.6. El ordenamiento jurídico colombiano consagra mecanismos judiciales adecuados y efectivos para asegurar el respeto del precedente constitucional.....	62
a. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional.....	62
b. El cambio irregular de jurisprudencia como causal de nulidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional .....	63
c. La acción de tutela contra providencias judiciales o contra actos administrativos por el desconocimiento del precedente .....	64
d. La adecuación típica del delito de prevaricato por acción frente a los supuestos en que se desconoce el precedente.....	66
5.7. La existencia de un precedente consolidado frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo .....	67
a. Breve exposición sobre las sentencias de constitucionalidad que marcaron el avance en la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.....	69
b. Condiciones que determinan el acceso del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente.....	75
5.8. 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 estimaba vulnerados .....	101
a. En relación con el recurso administrativo (reclamación ante COLFONDOS).....	102
b. En relación con el recurso judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior).....	104

c. Los recursos a disposición de la presunta víctima cuentan con mayor celeridad que el trámite surtido ante el Sistema Interamericano de Protección .....	106
d. Los argumentos de los representantes de la presunta víctima y de la Comisión Interamericana no desvirtúan la configuración de la excepción alegada por el Estado .....	107
<b>C.Excepciones preliminares frente a los supuestos hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH .....</b>	<b>109</b>
<b>1. Configuración de la excepción consagrada en el artículo 47.c de la CADH frente al caso concreto .....</b>	<b>110</b>
1.1. Contenido y alcance del artículo 47.c de la Convención.....	110
1.2. No hay evidencia que acredite la supuesta existencia de deficiencias en la prestación del tratamiento médico que requiere el señor Ángel Alberto Duque.....	113
<b>2. Pretensión subsidiaria: La configuración de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida (4.1) e integridad personal (5.1) .....</b>	<b>115</b>
2.1. La presente excepción de falta de agotamiento de los recursos internos ha sido instaurada de manera oportuna y en debida forma .	116
2.2. La acción de tutela resulta procedente frente a la protección de los derechos fundamentales a la Salud, la integridad física y la vida..	117
2.3. Los portadores de VIH/SIDA, son objeto de protección constitucional reforzada .....	118
2.4. La idoneidad y efectividad de la acción de tutela frente a los hechos en que se pretende fundamentar la presunta violación de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH.....	120
<b>III. FONDO .....</b>	<b>127</b>
<b>A.El Estado no es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales (art. 8 CADH), a la protección judicial (art. 25 CADH), y el derecho a la igualdad (art. 24 CADH) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.....</b>	<b>127</b>

1. Si bien existió un hecho ilícito internacional, éste hecho ilícito principal cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo .....	128
2. Subsisten aún obligaciones secundarias del Estado, en particular el deber de reparar, que hoy son protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos en el interior del Estado; las razones por las cuales estos recursos no se han activado, dependen exclusivamente de la víctima, por lo cual no pueden ser trasladados al Estado para declarar su responsabilidad internacional.....	133
3. En la medida en que la Corte Constitucional en Colombia ya declaró la existencia de una violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación (aplicando por lo demás los estándares internacionales vigentes para el momento de tomar la decisión), la H.Corte estaría actuando como una cuarta instancia al declarar, de nuevo, la existencia de estas violaciones .....	134
4. El Estado no incurrió en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron en primera y segunda instancia la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no existían elementos en el derecho internacional que les exigieran realizar un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima .....	139
5. Conclusiones .....	145
<b>B.El Estado no es responsable por la violación de los derechos a la vida (art. 4) y la integridad personal (art. 5) en relación con el artículo 1.1 de la CADH.....</b>	<b>147</b>
1. El estándar interamericano en relación con el deber de garantizar el derecho a la salud .....	150
2. El Estado colombiano ha cumplido con el deber de garantía en relación con el derecho a la salud de las personas dentro de su jurisdicción	154
2.1. La salud como derecho fundamental en el ordenamiento constitucional colombiano .....	155

2.2.	El modelo de seguridad social en salud en Colombia .....	160
a.	Estructura General del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano .....	160
i.	Principios Fundamentales de la Ley 100 de 1993.....	161
ii.	Roles y Responsabilidades .....	162
b.	Planes de Beneficios .....	163
c.	Transiciones.....	164
d.	Bases de Financiamiento .....	165
e.	Los órganos de supervisión y control.....	166
i.	Ministerio de Salud y de la Protección Social.....	166
ii.	Superintendencia Nacional de Salud .....	169
f.	Ley Estatutaria No. 1751 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones” ....	175
3.	El cumplimiento de los estándares interamericanos en salud por parte del sistema de seguridad social en salud colombiano .....	176
4.	Las medidas tomadas por el Estado colombiano en relación con la asistencia a la comunidad portadora del virus del VIH.....	177
4.1.	Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva .....	177
4.2.	El Decreto 1543 de 1997 “por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el VIH/SIDA y las otras infecciones de transmisión sexual (ETS).....	179
4.3.	El Plan Nacional de Respuesta al VIH del 2008 al 2011.....	179
4.4.	Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 .....	180
5.	Fallos de la Corte Constitucional relacionados con la atención a la población que sufre de enfermedades catastróficas como el virus del VIH.	182
5.1.	El marco de protección constitucional a las personas que sufren de enfermedades catastróficas, incluidos los portadores del VIH.....	182

5.2.	La población portadora del VIH como sujeto de especial protección.....	183
5.3.	El tratamiento especial hacia la población portadora del virus del VIH	184
5.4.	Medicamentos excluidos del POS.....	184
6.	El Estado colombiano ha cumplido con su deber de garantía en relación con el derecho a la salud de Ángel Alberto Duque. ....	185
IV.	PRUEBAS.....	190
A.	Observaciones sobre las pruebas del escrito de sometimiento.....	190
B.	Observaciones sobre las pruebas del escrito de argumentos, solicitudes y pruebas.....	191
1.	Observaciones en relación con las pruebas documentales .....	191
C.	Pruebas que ofrecerá el Estado .....	191
1.	Prueba documental .....	191
2.	Prueba testimonial y declaraciones informativas.....	191
3.	Prueba Pericial .....	191
V.	REPARACIONES .....	192
A.	Comentarios generales en relación con las medidas de reparación ....	192
1.	Observaciones frente a las distintas medidas de reparación solicitadas	192
1.1.	Daño material.....	193
1.2.	Daño inmaterial.....	194
1.3.	Garantías de satisfacción y no repetición .....	194
a.	Promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia a las que son acreedoras las parejas heterosexuales .	194

b. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y publicación de la sentencia. ....	199
c. Política pública de capacitación a fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual.....	199
d. Tratamiento médico y psicológico. ....	200
B.Gastos y Costas.....	201
VI. PETITORIO.....	201
A.En relación con las cuestiones previas .....	201
B.En relación con la excepción preliminar.....	201
C.En relación con los alegatos de fondo.....	202
D.En relación con las pruebas .....	202
E.En relación con las reparaciones .....	203
VII. ANEXOS.....	203

**CONTESTACIÓN AL ESCRITO DE SOMETIMIENTO DEL CASO Y AL  
ESCRITO DE SOLICITUDES ARGUMENTOS Y PRUEBAS  
CASO ÁNGEL ALBERTO DUQUE**

El Estado presentará su contestación al Escrito de Sometimiento del Caso y al Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas (ESAP), para lo cual (I) presentará sus observaciones sobre los hechos presentados en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); (II) presentará sus solicitudes en relación con los hechos nuevos incluidos por los representantes de la presunta víctima en el ESAP, que no fueron incluidos en el Informe de Fondo; (III) presentará tres excepciones preliminares que afectan la totalidad del caso; (IV) de manera subsidiaria, mostrará a la H.Corte porqué no es responsable internacionalmente por los hechos del caso; (V) presentará algunas observaciones a las pruebas presentadas por la H.Comisión y los representantes de la presunta víctima; (VI) ofrecerá sus pruebas documentales, testimoniales y periciales; (VII) presentará sus observaciones a las reparaciones solicitadas por los representantes de la presunta víctima y (VIII) expondrá su petitorio.

**I. OBSERVACIONES FRENTE A LOS HECHOS**

**A. Observaciones frente a los hechos incluidos por la CIDH en el Informe de Fondo**

A continuación el Estado de Colombia presentará su respuesta a cada uno de los hechos planteados por la CIDH en su escrito de sometimiento del caso. El Estado solicita a este H. Tribunal que tenga en cuenta tanto las excepciones preliminares formuladas como las observaciones de fondo que aquí se presentan, y que son complementarias a las observaciones frente a los hechos presentadas en este capítulo. La respuesta a los hechos tratará cada uno de los hechos por separado de la siguiente manera: (i) hecho del Escrito de Sometimiento del Caso; (ii) posición del Estado y aclaraciones en caso de ser necesarias.

Para efectos de este análisis serán transcritos los hechos del Escrito de Sometimiento del Caso, según los títulos presentados en dicho texto.

**1. Acápites del informe de la CIDH denominado “A. Situación de Ángel Alberto Duque y solicitud de pensión de sobrevivencia”**

- 1.1. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El señor Ángel Alberto Duque y JOJG convivieron como pareja durante diez años y tres meses, desde el 15 de junio de 1991 hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que JOJG falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.”

Al Estado no le consta el tiempo de convivencia entre JOJG y el señor Duque. Sin embargo, tal como lo reconoce la H.Comisión en el hecho contenido en el párrafo 53 del Informe de Fondo, esta convivencia podría ser acreditada por cualquier medio de prueba, en el momento que la víctima decida presentar una solicitud formal para el reconocimiento del

derecho pensional en cuestión. Es cierto que JOJG falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

- 1.2. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El 4 de agosto de 1997, el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA, fue diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con AZT-3CT-IDV-RTV (800/100mg), el cual no debe suspenderse, ya que esa circunstancia “podría acarrear la muerte”.

Es cierto.

- 1.3. Hecho del Escrito de Sometimiento: “JOJG prestaba al señor Duque el apoyo necesario para sus gastos personales y para sufragar la atención en salud requerida, en base a su condición de persona que vive con VIH.”

Al Estado no le consta. Hasta el momento ni la CIDH ni los representantes de las víctimas han presentado prueba alguna que acredite que JOJG prestaba al señor Duque el apoyo necesario para sus gastos personales y para sufragar su atención en salud.

- 1.4. Hecho del Escrito de Sometimiento: “JOJG estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y trabajaba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

Es cierto que JOJG estaba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. Al Estado no le consta el lugar de su trabajo, al momento de su fallecimiento.

- 1.5. Hecho del Escrito de Sometimiento: “Ante el fallecimiento de JOJG, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó a COLFONDOS que le indicara los requisitos que debía gestionar para solicitar la pensión de sobrevivencia de su compañero y pareja.”

Es cierto. Con este hecho la CIDH reconoce que esta solicitud no constituyó un escrito de solicitud formal de la pensión. Solamente se consultaron los requisitos para solicitar dicha pensión.

- 1.6. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El 3 de abril de 2002, COLFONDOS contestó el requerimiento formulado por el señor Duque, indicándole que no acreditaba la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia y en consecuencia, no podía llevar a cabo el trámite solicitado. En particular, COLFONDOS señaló que: [...] la legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.”

Es cierto.

**2. Acápito del informe de la CIDH denominado “B. Marco legal del Sistema de Seguridad Social en Colombia”**

El Estado no transcribirá los hechos incluidos por la H.Comisión en este acápito, dada su extensión y que se trata exclusivamente de la transcripción de algunas de las normas del Sistema de Seguridad Social en Colombia que se encontraban vigentes en el momento en que el señor Duque solicitó información a COLFONDOS para el pago de su pensión.

El Estado aclara que, como lo demostrará ampliamente en el escrito de contestación, actualmente estas normas han sido modificadas en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

**3. Acápito del informe de la CIDH denominado “C. Acciones de tutela incoadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia”**

- 3.1. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución pensional a su favor, como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial. Como fundamento de la acción de tutela, el señor Duque indicó que: (i) era pareja de JOJG; (ii) no tenía renta, trabajo o ingresos de ninguna naturaleza; (iii) vivía con VIH, se encontraba bajo tratamiento antirretroviral y no podía suspender su tratamiento; (iv) perdería su afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud, al quedar sin ingresos como consecuencia del fallecimiento de su compañero; y (v) el acceso a la pensión de sobreviviente le permitiría contar con los servicios de salud requeridos. Adicionalmente, el señor Duque alegó que debía concederse la sustitución pensional a una persona homosexual y que la falta de reconocimiento constituía violaciones a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural, y la dignidad humana.”

Es cierto.

- 3.2. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Municipal de Bogotá denegó la tutela incoada por el señor Duque. Luego de analizar la legislación vigente, la jueza sostuvo que: [...] el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas de homosexuales, que es un hecho, una realidad de la vida, pero que están a la expectativa que en algún momento el legislador se pronuncie, como lo

hizo frente a la materialidad que represent[ó] en alguna época las relaciones maritales de hecho.

[...] El Despacho concluye, entonces, que la acción es improcedente y adicionalmente, puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 03 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. [...]

Con dicha respuesta negativa de la entidad accionada, de ninguna manera se vislumbra vulneración de alguno de los derechos invocados por el accionante, toda vez que dicha decisión se encuentra más que ajustada a derecho, pues constituye elemental aplicación de normas de orden legal y constitucional y por ende, no reconocer derechos que no ha establecido aún ni el legislador y la primera carta. Por lo mismo, inaplicar las normas mencionadas o acceder al amparo solicitado, implica ir en contra de la constitución y la ley.

En este orden de ideas, se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN.

Es cierto.

- 3.3. Hecho del Escrito de Sometimiento: “Esa decisión fue impugnada por el señor Duque y confirmada, en su integridad, por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2002. Para así decidir, el Juzgado Doce indicó que: No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.”

En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no

constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia.”

Es cierto.

- 3.4. Hecho del Escrito de Sometimiento: “El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión.”

Es cierto.

#### **4. Acápite denominado “D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional”**

- 4.1. Hecho del Escrito de Sometimiento: “La Comisión ya ha reconocido que, entre los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional colombiana otorgó a parejas del mismo sexo los mismos beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad que los otorgados a parejas heterosexuales. Asimismo, en el año 2009, la Corte Constitucional de Colombia decidió la modificación de 42 normas incluidas en aproximadamente 20 leyes, con el fin de lograr una equidad entre parejas heterosexuales y homosexuales. La Comisión señaló que a pesar de que la Constitución y las leyes colombianas establecen una serie de derechos y recursos para las personas LGBTI, en la práctica, el acceso y la efectividad de aquellos recursos todavía enfrenta desafíos como resultado de la discriminación de la que históricamente han sido objeto.”

Es cierto en cuanto al reconocimiento de la H.Comisión en su Informe Anual de 2011. Sin embargo, el Estado destaca que el Informe citado por la Comisión, en especial en lo que se refiere a las presuntas barreras en la práctica para el acceso y efectividad de los recursos, no está acompañado de elemento alguno que permita inferir su existencia en cuanto al reconocimiento de los derechos pensionales a parejas del mismo sexo. La CIDH sólo afirma que recibió “información” al respecto, sin indicar su procedencia y sin especificar a qué situaciones hace referencia.

- 4.2. Hecho del Escrito de Sometimiento: “En particular, en lo relativo al derecho de pensión, en el año 2007, la Corte Constitucional estableció que la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual y el régimen que regulaba la “unión marital de hecho” resultaba discriminatorio, en la medida en que se aplicaba exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluía de su ámbito a las parejas homosexuales. A partir de esa situación, la Corte Constitucional verificó la existencia de un “déficit de protección” en lo relativo al acceso de la pensión de sobrevivientes en las parejas homosexuales. Asimismo, la Corte determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo, y que en ese caso, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia debía regularse por el mismo mecanismo.”

Es cierto.

- 4.3. Hecho del Escrito de Sometimiento: “En el año 2008, la Corte Constitucional sostuvo que no había justificación para autorizar un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conformaban parejas homosexuales no pudieran acceder a la pensión de sobreviviente en las mismas condiciones en que lo hacían quienes integraban parejas heterosexuales. Posteriormente, en el año 2011, la Corte Constitucional sostuvo que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la Sentencia C-336 de 2008 no constituía una razón admisible para negarle al miembro superviviente la pensión de sobreviviente. Asimismo, la Corte Constitucional concluyó que no había razones constitucionalmente válidas para concluir que era razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales disponía cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, esto es, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones, y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley.”

Es cierto. Se aclara sin embargo que el precedente se consolidó desde la sentencia T-051 de 2010 y no, como lo dice la H.Comisión, a partir de 2011.

- 4.4. Hecho del Escrito de Sometimiento: “La Comisión ya ha valorado los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana orientados a garantizar los derechos de las personas y parejas LGBTI, entre ellos, en relación con el acceso al derecho de pensión en el caso de parejas del mismo sexo. Sin embargo, la Comisión reitera que dichos avances jurisprudenciales recién comenzaron a partir del año 2007 y por lo tanto, resultan muy posteriores a los hechos del caso, e incluso a la presentación de la petición ante la CIDH. En consecuencia, si bien la Comisión reconoce que algunos aspectos del caso pueden evolucionar con el tiempo, su análisis debe centrarse en la situación de la presunta víctima y la alegada afectación de sus derechos que presenta en su caso.”

Es cierto en cuanto a las afirmaciones del Informe Anual de la CIDH en el año 2011. En cuanto a las afirmaciones relativas a si los avances jurisprudenciales son aplicables al caso y cuál es el alcance que tienen frente a la responsabilidad internacional del Estado, se trata de alegatos jurídicos que serán respondidos por el Estado en su capítulo de alegatos en derecho.

## A. Hechos nuevos presentados en el Escrito de Argumentos, Solicitudes y Pruebas

El artículo 35.1 del Reglamento de la H.Corte establece que:

“El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas (...)” (Subrayas fuera de texto)

En concordancia con lo anterior el artículo 35.3 del Reglamento explica que:

“La Comisión deberá indicar cuáles de los hechos contenidos en el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención somete a la consideración de la Corte” (Subrayas fuera de texto)

De tal manera que conforme a las normas procesales del proceso interamericano, la plataforma fáctica de los casos tramitados ante el Sistema debe estar delimitada desde el Informe de Fondo sometido ante a la H. Corte y debe ser respetada durante el procedimiento internacional. En consecuencia, los hechos adicionales presentados en el ESAP por los representantes de la presunta víctima deben ser desestimados, incluso de manera previa al estudio de fondo del caso<sup>1</sup>.

Al respecto, la H.Corte ha afirmado que el marco fáctico de un caso sometido ante su sede está conformado por aquellos “contenidos en el Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte”<sup>2</sup>. En tal sentido, ha sido regla jurisprudencial de la Corte establecer que no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho informe, sin que ello implique una imposibilidad de hacer explicaciones, aclaraciones o desestimar hechos presentados que estén bajo consideración de la H. Corte.<sup>3</sup>

Por todo lo anterior, el Estado le solicita a la H. Corte que declare que los hechos precisados a continuación, en cuanto no fueron incluidos en el Informe de Fondo

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, CorteIDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, párr. 35. CorteIDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Sobre el particular, la Corte Interamericana precisó que “no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. (Subrayado fuera de texto, párr. 66)

<sup>2</sup> CorteIDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. Párr.47; Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 34.

<sup>3</sup> CorteIDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 153, y Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 34.

sometido ante el Tribunal Internacional, no hacen parte del marco fáctico del presente caso y en consecuencia no serán objeto de análisis por parte del Tribunal Internacional. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado presentará observaciones a algunos de esos hechos, de manera subsidiaria, y con el fin de que la H.Corte los estime en lo que considere pertinente.

1. En el párrafo 12 del ESAP, los representantes de la presunta víctima afirman que no se le notificó oficialmente a la víctima que su tutela no había sido seleccionada para revisión por parte de la Corte Constitucional. Este es un hecho nuevo, no incluido en el Informe de Fondo de la CIDH. El Estado quiere aclarar en todo caso que esta afirmación no es cierta, dado que se notificó por estado del 20 septiembre de 2002, según lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional.<sup>4</sup>
2. El párrafo 13 del ESAP contiene un alegato jurídico relativo a la presunta inexistencia de recursos adecuados y efectivos en el ordenamiento colombiano. El Estado le dará respuesta oportuna en el capítulo de alegatos en derecho.
3. En el párrafo 23 del ESAP, los representantes de la presunta víctima afirman que “(...) las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivencia deben declarar bajo juramento ante notario público su condición. Con todo este requisito era complicado en los casos en que solamente quedaba un compañero supérstite por el fallecimiento del otro y no se había realizado la acreditación. Así las cosas, se presentaron numerosos casos en que se negaron las pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo por la falta de dicha prueba de la relación, algunos de los cuales llegaron vía tutela a la Corte Constitucional donde se dio plena validez al requisito y en consecuencia no era reconocida la prestación (...)”. Estos hechos son reforzados con algunas afirmaciones similares que se presentan en los párrafos 26 y 27 del ESAP.

Sin perjuicio de las precisiones que el Estado presentará respecto de este hecho y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada, se pone de presente que **(i)** estos hechos no fueron incluidos en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, **(ii)** distinto a los asuntos que llegaron en sede de tutela a la Corte Constitucional, no existe prueba que soporte la afirmación de que en “numerosos casos” se negó la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, y **(iii)** en todo caso, no existe ninguna evidencia de que esta presunta restricción haya tenido algún efecto en el caso del señor Duque y por tanto no es relevante para el caso que está bajo estudio de la H.Corte.

4. El párrafo 32 del ESAP afirma que “si bien no hay objeción en que las personas que conforman esta clase de uniones merecen, al igual que las de

---

<sup>4</sup> Como prueba de lo anterior se remite copia del registro del Sistema de Control de Términos de la Secretaría General de la Corte Constitucional colombiana. (Anexo 1).

carácter heterosexual, acceder a dicha prestación económica y social, existen discrepancias en la Corte Constitucional sobre la forma en que se obtienen: unas salas de revisión sostienen que debe mediar una declaración ante notario de certificación y existencia de la unión de hecho como compañeros permanentes, así uno de estos haya fallecido; mientras otras argumentan que se hace con base en cualquier medio probatorio, incluyendo especialmente el supuesto del compañero supérstite. A pesar de que una de las tutelas con interpretación más favorable decretó efectos inter comunis, la T-051 de 2010, únicamente se predicaron de las compañías que fueron demandadas en el proceso y, con todo, se continuaron presentando casos que remitían al tratamiento restrictivo de probación y acreditación de la unión homosexual”. Sobre este tema, en el párrafo 34 los representantes afirman que “(...) actualmente es factible que para casos anteriores al 2008 un compañero supérstite homosexual solicite la prestación económica en comento y se le exija declaración notarial conjunta que pruebe la existencia de la unión (...)”.

Sin perjuicio de las precisiones que el Estado presentará respecto de este hecho y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada, se pone de presente que **(i)** estos hechos no fueron incluidos en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana; **(ii)** no existe prueba que soporte la afirmación de que “se continuaron presentando casos que remitían al tratamiento restrictivo de probación y acreditación de la unión homosexual”, y **(iii)** en todo caso, resulta al menos sorprendente que los representantes se sustenten en un argumento de “factibilidad”, cuando no existe ninguna evidencia de que estas presuntas restricciones hayan tenido algún efecto ni en relación con el fondo de pensiones COLFONDOS, ni mucho menos en el caso del señor Duque, dado que bajo el panorama normativo establecido mediante la Sentencia C-336 de 2008 no ha procedido a efectuar la reclamación del derecho pensional en cuestión, y por tanto no son relevantes para el caso que está bajo estudio de la H.Corte. En suma, se trata de simples suposiciones.

5. En el párrafo 33 del ESAP los representantes indican que existen también discrepancias acerca de la interpretación de los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008. Sobre este tema, en el párrafo 34 los representantes afirman que “(...) actualmente es factible que (...) se le niegue la concesión de la pensión por considerar que la sentencia C-336 de 2008 no le es aplicable”.

Sin perjuicio de las precisiones que el Estado presentará respecto de la aplicación en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008, se pone de presente que **(i)** estos hechos no fueron incluidos en el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana; **(ii)** resulta al menos sorprendente que los representantes utilicen un argumento de “factibilidad” para solicitar la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado, sin prueba alguna de que estas simples suposiciones tienen un efecto real sobre la situación del señor Duque, y **(iii)** en todo caso, no existe ninguna evidencia de que estas presuntas restricciones hayan tenido algún efecto en el caso del señor Duque, dado que bajo el panorama normativo establecido mediante la

Sentencia C-336 de 2008 no ha procedido a efectuar la reclamación del derecho pensional en cuestión, y por tanto no son relevantes para el caso que está bajo estudio de la H.Corte. Al contrario, se demostrará que dicho fallo de exequibilidad es plenamente aplicable a la situación de la presunta víctima y que para el reconocimiento de su pensión solo resta que él presente los documentos respectivos al Fondo de Pensiones.

6. Los representantes de la presunta víctima incluyen en el ESAP numerosas afirmaciones frente al VIH, su tratamiento en Colombia, y la situación concreta del señor Duque frente al tratamiento, que no fueron incluidas en el Informe de Fondo de la CIDH. En particular, el Estado quiere poner de presente que en el párrafo 51 del ESAP los representantes afirman que “la respuesta negativa del fondo de pensiones así como de los jueces al negarle las tutelas instauradas, lo pusieron en una situación de extremo peligro de muerte al no tomar los antirretrovirales por más de un año”. Se trata no sólo de hechos nuevos que no fueron incluidos en el Informe de Fondo, sino que además, como se demostrará desde el capítulo de excepciones preliminares, carecen de prueba alguna dentro del proceso internacional.
7. Los representantes agregan que “La única vía de seguir con vida fue empezar a trabajar en lo que pudiera con el objetivo de recoger los dineros que le permitieran cotizar directamente al sistema de salud para retomar la afiliación a una EPS que le suministrara sus medicamentos. Solo así fue posible que continuara con vida aunque con una afectación económica, psicológica y moral muy grande por lo ocurrido”. De nuevo, no sólo se trata de hechos nuevos no incluidos en el Informe de Fondo, sino que además carecen de prueba alguna dentro del proceso internacional.

Asimismo, el Estado se opone a las afirmaciones incluidas en el capítulo de hechos del ESAP que están dirigidas a sostener que los tratamientos médicos frente al virus del VIH son inferiores e insuficientes en el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombia (en adelante SGSSS). Estos hechos no solo no fueron incluidos en el Informe de Fondo de la CIDH, sino que el Estado demostrará en el proceso internacional que estas afirmaciones no son ciertas.

\*\*\*

## II. EXCEPCIONES PRELIMINARES

El Estado colombiano considera que si bien la Corte IDH es competente para conocer del caso bajo examen, éste no cumple con los requisitos de admisibilidad que se establecen en los artículos 46 y 47 de la CADH. Esto, en atención a que las situaciones planteadas por los representantes de la presunta víctima, infringen el principio de subsidiariedad que rige al SIPDH, y otras son manifiestamente infundadas.

A la luz de los hechos, es posible escindir dos situaciones distintas: (i) el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque, dada su calidad de compañero supérstite del señor JOJG, y; (ii) la supuestas

irregularidades en la prestación del servicio de salud por la falta de continuidad en el tratamiento del virus de VIH del señor Duque. Frente a estas dos situaciones el Estado plantea las siguientes excepciones preliminares, las cuales conducen a la inadmisibilidad del presente caso. En síntesis, su contenido, es el siguiente:

- Frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque en calidad de compañero supérstite de JOJG, se demostrará que: **(i)** la presunta víctima se encuentra plenamente legitimada para obtener el reconocimiento del derecho pensional en cuestión, en caso de que acredite los requisitos generales para ello.<sup>5</sup> **(ii)** En consecuencia, cuenta con la posibilidad de realizar una reclamación formal ante COLFONDOS (recurso administrativo). **(iii)** Si su requerimiento eventualmente fuera despachado desfavorablemente, de manera injustificada, se encuentra facultado para interponer una acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada (recurso judicial).

Los representantes de la presunta víctima se han negado, de manera injustificada, al agotamiento de los recursos internos previamente expuestos. Por ello, se configura la excepción a la admisibilidad de este caso contemplada en el artículo 46.1a) de la CADH.

- Frente a las presuntas violaciones relacionadas con la continuidad en el tratamiento prescrito para el virus del VIH, se demostrará que: **(i)** la información que allega la representación de la presunta víctima es insuficiente, pues no existe prueba más allá de su propio decir que logre acreditar la existencia de deficiencias en la prestación del servicio de salud. Por tanto, respecto de hechos en los que se pretende sustentar la supuesta vulneración de los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, se configura la causal de inadmisibilidad contemplada en el artículo 47.c) de la Convención. Lo anterior, en razón a que las alegaciones sobre el punto en cuestión, resultan manifiestamente infundadas.

**(ii)** En caso de que la Corte Interamericana desestime la excepción previamente descrita, el Estado demostrará que el señor Ángel Duque contaba con la posibilidad de instaurar una acción de tutela para lograr la protección judicial de sus derechos a la salud, a la integridad y a la vida, frente a la existencia de supuestas falencias en la prestación de tratamiento médico que requiere como portador de VIH. En este sentido, la pretensión continuaría siendo inadmisibile en virtud del artículo 46.1a), debido a la falta de agotamiento de los recursos internos.

En atención a las situaciones mencionadas, el Estado colombiano presentará sus excepciones preliminares de la siguiente forma: **(i)** se expondrá el carácter angular

---

<sup>5</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

del principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de Protección. (ii) Posteriormente, se expondrán los argumentos en que sustenta la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque en calidad de compañero superviviente de JOJG.

(iii) Luego se abordarán las cuestiones mediante las que se demostrará que las alegaciones de los representantes de la presunta víctima en relación con la presunta violación de los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, resultan manifiestamente infundadas. Finalmente, de manera subsidiaria, el Estado presentará los argumentos respecto de la falta de agotamiento de la acción de tutela como recurso adecuado y efectivo frente a la existencia de presuntas falencias en la continuidad del tratamiento médico requerido por el señor Duque.<sup>6</sup>

#### **A. La importancia y especificidad del principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

En este aparte, el Estado explicará que: 1) el principio de subsidiariedad es un principio fundamental para el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 2) la Corte IDH no debe conocer de asuntos que el Estado puede resolver en el marco de su propia jurisdicción, pues debe adoptar decisiones que contribuyan al fortalecimiento de las instituciones internas y no a su debilitamiento. En consecuencia, los órganos del SIPDH deben estimular el agotamiento de los recursos internos adecuados y efectivos.

##### **1. El principio de subsidiariedad como criterio angular del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

El principio de subsidiariedad encuentra su asidero en diversas fuentes del SIPDH. Desde la propia CADH, pasando por los pronunciamientos de la Corte IDH y la doctrina de los estudiosos en el tema, consienten de manera unánime en la importancia de este principio en nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.

En la CADH, encontramos la manifestación de los Estados que negociaron el tratado, que establecieron como regla básica del sistema el principio de subsidiariedad. Encontramos en el preámbulo de este instrumento lo siguiente:

---

<sup>6</sup> El Estado indica que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las excepciones preliminares previamente enunciadas encuentran fundamento: i) en los hechos del presente caso, en la forma descrita en el Capítulo I de este escrito; ii) en los hechos y las normas expuestas en este acápite y iii) en las pruebas citadas que ya obran en el expediente internacional, así como en los documentos que sean señalados como anexos en los apartados subsiguientes.

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (...)”<sup>7</sup> (subrayas fuera del texto original)

Dicha manifestación hace referencia a la protección del SIPDH, como mecanismo de naturaleza coadyuvante y complementaria de la que ofrece el derecho interno. En este sentido, es claro que el primer obligado y capacitado para atender a las presuntas violaciones de los derechos humanos, es el Estado, no el sistema internacional.

En desarrollo de dicho principio, se estableció como un requisito de admisibilidad de cualquier petición interpuesta ante el SIPDH, el del agotamiento de los recursos internos. Dicha regla establece que: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (...)”<sup>8</sup>

En este sentido, el principio de subsidiariedad se materializa, entre otras, en una regla de admisibilidad, que es el agotamiento de los recursos internos. Ello implica que para que una petición sea admitida por los órganos del SIPDH, el Estado ha debido tener la oportunidad de conocer y remediar la situación, so pena de que la solicitud sea inadmitida.

La CorteIDH se ha pronunciado en su jurisprudencia, recalcando el valor de dicha normativa, y desarrollando la aplicación de dicho principio y regla. En este sentido, en un caso reciente estableció que:

“137. Por tanto, la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad (o 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 la 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 de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos

---

<sup>7</sup> CADH. Preámbulo.

<sup>8</sup> CADH. Art. 46.1.

humanos”. 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.”<sup>9</sup>

De esta manera, la CorteIDH, órgano judicial del SIPDH, reconoce que su jurisdicción no sustituye bajo ninguna perspectiva los sistemas domésticos. Por el contrario, su labor se limita a complementar dichos sistemas, lo cual implica que no podrá conocer ni reparar las violaciones de derechos humanos, hasta tanto el Estado haya tenido la oportunidad de hacerlo por sus propios medios.

La importancia que tiene el principio de subsidiariedad en el derecho internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos es mayúscula. A nivel doctrinario, el Estado coincide con el ex Comisionado Paolo Carozza, en que el principio de subsidiariedad es un principio estructural en el derecho internacional de los derechos humanos y en que es un principio que siempre ha estado presente desde los inicios de esta rama del derecho internacional:

“One of the first observations we can make is that subsidiarity does not express fundamentally new ways of ordering the international human rights system. It does use a somewhat different vocabulary, makes disparate features of the system more coherent with one another, and stresses certain aspects more than others, but overall it describes much of the way that the law of international human rights has been structured since its inception.” (Subrayas fuera del texto original)

En tal sentido, el principio de subsidiariedad pertenece al orden público internacional y sobre éste descansa todo el andamiaje del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En su voto concurrente a la sentencia del Caso Manuel Cepeda Vargas, el juez García Sayán además plantea que:

“Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa<sup>10</sup>. “En fin de cuentas, cuando se comete una violación surge la responsabilidad internacional del Estado –consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por éste-, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Ésta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna”<sup>11</sup>”<sup>12</sup> (Subrayas fuera del texto original)

---

<sup>9</sup> CorteIDH. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286. Párr. 137.

<sup>10</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 2007, p. 43.”

<sup>11</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana”, en *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, CNDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006, p. 90.”

<sup>12</sup> CorteIDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto Concurrente. Párr. 6. Voto Concurrente. Párr. 6.

Esto implica que no siempre que surja la responsabilidad internacional del Estado, se activa la competencia de los órganos de protección del Sistema Interamericano. Pero además, el principio de subsidiariedad no sólo se refleja en la regla tradicional que indica la necesidad de agotar los recursos internos antes de acudir a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que también implica de una manera más general que son los operadores nacionales de cada Estado **los mejor situados y llamados a garantizar los derechos de las víctimas**, aun cuando existan recursos que aún estén pendientes de ser resueltos. En este sentido, el Juez García Sayán indica que:

“Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. “En principio los operadores nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales”<sup>13</sup>.<sup>14</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Y que la CorteIDH:

“(…) no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana”<sup>15</sup>. (Subrayas fuera del texto original)

Estas dos citas son especialmente importantes dado que permiten entender la conexión inescindible entre la admisibilidad y el fondo de un asunto: el principio de subsidiariedad se analiza en relación con el cumplimiento o no de las obligaciones internacionales del Estado, es decir, los órganos del Sistema entran a operar sólo en aquellas ocasiones en que los Estados han violado sus obligaciones internacionales, pero además en aquellas ocasiones en donde, en definitiva, no han estado ni estén mejor situados que el Tribunal Internacional para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Esta conexión entre la admisibilidad y fondo también permite comprender por qué en ocasiones resulta necesario *anticipar* el análisis de ciertas cuestiones de fondo, con el único y

---

<sup>13</sup> DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Becerra Ramírez, Manuel (coord.), UNAM, México, 2007, p. 24, citando a PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l’homme”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1077-1083.”

<sup>14</sup> CorteIDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto concurrente, párr. 9. Voto concurrente, párr. 9.

<sup>15</sup> *Ibidem*, Párr. 12.

exclusivo propósito de decidir si resulta o no procedente una excepción preliminar en virtud del principio de subsidiariedad.

En suma, el respeto por el principio de subsidiariedad debe permear las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a tal punto que su desconocimiento implica poner en riesgo la propia estructura y legitimidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## **2. La Corte IDH no debe conocer de asuntos que el Estado mismo puede resolver, pues debe respaldar los mecanismos que lleven al fortalecimiento de las instituciones internas y no a su debilitamiento**

El principio de subsidiariedad no sólo implica que la Corte IDH no tenga como papel conocer asuntos que el Estado está llamado a resolver por medio de sus recursos, sino que también implica que el papel de la Corte IDH es respaldar los esfuerzos legítimos de los Estados que están dirigidos al fortalecimiento de las instituciones internas. Al respecto, el Juez García Sayán ha señalado que:

“El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.”<sup>16</sup>  
(Subrayas fuera del texto original)

En el mismo sentido:

“Al verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas a nivel interno la Corte carece de tales límites; por el contrario, es ella la intérprete final de la obligación internacional de reparar en materia de derechos humanos pero está, a la vez, en el deber de reconocer y estimular, de ser el caso, los pasos dados en el derecho interno que sean concordantes con el ordenamiento internacional.”<sup>17</sup>  
(Subrayas y negrilla fuera del texto original).

El Estado está convencido de que el papel de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es vital para el buen funcionamiento de los mecanismos que han sido dispuestos internamente para garantizar los derechos consagrados en la Convención. En efecto, sus decisiones tienen la virtualidad de estimular o desestimular el uso de los recursos dispuestos domésticamente.

---

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252. Voto concurrente. Párr. 13.

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto concurrente Juez Sergio García Sayán. Párr. 15.

En un caso como el presente, el papel de la CorteIDH se hace aún más relevante, si se tiene en cuenta que gracias a la evolución de la jurisprudencia constitucional, existe desde el año 2008 la posibilidad de acceder a la pensión del compañero o compañera permanente en una pareja del mismo sexo, y que al menos desde el año 2010, se habría podido resolver por esta vía la situación de la presunta víctima. La presunta víctima y sus representantes se han negado a acceder a los recursos, a pesar de que resultan adecuados y efectivos para atender a la situación que plantea el señor Duque. El mensaje de la CorteIDH frente a este punto resulta trascendental, en particular para dejar claro que está errada la concepción según la cual el Sistema puede operar para enmendar y reparar de manera *principal* las violaciones a los derechos humanos.

La CorteIDH también ha ido avanzando en esta vía de análisis. Por ejemplo, en materia de reparaciones, en el caso *García Lucero c. Chile* afirmó que:

“De los hechos probados no se desprende que el señor García Lucero intentara, por sí mismo ni por medio de sus representantes, luego del 21 de agosto de 1993, en la jurisdicción interna, acción alguna para obtener una “reparación integral” ni para reclamar por la falta de acceso a medidas de reparación previstas en la Ley No. 19.992 por residir fuera de Chile. Tampoco se desprende que el hecho de que el señor García Lucero residiera en el Reino Unido implicara, en el caso, una imposibilidad para intentar acciones legales en su país de origen. El Tribunal advierte que el señor García Lucero estuvo en Chile en el año 1993 para realizar gestiones tendientes a la obtención de su pensión como “exonerado político”, la cual obtuvo en el año 2000 y que percibe con retroactividad a septiembre de 1998, por lo que el señor García Lucero, pese a residir en el Reino Unido, pudo acceder a reparaciones administrativas. Además, visitó el país en otras oportunidades, él y sus familiares se encuentran asesorados legalmente desde el año 1994 y por medio de sus representantes obtuvieron orientación legal de diversas organizaciones de la sociedad civil, chilenas e internacionales.

(...)

De lo expuesto, la Corte concluye que, además de la acción civil en el marco del proceso penal, el señor García Lucero contaba con el “juicio de hacienda”, recurso que no intentó. Tampoco consta que el señor García Lucero, pese a encontrarse privado del acceso a determinadas medidas de reparación previstas en la Ley No. 19.992 por residir en el Reino Unido, intentara en la vía judicial o administrativa reclamo alguno para cuestionar su imposibilidad de gozar de tales beneficios. Las representantes han manifestado que, en general, los tribunales de primera instancia y las Cortes de Apelaciones acogen las demandas de indemnización (supra párr. 204), sin justificar por qué en este caso ello no ocurriría, o por qué no sería admisible reclamación alguna. Al respecto, tampoco la Comisión presentó alegaciones en ese sentido. A partir de ello, y siendo que no consta que el señor García Lucero o sus familiares hayan intentado reclamos, la Corte no encuentra elementos suficientes, con el grado de certeza requerido, que le permitan concluir en el presente caso que la regulación interna de la prescripción de acciones civiles generara un impedimento a la posibilidad del señor García Lucero o sus familiares de efectuar reclamos. Por lo tanto, la Corte no encuentra acreditado que el Estado sea responsable, en relación con las posibilidades de efectuar reclamos de medidas de reparación en el presente caso, de la vulneración de los derechos a las garantías y protección judiciales, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación

con el artículo 1.1 del tratado y la obligación contenida en el artículo 9 de la Convención Interamericana contra la Tortura.”<sup>18</sup> (Subrayas fuera del texto original)

En el presente asunto, como se demostrará, a pesar de que la presunta víctima cuenta con asesoría jurídica especializada, deliberadamente ha decidido no presentar los documentos para reclamar su pensión. En este punto es importante resaltar que, en caso de que dicha solicitud sea despachada desfavorablemente de manera injustificada, el señor Duque puede interponer una acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales. Los representantes no han presentado justificación alguna o evidencia de obstáculo que les haya impedido ejercer las vías que les ofrece el derecho interno, más que la sola pretensión que el caso sea resuelto por la instancia internacional y no la doméstica.

En conclusión, la mejor manera en que la CorteIDH puede respaldar los esfuerzos del Estado por garantizar por sí mismo los derechos convencionales, es estimular el uso de estos recursos internos, a través de una decisión de inadmisibilidad. A continuación, y con el fin de que la Honorable CorteIDH cuente con elementos suficientes para tomar esta decisión, el Estado demostrará que la presunta víctima no agotó los recursos internos, y la idoneidad y efectividad de estos recursos para resolver el caso en concreto.

#### **B. La falta de agotamiento de los recursos internos en relación con el reconocimiento del derecho pensional al señor Ángel Alberto Duque**

Durante la etapa de admisibilidad del presente trámite internacional, el Estado alegó de manera fundada que la presunta víctima cuenta con la posibilidad de realizar la solicitud del reconocimiento de su derecho pensional ante COLFONDOS, de acuerdo a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008. Para ello, debía acreditar los requisitos generales establecidas en la ordenamiento jurídico vigente<sup>19</sup> y agotar el trámite administrativo correspondiente ante el Fondo de Pensiones previamente citado.<sup>20</sup>

Adicionalmente, en caso de que su requerimiento fuera despachado desfavorablemente de manera injustificada, estaba facultado para interponer una acción de tutela con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada.<sup>21</sup>

A partir de lo anterior, Colombia solicitó que la petición del asunto fuera declarada inadmisibile por la falta de agotamiento de recursos internos. Esto en

---

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267. Párrs. 199 y 206.

<sup>19</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

<sup>20</sup> Observaciones de admisibilidad del Estado del 7 de julio de 2009, párrafo 58 y siguientes.

<sup>21</sup> Ibidem.

razón a que, de acuerdo con ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal de reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y otro judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior) para lograr en el nivel interno la protección de los derechos que estimaba vulnerados.<sup>22</sup>

A continuación se presentarán de manera sintética las alegaciones que han planteado la H. Comisión y los representantes de la presunta víctima para negar la existencia de la excepción alegada por Colombia. Posteriormente se expondrán los argumentos del Estado mediante los que se evidenciará que, frente a las presuntas violaciones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Ángel Alberto Duque, se configura la causal de inadmisibilidad contemplada en el artículo 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### **1. Síntesis de los argumentos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el Informe de Admisibilidad No. 150 del 2 de noviembre de 2011, desestimó la falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento del derecho pensional que reclama el señor Ángel Alberto Duque.

Como fundamento de su decisión manifestó que la Sentencia C-336 de 2008 no tenía efectos retrospectivos. Del mismo modo afirmó que dicho fallo imponía, como presupuesto probatorio para acreditar la unión homosexual, la declaración de los interesados ante notario público.

Conforme con lo anterior, señaló que la pareja de la presunta víctima había fallecido de forma previa a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008. Por tanto, el marco normativo derivado de dicha decisión, no contaba con la aptitud para beneficiar a la presunta víctima. Es así como la CIDH dispuso lo siguiente:

“Al respecto, la Comisión observa en primer término que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T-911-09 estableció que la sentencia C-336 de 2008 sólo tiene efectos hacia el futuro por lo que

[...] no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento. Por ello, aunque naturalmente es válido pretender su aplicación para el caso de uniones maritales homosexuales iniciadas desde antes de esa fecha, es claro que en todos los casos será necesaria la declaración notarial a la que allí se hizo referencia, y que dicha diligencia, así como el fallecimiento de la persona que generaría el derecho a la pensión en cabeza del compañero del

---

<sup>22</sup> *Ibídem.*

mismo sexo, deberán haberse producido con posterioridad a la expedición de dicha providencia, la cual tuvo lugar el 16 de abril de 2008<sup>23</sup>.

En segundo término, la Comisión observa que en cuanto a los requisitos para acreditar el vínculo de la unión de hecho cuando un integrante de la pareja ya ha fallecido, lo cual constituye un presupuesto para acceder a la pensión de sobrevivencia, contrario a lo señalado por el Estado, la sentencia T-1241 de 2008<sup>24</sup> estableció que “debe existir, cuanto menos, una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente” y en esa misma línea la sentencia T-911 de 2009 estableció que “debe existir constancia suficiente, mediante declaración ante notario, de la voluntad que la persona fallecida hubiere tenido de conformar una unión marital de hecho junto con la persona que posteriormente pretende el derecho a la pensión de sobrevivientes”<sup>25</sup>. En vista de los precedentes constitucionales mencionados, la Comisión observa que el fallecimiento del compañero de Ángel Alberto Duque se produjo con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008 por lo que sus efectos no lo benefician.

En vista de lo anterior, la Comisión concluye que el reclamo de los peticionarios, analizado a la luz de las circunstancias actuales, se enmarca dentro de la excepción al agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46(2)(a) de la Convención que establece que dicha excepción se aplica cuando “no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados”.<sup>26</sup>

Como puede verse la H.Comisión consideró que los cambios generados en el ordenamiento jurídico colombiano por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no tenían una repercusión relevante sobre la situación del señor Ángel Alberto Duque. Por tanto, desestimó la adecuación y la efectividad tanto del recurso administrativo (Reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) como del recurso judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior), que estaban a disposición de la presunta víctima en el nivel interno. De esta forma, dio aplicación a lo contemplado en el artículo 46.2a de la CADH.

Adicionalmente, en su Informe de Fondo del 2 de abril de 2014, la CIDH señaló que los avances jurisprudenciales frente al reconocimiento de los derechos económicos de las parejas del mismo sexo sólo tuvieron lugar a partir del año 2007.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-911-09, 7 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.”

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1241-08, 11 de diciembre de 2008, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.”

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-911-09, 7 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.”

<sup>26</sup> CIDH. Petición 123-05. Ángel Alberto Duque. Informe de Admisibilidad No. 150/11 del 2 de noviembre de 2011. Párr. 38.

En consecuencia, “resultan muy posteriores a los hechos del caso, e incluso a la presentación de la petición ante la CIDH.”<sup>27</sup>

## 2. Síntesis de los argumentos esgrimidos por los representantes de la presunta víctima

A su vez, los representantes de las presuntas víctimas, a lo largo del presente trámite internacional, han argumentado que el previo agotamiento de los recursos internos debe valorarse de conformidad con la fecha en que se instauró la petición. En consecuencia manifiestan que, para el caso concreto, resulta irrelevante que en forma posterior a dicho momento hubiera surgido algún mecanismo administrativo o judicial que resultara adecuado y efectivo para subsanar a nivel interno las presuntas violaciones alegadas.<sup>28</sup>

Adicionalmente manifiestan que las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional frente al reconocimiento de derechos pensionales a los compañeros supervivientes de las parejas del mismo sexo, no cuentan con la aptitud necesaria para favorecer al señor Ángel Alberto Duque. Como fundamento de lo anterior, aducen la supuesta inexistencia de certeza en el ordenamiento jurídico nacional en relación con la forma en que el compañero superviviente de una unión entre personas del mismo sexo puede acceder a la pensión de sobreviviente.

Lo anterior en razón a que, según su apreciación, existen decisiones contradictorias en relación con los efectos temporales de la Sentencia C-336 de 2008 y la forma como se puede acreditar la unión. Adicionalmente, aducen que los fallos de tutela que han sido proferidos en sede de revisión por la Corte Constitucional sobre los puntos en cuestión no contribuyen de manera efectiva a solucionar tal situación, pues consideran que su vinculatoriedad se limita al caso concreto (efecto *inter partes*). Al respecto, en el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, los representantes manifestaron lo siguiente:

“En conclusión, actualmente tenemos en Colombia dos interpretaciones constitucionales válidas sobre la forma de probación de las parejas del mismo sexo para el acceso a la pensión de sobrevivientes, así como de los efectos de la sentencia C-336 de 2008. Como las tutelas que han tratado el tema se ciñen al caso concreto por seguir la regla general de efectos inter partes del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, actualmente es factible que para casos anteriores al 2008 un compañero superviviente homosexual solicite la prestación económica en comento y se le exija la declaración notarial conjunta que pruebe la existencia de la unión; o se le niegue la concesión de la pensión por considerar que la sentencia C-336 de 2008 no le es aplicable. O por otra parte, también podría presentarse que se le permita la acreditación de la unión de hecho con su compañero del mismo sexo por cualquier medio probatorio y darle la posibilidad del disfrute de la prestación con sustento en que la referida sentencia alcanza su

---

<sup>27</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 54.

<sup>28</sup>Al respecto: Escrito de los representantes de la presunta víctima del 26 de septiembre de 2009.

petición de forma retrospectiva y sus efectos le son aplicables plenamente.<sup>29</sup>  
(Subrayas y negrilla fuera del texto original)

En concordancia con los anteriores argumentos, los representantes del señor Duque concluyen que el ordenamiento jurídico nacional no cuenta con una norma que regule debidamente el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviente.<sup>30</sup> Desde esta perspectiva suponen que los recursos administrativo (reclamación formal del derecho pensional ante COLFONDOS) y judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior) a disposición de la presunta víctima, podrían ser despachados desfavorablemente. A partir de ello, afirman la inexistencia de un debido proceso que permita al señor Ángel Alberto Duque acceder a la protección requerida a nivel interno.

### **3. Síntesis de los argumentos del Estado que desvirtúan los alegatos de la CIDH y de los representantes de la presunta víctima**

El Estado encuentra que, tanto las afirmaciones de la H.Comisión como las de los representantes de la presunta víctima, resultan erradas. Esto, en razón a que no guardan concordancia con lo consagrado en la CADH, en el ordenamiento jurídico colombiano y tampoco atienden a lo probado en el presente trámite internacional.

Para demostrar lo anterior se expondrá que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos que caracteriza al presente acápite, fue alegada de manera oportuna. Además, se establecerá que fue instaurada en debida forma.

Del mismo modo se evidenciará que, la *ratio decidendi* de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, es vinculante frente a los casos análogos que surjan de manera posterior. Además, se establecerá que la existencia de variaciones en la jurisprudencia no conduce a la falta de certeza del ordenamiento jurídico. Esto en razón a que la modificación del precedente, determina la pérdida de vigencia de la regla judicial preexistente frente a la entrada en vigor de la posterior.

Conforme con lo anterior se demostrará que la evolución del ordenamiento jurídico nacional que condujo a la efectividad e idoneidad de los recursos administrativo (reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior) a disposición de la presunta víctima, tuvo lugar con la emisión de la Sentencia C-336 de 2008 y se consolidó con la Sentencia T-051 de 2010. Al respecto debe considerarse que, mediante el fallo de exequibilidad de 2008, se reconoció el derecho del compañero supérstite de una unión homosexual a acceder a la pensión de sobreviviente.

---

<sup>29</sup> ESAP, párrafo 34.

<sup>30</sup> Al respecto: ESAP, párrafo 4.

Adicionalmente, con la Sentencia T-051 de 2010, se consolidó el precedente sobre la aplicación de lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 a los casos donde el deceso del causante ocurrió en forma previa a la emisión de dicho fallo de constitucionalidad. La misma situación puede predicarse, en relación con la libertad probatoria, respecto de la manera en que puede acreditarse la unión entre personas del mismo sexo. Las reglas judiciales previamente expuestas, resultan vinculantes para los jueces, las autoridades administrativas y los fondos privados de pensiones.

Lo anterior evidenciará que frente a las presuntas violaciones derivadas de la negativa al reconocimiento del derecho pensional al señor Duque, se configura la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en los términos del artículo 46.1 de la CADH. Las anteriores afirmaciones, encuentra sustento en los argumentos que se exponen a continuación:

#### **4. La presente excepción de falta de agotamiento de los recursos internos ha sido instaurada en debida forma y de manera oportuna**

Mediante este apartado el Estado demostrará que la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos fue alegada de manera oportuna. Además se establecerá que fue instaurada en debida forma. Con el fin de sustentar dicha tesis, el Estado plantea lo siguiente:

##### **4.1. La excepción de falta de agotamiento de recursos debe interpretarse conforme al principio de subsidiariedad**

Según como fue mencionado en el acápite referente a la importancia del principio de subsidiariedad, el Estado colombiano reitera que este principio, de acuerdo con la CADH y los pronunciamientos de la Corte IDH, es fundamental en el funcionamiento del Sistema, y como tal, debe ser observado en todas las etapas del procedimiento ante la CIDH y la Corte IDH.

Es menester recordar que un principio es esencialmente un mandato de optimización, que implica que toda decisión debe tender en mayor medida de lo posible a su realización.<sup>31</sup> En este sentido, dada la importancia y estructura del principio de la subsidiariedad, éste debe ser observado durante todas las fases del procedimiento ante los órganos del SIPDH, especialmente en lo referente al agotamiento de los recursos internos, que es la materialización más clara de dicho precepto en el sistema de peticiones individuales.

La CorteIDH se ha referido en su jurisprudencia a la falta de agotamiento de recursos internos como una excepción preliminar que trunca la capacidad de la

---

<sup>31</sup> Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, citado, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, Rechtstheorie, cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, págs. 177-212.

Corte para conocer de un caso en particular. En su carácter de preliminar, esta excepción requiere de un análisis separado, pues precisamente debe estar encaminado a verificar si el Estado ha provisto los recursos internos adecuados y efectivos, que por tanto impedirían que la CorteIDH conociera del fondo del asunto. En este aspecto, se ha referido que:

“101. (...) El artículo 46.2 de la Convención Americana, por su naturaleza y objeto, es una norma con contenido autónomo, vis à vis las normas sustantivas de la Convención. Por lo tanto, la determinación de si las excepciones a la regla del previo agotamiento de los recursos internos resultan aplicables al caso en cuestión debe llevarse a cabo de manera previa y separada del análisis del fondo del asunto, ya que depende de un estándar de apreciación distinto de aquél utilizado para determinar la presunta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención. En consecuencia, a continuación la Corte no entrara a juzgar el fondo del presente caso sino que procederá a valorar exclusivamente la información necesaria para determinar la procedencia de las excepciones al agotamiento de los recursos, en el marco de su jurisprudencia según la cual este tema constituye una cuestión de “pura admisibilidad”. ”<sup>32</sup>

Esto posibilita que cierta información que pudiera ser de relevancia para el análisis de la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH, es decir, del fondo del caso, pueda ser evaluada también para determinar la procedencia de la excepción preliminar. En general, la CorteIDH ha establecido por medio de su jurisprudencia, ciertas normas sobre esta excepción. En este tema ha reiterado por vía de sus decisiones lo siguiente:

“42. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. En este sentido, la Corte ha sostenido que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión.

43. 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, para que proceda una excepción preliminar a la falta de agotamiento de los recursos internos, el Estado que presenta esta excepción debe especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos.

44. En ese sentido, al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben

---

<sup>32</sup> CorteIDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párr. 101.

agotarse y su efectividad. De esta forma, no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado.”<sup>33</sup>

En esta fórmula utilizada por la CorteIDH en su jurisprudencia constante, referente a la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, es preciso resaltar varios puntos. En primer lugar, tenemos la razón de ser de esta pauta. Tal y como fue mencionado en el acápite referente al principio de subsidiariedad, la norma que establece como un requisito de admisibilidad que se hayan agotado los recursos internos, es una manifestación clara del principio subsidiariedad en el sistema de peticiones individuales. Principio que se basa en el hecho que el Estado no es solo el primer obligado, sino también el mejor situado para la realización de los derechos humanos de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. La jurisprudencia de la CorteIDH añade que es una norma en favor del Estado, que busca que éste no tenga que responder por situaciones que no haya tenido la oportunidad de resolver en el nivel interno, lo cual también es, a todas luces, consecuencia del principio de subsidiariedad.

En segundo lugar, tenemos las reglas sobre la interposición de esta excepción. La jurisprudencia interamericana establece que para que proceda dicha excepción, debe plantearse conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, lo cual ha sido interpretado por la CorteIDH en casos concretos, como las condiciones de haber sido interpuesta en el momento oportuno y en debida forma.

Es evidente, que tal y como lo ha referido la CorteIDH, la finalidad de estas normas que parecen ser procesales, es la garantía efectiva de los derechos humanos. Incluso, la falta de agotamiento de los recursos internos, resulta siendo una garantía de los individuos, que tienen el derecho a que sus situaciones sean conocidas y solucionadas por tribunales domésticos, mucho más cercanos a ellos que una corte internacional. Frente a este objeto de protección, la CorteIDH ha establecido que:

“173. (...) El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.”<sup>34</sup>

En este sentido, una interpretación de la CADH siempre habrá de tener en cuenta el sentido corriente de los términos del tratado, su contexto y sobre todo, la protección

---

<sup>33</sup> CorteIDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288. Párrs. 42-44.

<sup>34</sup> CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Párr. 173.

de la persona humana. En consecuencia, las normas frente al agotamiento de los recursos internos, permeadas por el principio de subsidiariedad, son en sí mismas garantías propias de la realización efectiva de los derechos humanos.

Por ende, una interpretación de las normas de falta de agotamiento de recursos internos, siempre deberá tener en cuenta la prevalencia del principio de subsidiariedad, como garantía provista por el SIPDH para la realización de los derechos humanos. Ahora, este enfoque ha sido aplicado por parte de la CorteIDH, y se refleja en las normas que ha desarrollado frente a la oportunidad y forma en que debe ser interpuesta dicha excepción preliminar.

#### **4.2. La excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el caso bajo examen fue interpuesta de manera oportuna**

Una de las normas procedimentales que ha fijado la CorteIDH, a través de su jurisprudencia, es la referente al momento oportuno para interponer la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. Esto debe hacerse durante el trámite de admisibilidad ante la CIDH, so pena de ser declarado improcedente, al entender que el Estado ha renunciado a su derecho a defenderse por esta vía.

El Estado colombiano interpuso la excepción en el debido momento. La primera vez que adujo la falta de agotamiento de recursos internos, refiriéndose a que el señor Duque no había solicitado formalmente la pensión y que, en caso de que la respuesta a su requerimiento fuera despachada de manera favorable, contaba con la posibilidad de instaurar una acción de tutela, fue durante el trámite de admisibilidad.<sup>35</sup> Esto se reiteró durante la etapa de fondo<sup>36</sup> y, en esta oportunidad, es sometido al conocimiento de la CorteIDH. Frente al momento oportuno para interponer esta excepción, el Tribunal Interamericano, ha establecido que:

“77. Esta Corte ha sostenido de manera consistente que una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión. Por tanto, el Estado debía, en primer lugar, precisar claramente ante la Comisión, durante la etapa de admisibilidad del presente caso, los recursos que, en su criterio, aún no se habían agotado. Por otra parte, los argumentos que dan contenido a la excepción preliminar interpuesta por el Estado ante la Comisión durante la etapa de admisibilidad deben corresponder a aquellos esgrimidos ante la Corte.”<sup>37</sup>

De esta manera, la CorteIDH reiteró que el momento procesal oportuno para interponer la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, es durante el trámite de admisibilidad. Debemos recordar que este trámite inicia en el momento en el que le es transmitida al Estado la petición inicial, y culmina con la emisión del informe de admisibilidad.

---

<sup>35</sup> Observaciones de Admisibilidad del Estado del 7 de julio de 2009, párrafo 58 y siguientes.

<sup>36</sup> Observaciones de Fondo del Estado del 12 de julio de 2012.

<sup>37</sup> CorteIDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párr. 77.

Sin embargo, este caso plantea una particularidad con respecto a la idoneidad y efectividad de los recursos que provee la legislación interna para solventar la situación del señor Duque. La evolución de la jurisprudencia constitucional frente al punto de la pensión de sobreviviente y su otorgamiento al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, se desarrolló con posterioridad al momento en que el señor Duque planteó sus recursos judiciales en la jurisdicción interna, e incluso con posterioridad a que hubiera instaurado su petición inicial ante el SIPDH. Sin embargo, según como se demostrará en los apartados posteriores de este acápite, antes de la emisión del informe de admisibilidad de la CIDH frente a este caso, la jurisprudencia doméstica ya había cambiado, ofreciendo recursos adecuados y efectivos que el señor Duque no ha agotado. Tal situación, fue manifestada por el Estado en sus observaciones de admisibilidad.<sup>38</sup>

En un caso similar contra la República Argentina, en que un hecho sobreviniente que resultaba de relevancia para analizar la admisibilidad de un caso tuvo lugar, la Corte IDH se pronunció de la siguiente manera:

“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.”<sup>39</sup> (Subrayas fuera del texto original)

En otro caso reciente, esta vez contra la República de Suriname, la Corte IDH se refirió a un recurso nuevo que fue introducido en la legislación interna, con posterioridad a que se hubiera interpuesto la petición inicial. En este asunto, la Corte IDH identificó que:

---

<sup>38</sup> Observaciones de Admisibilidad del Estado del 7 de julio de 2009, párrafo 58 y siguientes.

<sup>39</sup> Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Párrs. 50-51.

“19. Respecto de la falta de agotamiento del recurso de apelación, la Corte nota que este recurso fue introducido en Suriname mediante la reforma a la LAFCP de 27 de agosto de 2007 (infra párr. 49). Asimismo, durante el trámite ante la Comisión el Estado no se refirió a la creación de dicho recurso ni indicó la necesidad de agotarlo por parte de la presunta víctima. Por lo contrario, fue la presunta víctima mediante escrito de 10 de enero de 2008, quien señaló, durante el trámite ante la Comisión, la existencia de dicho recurso. Fue hasta el escrito de contestación ante este Corte que el Estado argumentó la necesidad de agotar el recurso de apelación creado el 27 de agosto de 2007 por parte de la presunta víctima. En vista de lo anterior, la Corte concluye que al momento de la imposición de la condena al señor Alibux no existía dicho recurso, ni la necesidad de su agotamiento fue alegado en el momento procesal oportuno, por lo que la excepción preliminar interpuesta resulta extemporánea.”<sup>40</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Así, la CorteIDH ha conocido de situaciones como la actual en que, las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes a la hora de evaluar la admisibilidad de una petición, cambian entre el momento en que esta es interpuesta y aquel en que se toma la decisión sobre la admisibilidad. De los pronunciamientos precitados, vemos cómo el Tribunal Interamericano reconoce que situaciones como la presentada pueden ocurrir, y pueden tener un impacto determinante en el estudio de admisibilidad de una petición. De esta manera, la regla existente es que dicho cambio circunstancial debe ser informado a la CIDH tan pronto sea posible, y en todo caso, siendo el hecho de relevancia para la determinación de la admisibilidad de la petición, debe hacerse durante la etapa de admisibilidad.

En el caso bajo examen, debemos recordar que el señor Ángel Duque interpuso su petición ante la CIDH el día 8 de marzo de 2005. La jurisprudencia constitucional, tal y como será demostrado en los apartados posteriores, 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.<sup>41</sup>

La transformación 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 según el procedimiento señalado. De manera subsiguiente, deberá presentar los documentos establecidos en la ley para iniciar formalmente la reclamación

---

<sup>40</sup> CorteIDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276. Párr. 19.

<sup>41</sup> En este punto, se precisa que el Informe de Admisibilidad del presente caso fue emitido el 2 de noviembre de 2011.

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 eventual interpretación indebida de la ley de seguridad social (...)<sup>42</sup>

En conclusión, las circunstancias jurídicas cambiaron durante el trámite de admisibilidad del presente caso. Tal situación condujo al surgimiento de un recurso administrativo (reclamación formal de reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y orto judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior), adecuados y efectivos para proteger la posición jurídica que el señor Duque estima infringida, los cuales no han sido agotados.<sup>43</sup>

Lo anterior fue alegado por el Estado ante la CIDH, mediante sus observaciones de admisibilidad del 7 de julio de 2009. Por tanto, la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos referida al reconocimiento del derecho pensional de la presunta víctima, fue instaurada de manera oportuna.

#### **4.3. La excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el caso bajo examen fue interpuesta en debida forma**

La otra regla que ha establecido la CorteIDH para la debida interposición de la excepción de la falta de agotamiento de los recursos internos es que ésta, además de ser interpuesta en el momento oportuno, debe serlo en debida forma. El Estado colombiano alegó la excepción en debida forma, pues no solo mencionó que no se habían agotado los recursos internos, sino que también especificó cuáles eran los que se encontraban pendientes de agotamiento, y probó que eran los adecuados y efectivos frente a la posición jurídica que la presunta víctima estima infringida.<sup>44</sup> Finalmente, esta excepción planteada en sede de admisibilidad, concuerda con la que se interpone ante la Honorable CorteIDH.

Frente a la interposición de la excepción en debida forma, la CorteIDH ha establecido que:

“84. Al haber alegado la falta de agotamiento de los recursos internos, corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. De acuerdo con la carga de la prueba aplicable a la materia, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad. Al respecto, el Tribunal reitera que la interpretación que esta Corte ha dado al artículo 46.1.a) de la Convención por más de dos décadas está en conformidad con el Derecho Internacional, y que conforme a su jurisprudencia y a la jurisprudencia

---

<sup>42</sup> Observaciones de Admisibilidad presentadas por el Estado el 7 de julio de 2009. Párr. 86.

<sup>43</sup> Este punto, se abordará con mayor profundidad en los apartados posteriores del presente acápite.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

internacional no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado.”<sup>45</sup>

La debida forma de interponer la excepción hace referencia a que los órganos del SIPDH no tienen los medios ni la obligación de conocer los recursos que ofrece el Estado, y mucho menos, si estos son adecuados y efectivos. Consecuentemente, el Estado es quien debe poner de presente ante los órganos interamericanos si existen recursos que no han sido agotados, y de ser así, si estos cumplen con los requisitos de idoneidad y efectividad que hicieren prosperar la excepción preliminar.

En el caso bajo examen, desde el momento que el Estado interpuso la excepción preliminar durante el trámite de admisibilidad, también sustentó la idoneidad y efectividad del recurso. Para estos efectos, el Estado trae a colación aquello que adujo en sus observaciones de admisibilidad:

“32. El Estado aprovecha la oportunidad para reiterar que a partir de los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional que reconocen los derechos de las parejas del mismo sexo, y sobre los cuales se ha documentado ampliamente a lo largo de este proceso, se ha configurado una situación jurídica que le permitiría al señor Ángel Duque reclamar la pensión de sobreviviente si por supuesto acredita su calidad de beneficiario y de compañero permanente del señor Jiménez.

(...)

37. Como se evidencia del concepto anterior, no hay diferencias entre las parejas del mismo sexo y las conformadas por un hombre o una mujer en el trato o en los documentos requeridos para acreditar la unión marital de hecho, dado que en los dos escenarios el Tribunal constitucional fue claro al equiparar una y otra al mismo lleno de requisitos. Es evidente entonces que ante la muerte del causahabiente, es posible acreditar la unión marital de hecho y para tal efecto el cónyuge supérstite de declarar unilateralmente la convivencia ante notario y dotar a la entidad de otros medios de prueba, esto con el fin de que esta sea reconocida teniendo en cuenta que la declaración no se hizo en vida.”<sup>46</sup>

De esta manera, el Estado ha esgrimido desde el trámite de admisibilidad en adelante, el argumento de la falta de agotamiento de los recursos internos, incluso en la etapa de fondo, pues los recursos han estado desde entonces disponible para resolver la situación de la presunta víctima, sin que se hayan agotado.

Es así como, incluso, el Estado ha anotado en sus observaciones de fondo que:

“37. Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que el Estado colombiano en sus escritos sobre admisibilidad de 7 de julio de 2009 y 27 de octubre de 2009 se

---

<sup>45</sup> CorteIDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párr. 84.

<sup>46</sup> Observaciones de Admisibilidad presentadas por el Estado el 27 de octubre de 2009.

refirió in extenso a la sentencia C-336 de 2008 y la posibilidad de su aplicación de manera retroactiva en el presente caso por vía de la acción de tutela como el único recurso constitucional adecuado y efectivo para tal fin. Igualmente en dichos escritos el Estado se pronunció sobre la manera de acreditar la unión marital de hecho de las parejas homosexuales según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo decidido hasta ese momento al respecto por parte de dicho tribunal.

(...)

46. Como conclusión frente al desarrollo anterior, para entender agotados en debida forma los recursos de derecho interno en este caso, el señor Duque deberá en primera medida, buscar acreditar su convivencia con el causahabiente según el procedimiento y los medios probatorios disponibles. Posteriormente, deberá presentar los documentos establecidos por la ley para iniciar formalmente la reclamación pensional por sobrevivencia, que como se señaló anteriormente a partir de la información con la que se cuenta, no ha sido presentada.

47. 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, en la eventualidad de que Colfondos no acceda a las pretensiones del solicitante, éste cuenta de todas formas con la acción de tutela como un recurso adecuado y efectivo para buscar subsanar una eventual interpretación indebida de la legislación vigente en materia de seguridad social. Actuaciones que son carga y obligación del peticionario que no pueden ser trasladadas al Estado y que no constituyen ni pueden constituir de modo alguno una violación por parte del Estado a sus obligaciones convencionales.

48. Para el caso en cuestión, la acción de tutela es el recurso adecuado y efectivo para lograr que se le otorgue la pensión de sobreviviente dada la eventualidad de que Colfondos no le conceda al señor Duque la misma tras realizar las diligencias y presentar los documentos establecidos en la ley para ello.<sup>47</sup>

De esta manera, es evidente que el Estado colombiano interpuso la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en debida forma, pues determinó el recurso que no había sido agotado y sustentó su idoneidad y efectividad. Adicionalmente, existe un criterio que la Corte Interamericana ha valorado para otorgar mayor peso al argumento de la falta de agotamiento de los recursos internos, que se configura en la situación bajo examen, y es cuando aún en la actualidad, el recurso podría tener efectos sobre la situación jurídica de la presunta víctima. En este tipo de casos, la CorteIDH ha establecido que:

“88. El caso sometido al Tribunal reviste características particulares dado que: i) el proceso se encuentra en etapa intermedia (infra párrs. 95 a 97), y ii) el principal obstáculo para que avance el proceso es la ausencia del señor Brewer Carías (infra párrs. 138 a 143). En esa medida, el Tribunal considera que en este caso en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, no es posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no

---

<sup>47</sup> Observaciones de Fondo presentadas por el Estado el 12 de julio de 2012.

habría certeza sobre como continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno. Lo anterior, sin perjuicio del posible análisis que se pueda hacer respecto al alegado retardo injustificado o plazo razonable (infra párr. 143).

(...)

97. Debido a la etapa temprana en que se encuentra el proceso, fueron interpuestas por la defensa del señor Brewer Carías las diversas solicitudes de nulidad y de otro tipo mencionadas anteriormente (supra párr. 90). Sin embargo, no se interpusieron los recursos que el Estado señaló como adecuados, a saber el recurso de apelación establecido en los artículos 451 a 458 del COPP124, el recurso de casación señalado en los artículos 459 a 469 del COPP125, y el recurso de revisión indicado en los artículos 470 a 477 del COPP126. En efecto, el Estado alegó sobre este punto la existencia de “[l]os recursos correspondientes a la fase intermedia establecida en el código orgánico procesal penal; asimismo, el agotamiento de la fase de juicio, de ser el caso, así como [la existencia de] recursos efectivos, [como] el de Apelación de Autos, de Sentencias Definitivas, de Reconsideración, de Casación, [y] de Revisión”.<sup>48</sup>

En el caso citado contra la República de Venezuela, el Tribunal Interamericano valoró que aún no se había dado la oportunidad para que el Estado mismo, a través de sus procedimientos internos, pudieran subsanar cualquier vicio del que pudiera adolecer el proceso. En este sentido, los recursos internos aun tendrían la posibilidad de corregir una presunta vulneración cometida contra la presunta víctima. En el caso bajo examen, la situación es similar en el entendido en que, si bien pudo haberse dado una situación vulneradora de derechos amparados por la CADH en un momento particular, no se le ha permitido al Estado subsanar la situación por medio de su ordenamiento jurídico interno, pues la presunta víctima se ha negado a hacer uso del recurso administrativo y judicial a su disposición, que incluso hoy resultan aptos para proteger la situación que la presunta víctima estima infringida.

En otro caso contra la República de Costa Rica, referente a la fertilización *in vitro*, el Estado presentó en sede de admisibilidad la excepción de falta de agotamiento de recursos internos, aludiendo que el peticionario habría podido interponer una nueva acción de amparo, frente a la sentencia de constitucionalidad que ya había sido proferida por el más alto tribunal constitucional. En este caso, la CorteIDH, refirió que:

“27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (infra párr. 162). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma

---

<sup>48</sup> CorteIDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párrs. 88 y 97.

Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.”<sup>49</sup>

A diferencia de lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el asunto citado no había existido ningún cambio en las circunstancias fácticas o jurídicas que ameritara una variación en lo reglado por el juez constitucional. Por el contrario, en el caso del señor Duque, la jurisprudencia constitucional se encuentra a su favor. Por tanto, la exigencia de realizar una solicitud al fondo de pensiones conforme a lo dispuesto en ella y, en caso de que sea despachada desfavorablemente, acudir al amparo consagrado en el artículo 86 Superior, resulta absolutamente razonable y además prueba la idoneidad del recurso. Esto en razón a que el Estado tomó las medidas necesarias para que sus decisiones internas correspondieran con las garantías convencionales.

En conclusión, tenemos que la excepción preliminar fue interpuesta en debida forma, dado que el Estado expresó el recurso que no había sido agotado, y mostró los elementos para su idoneidad y eficacia. A esto se suma que el recurso aun hoy podría ser efectivo para proteger la situación jurídica que la presunta víctima estima inferida, dado que las circunstancias jurídicas han cambiado, haciendo plenamente viables las pretensiones del peticionario.<sup>50</sup> Consecuentemente, una decisión de admisibilidad sobre el caso en cuestión, resultaría contraria al principio de subsidiariedad que rige el Sistema Interamericano de Protección.

##### **5. 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**

Mediante el presente acápite se demostrará que la jurisprudencia constitucional evolucionó y resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo. 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

---

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Párr. 27.

<sup>50</sup> Este punto, se abordará con mayor profundidad en los apartados posteriores del presente acápite.

precedente fuerte en relación con la aplicación retrospectiva de la Sentencia C- 336 de 2008 y la libertad probatoria frente a la acreditación de la unión entre personas del mismo sexo.

El precedente resulta vinculante para los jueces, las autoridades administrativas y los fondos privados de pensiones. Su observancia se encuentra garantizada mediante mecanismos judiciales, adecuados y efectivos, como: **(i)** la revisión de las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional, **(ii)** la nulidad de los fallos proferidos por dicha Corporación con fundamento en el cambio irregular de la jurisprudencia, **(iii)** la procedencia del amparo consagrado en el artículo 86 Superior contra decisiones judiciales y administrativas, **(iv)** así como con la adecuación típica del desconocimiento injustificado del precedente al delito de prevaricato por acción.

Conforme con lo anterior se evidenciará que el ordenamiento jurídico nacional ofrece plena certeza sobre el acceso a la pensión de sobreviviente por parte del compañero supérstite de una unión entre personas del mismo sexo. Por tanto, el señor Ángel Alberto Duque se encuentra legitimado para obtener el reconocimiento de la prestación en cuestión en caso de que acredite los requisitos generales para ello.<sup>51</sup> Lo anterior, mediante el agotamiento de los recursos administrativo (reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y judicial (amparo consagrado en el artículo 86 Superior), a su disposición. Al respecto, resultan pertinentes los argumentos que se exponen a continuación:

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

El artículo 230 de la Constitución de 1991 es la disposición de orden superior que actualmente regula el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano. Su texto, es el siguiente:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al “imperio de la ley”. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

A partir de la interpretación del precepto previamente citado, se ha establecido el valor normativo de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano. El ejercicio hermenéutico sobre el artículo 230 Superior, ha afrontado dos etapas:

- a. La inicial partía de una comprensión literal de su contenido. Esto condujo a que se considerara que la jurisprudencia, incluyendo la proveniente del tribunal constitucional, solo constituía un criterio auxiliar que no vinculaba a los operadores jurídicos.

---

<sup>51</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

- b. La actual y preponderante, se fundó en una hermenéutica sistemática y conforme a los principios fundamentales que orientan a la Carta de 1991. A partir de ella, desde hace más de una década se considera que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional integran el “imperio de la ley”.<sup>52</sup> Por tanto, constituyen un elemento vinculante para los operadores jurídicos.

El contenido de la evolución previamente descrita, es el siguiente:

#### **a. La concepción inicial del artículo 230 de la Constitución**

Inicialmente, durante los primeros años posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, tanto judicial como doctrinariamente se atendió a una hermenéutica exegética del artículo 230 Superior. En consecuencia, la interpretación del sistema de fuentes del derecho colombiano, partía de la concepción de la ley desde una perspectiva netamente formal. Esto llevó a que las normas de orden legal fueran consideradas como el elemento principal y vinculante del ordenamiento jurídico nacional y se catalogara a la jurisprudencia como un criterio auxiliar de interpretación.

Lo anterior, obedeció a la estricta comprensión del ordenamiento jurídico colombiano como un sistema con carácter eminentemente continental. Por tanto, se consideraba que la actividad desplegada por los operadores judiciales estaba sometida de manera principal a lo dispuesto en las leyes. De esta forma, la jurisprudencia solo constituía un criterio subsidiario, que orientaba al juez frente a casos que no se encontraran expresamente regulados mediante disposiciones de orden legislativo. Esto condujo a que en ocasiones se afirmara que las sentencias judiciales solo tenían efectos vinculantes frente a las causas en que fueron pronunciadas.<sup>53</sup>

#### **b. La reinterpretación sistemática y conforme a los principios fundamentales que orientan a la Carta de 1991 del artículo 230 de la Constitución**

La postura expuesta en el apartado anterior, suscitó importantes debates tanto judiciales como doctrinarios. Las nuevas tendencias jurídicas consideraban que la implementación de una disciplina del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano resultaba indispensable para lograr la satisfacción de preceptos

---

<sup>52</sup> De acuerdo con la doctrina especializada, la hermenéutica actual del artículo 230 Superior, encuentra sus raíces en sentencias como la C-131 de 1993, C-486 de 1993 y C-836 de 2001, entre otras. Al respecto, puede consultarse: Carlos Bernal Pulido, El precedente en Colombia, Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008, páginas 83 y siguientes y Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, octubre de 2012.

<sup>53</sup> Carlos Bernal Pulido, El precedente en Colombia, Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008, páginas 83 y 84.

constitucionales de gran valía, como: “1. la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; 2. su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y 3. el respeto del principio de igualdad–el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros<sup>54</sup>.”<sup>55</sup>(Subrayas fuera del texto original)

La fortaleza de los argumentos previamente expuestos condujo a la reinterpretación jurisprudencial del artículo 230 Superior, por parte de la Corte Constitucional. Lo anterior, ha sido denominado por la doctrina nacional como la “mutación del artículo 230 de la Constitución por vía jurisprudencial”<sup>56</sup>.

Es importante precisar que, la figura en cuestión, partió de una hermenéutica conforme y sistemática de la disposición bajo análisis. Es así como la Corte Constitucional encontró que el sistema de fuentes del derecho colombiano debía ser interpretado a la luz de los postulados fundamentales que ilustran la Carta.<sup>57</sup>

Desde esta perspectiva, el máximo Tribunal constitucional en Colombia estableció que el verdadero contenido y alcance del artículo 230 Superior debía ser desentrañado a partir de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. Esto condujo a que se concluyera que si los operadores jurisdiccionales no acatan las reglas judiciales contenidas en las sentencias frente a los casos análogos que surjan de manera posterior, estarían violando dichos preceptos. Lo anterior, por cuanto otorgarían injustificadamente un trato distinto a sujetos que se encuentran en circunstancias similares. Para la Corte Constitucional, tal situación,

---

<sup>54</sup> “Cfr. Sobre estos argumentos: R. Alexy y R. Dreier. “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany”, en N. MacCormick y R. Summers (eds.). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 82 y ss.; MacCormick y Summers. “Interpretation and Justification”, *ibíd.*, pp. 518 y ss.; Theodore M. Benditt. “The Rule of Precedent”, en L. Goldstein (ed.). *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 89 y ss.; y Leonor Moral Soriano. “A progressive Foundation of Precedents”, en *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 2000, pp. 327 y ss.”

<sup>55</sup> Carlos Bernal Pulido, *El precedente en Colombia*, Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008, página 86.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, página 87.

<sup>57</sup> Al respecto, en la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional colombiana estableció lo siguiente: “La sujeción (...) al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución.” Así mismo, en la Sentencia C-539 de 2011, dicho Tribunal manifestó que: “De otra parte, el artículo 230 constitucional, en relación con el sistema de fuentes colombiano, establece que las autoridades judiciales, están sometidas al “imperio de la ley”, respecto de cuyo concepto 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.”

resultaría contraria a los artículos 13 (igualdad) y 29 (debido proceso) de la Carta.<sup>58</sup>

A partir de esta consideración, dicho Tribunal concluyó que las expresiones “imperio de la ley” y “criterio auxiliar” contenidas en el artículo 230 de la Constitución debían ser entendidas en su sentido amplio.<sup>59</sup>

Respecto a la primera, estableció que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional determinan las normas que se derivan de las disposiciones que integran la Carta. Por tanto, dichos fallos, entran a integrar a la Constitución misma y, por tanto, hacen parte del “imperio de la ley”.

Así mismo determinó que sólo podría considerarse que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, bajo la concepción de que dicho elemento, como criterio integrante del concepto “imperio de la ley”, auxilia la determinación del contenido y alcance de las disposiciones que componen al ordenamiento jurídico nacional. De esta forma la Corte Constitucional concluyó, de manera fundada, que las decisiones adoptadas en el marco de su jurisdicción resultan vinculantes para las demás autoridades judiciales en la medida en que determinan el contenido y alcance de la Carta. La actividad hermenéutica realizada por dicho Tribunal, ha sido sintetizada por la doctrina especializada, como se expone a continuación:

“En primer lugar, el artículo 230 de la Constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de “criterio auxiliar” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente, ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido. Con base en la distinción entre disposición y norma, bien conocida en la teoría del derecho<sup>60</sup>, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido. De este modo, por ejemplo, ha señalado que “la

---

<sup>58</sup> Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional colombiana manifestó que: “Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.”

<sup>59</sup> Esto fue reconocido por la Corte Constitucional colombiana, mediante la Sentencia C-539 de 2011, retomando el precedente establecido en la Sentencia C-836 de 2001, como se expone a continuación: “Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”

<sup>60</sup> Cfr. Sobre la diferencia entre disposición y norma: V. Crisafulli. Voz: “Disposizione (e norma)”, en Enciclopedia del Diritto, t. XIII, 1964, pp. 165 y ss.”

interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución<sup>61</sup>. En una interpretación amplia, la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico<sup>62</sup> y no sólo a la ley formal. Como consecuencia, hoy día sólo podría decirse que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, en el entendido de que la jurisprudencia, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho.<sup>63” 64</sup>

Como puede verse, la interpretación del artículo 230 Superior que impera desde hace más de una década en Colombia<sup>65</sup>, permite considerar que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano integran al “imperio de la ley”. En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en dicha disposición, los jueces se encuentran sometidos a lo dispuesto en dichas decisiones.

## **5.2. Distinción entre los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la “doctrina del precedente”**

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

A partir de lo anterior se demostrará que la obligatoriedad de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional no solo emana de los efectos que se le asigne a su *decisum*. Esto, en razón a que en Colombia impera la “doctrina del precedente”. La misma conduce a que las reglas de derecho de creación judicial contenidas en la parte motiva de las sentencias proferidas por dicha Corporación y que constituyan el sustento fundamental del sentido de la decisión (*ratio decidendi*<sup>66</sup>), resulten vinculantes para dicho Tribunal y para los demás operadores judiciales, frente a los casos futuros que se encuentren caracterizados por supuestos de hecho análogos<sup>67</sup>. Veamos:

<sup>61</sup> Cfr. la Sentencia C-836 de 2001.”

<sup>62</sup> Cfr. las sentencias C-131 y C-486 de 1993 y C-836 de 2001.”

<sup>63</sup> Cfr. Bernal Pulido. El derecho de los derechos, cit., p. 214.”

<sup>64</sup> Carlos Bernal Pulido, El precedente en Colombia, Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008, páginas 87 y 88.

<sup>65</sup> Al respecto se reitera que, de acuerdo con la doctrina especializada, la hermenéutica actual del artículo 230 Superior encuentra sus raíces en sentencias como la C-131 de 1993, C-486 de 1993 y C-836 de 2001, entre otras. Sobre el punto en cuestión, puede consultarse: Carlos Bernal Pulido, El precedente en Colombia, Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008, páginas 83 y siguientes y Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, octubre de 2012.

<sup>66</sup> Sobre el concepto de *ratio decidendi*, puede consultarse: Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999.

<sup>67</sup> Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional colombiana, como se expone a continuación: “La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la actividad interpretativa

#### a. Efectos de la parte resolutive de los fallos proferidos por la Corte Constitucional

Un primer elemento que permite determinar la obligatoriedad de las sentencias proferidas por el máximo tribunal constitucional en Colombia está dado por el efecto de su parte resolutive. Al respecto, resulta pertinente establecer que el alcance de tales decisiones podrá variar de acuerdo al tipo de proceso del que se trate.

##### i. Acción Pública de Inconstitucionalidad<sup>68</sup>

Los fallos proferidos por la Corte Constitucional, en el marco de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, cuentan con efectos *erga omnes*. Esto quiere decir que tienen “carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna”<sup>69</sup>. Lo anterior, ha sido objeto de reiteración por parte de dicho Tribunal como se expone a continuación:

“Lo así afirmado, declarado exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), no deja lugar a dudas en el sentido de que la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad de esta Corte tiene carácter obligatorio -en su totalidad, sin excepciones ni recortes, y surte efectos *erga omnes*.”<sup>70</sup>

Como puede verse, la parte resolutive de las sentencias emitidas en el marco del control abstracto de constitucionalidad tiene efecto general. En consecuencia el pronunciamiento emitido en relación con la exequibilidad de una disposición, contenido en el *decisum* de un fallo, debe ser acatado y aplicado por todos los operadores jurídicos.

Igual situación se presenta en relación con la parte resolutive de una sentencia en la que se dispone la exequibilidad condicionada de una disposición. Bajo esta hipótesis, el sentido normativo que ha sido expulsado del ordenamiento nacional por la Corte Constitucional, no podrá ser aplicado por ningún operador jurídico en

---

que realizan los jueces de la República sobre las normas jurídicas, con base en el principio de autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y a otras disposiciones constitucionales que disponen criterios vinculantes para la interpretación del derecho. De tal manera que para ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha fijado el órgano unificador. (Subrayas fuera del texto original) (Sentencia T-849 de 2013. Sobre el punto en cuestión, también pueden consultarse las sentencias T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU- 047 de 1999 y C-836 de 2001, entre otras)

<sup>68</sup> De acuerdo con el numeral 4 del Artículo 241 de la Constitución Política de 1991, corresponde a la Corte Constitucional: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

<sup>69</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-600 de 1998.

<sup>70</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-1181 de 2000.

lo sucesivo. Esto ha sido reconocido por dicho Tribunal, como se expone a continuación:

“Igualmente, si la parte resolutive de la providencia contiene un condicionamiento que especifica el entendimiento que debe dársele a la norma, dicho condicionamiento participa del carácter obligatorio de la decisión. En este sentido, es indispensable tener en cuenta lo dicho por la jurisprudencia, según lo cual el condicionamiento de las sentencias de constitucionalidad no es un simple añadido de la parte resolutive, de inferior jerarquía que la decisión misma, sino el requisito hermenéutico sobre el cual se fundamenta la exequibilidad de la norma.”<sup>71</sup>

Como puede verse la parte resolutive de las decisiones de constitucionalidad, así sea condicionada, cuenta con carácter general (*erga omnes*). En consecuencia la decisión consignada por la Corte Constitucional en dicho aparte del fallo, en torno a la exequibilidad de una norma, se integra al contenido de la ley de manera inescindible. Por tanto, su aplicación, en lo sucesivo, está determinada por el contenido señalado en el *decisum* de la providencia.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que: “incurre en arbitrariedad por desconocimiento de una disposición vinculante el funcionario judicial que toma una decisión por fuera de esa preceptiva (decisión de inexecutable simple o condicionada). Ello, por cuanto que, “[d]esconocer tal mandato vulnera abiertamente la propia Constitución (art. 243) y desatiende el clarísimo e imperativo mandato del legislador estatutario, con las consiguientes responsabilidades para el funcionario o corporación que obre en tal sentido.”<sup>72,73</sup>

## ii. Acción de Tutela<sup>74</sup>

El alcance de las órdenes contenidas en las sentencias proferidas en el marco de una acción de tutela, puede variar de acuerdo al efecto que mejor proteja los derechos fundamentales y garantice la supremacía de la Constitución. Desde esta perspectiva, en el ordenamiento jurídico nacional, se ha establecido que el *decisum*

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-836 de 2004.

<sup>72</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1181 de 2000.”

<sup>73</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-836 de 2004.

<sup>74</sup> Conforme con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

de los fallos proferidos en el marco del amparo consagrado en el artículo 86 Superior puede tener efectos *inter partes*, *inter pares* o *inter comunis*. Su contenido, es el siguiente:

- **Efectos *inter partes* de los fallos de tutela:** Por regla general las sentencias de tutela gozan de efectos *inter partes*. Esto significa que las órdenes contenidas en ellas, únicamente vinculan a quienes han sido parte dentro del proceso. Esta postura ha sido reconocida por la Corte Constitucional, entre otros, mediante el Auto 148 de 2005. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“Por su naturaleza, y salvo que la Corte disponga otra cosa, la acción de tutela tiene efectos *inter partes* tal y como lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 lo que supone que las consecuencias y, entre ellas, las peticiones que se puedan presentar a partir de la sentencia deben estar precedidas y sustentadas en la legitimidad de los sujetos que participaron del amparo.”

Entonces, de acuerdo al efecto *inter partes* de las sentencias de tutela, el cumplimiento de las órdenes contenidas en éstas, sólo podrá ser reclamado por quienes fungen como accionantes y éste únicamente corresponderá a los sujetos que fueron vinculados, oportunamente, como sujetos pasivos del proceso.

- **Efectos *inter pares* de los fallos de tutela:** El efecto *inter pares* de una sentencia de tutela, supone que la decisión adoptada por el juez constitucional debe aplicarse en el futuro a todos los casos similares. La Corte Constitucional ha considerado, principalmente, que es necesario otorgar a sus fallos ese tipo de efecto cuando hubo lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

En consecuencia la decisión de inaplicar una norma por resultar manifiestamente incompatible con el ordenamiento superior frente al caso concreto, contenida en el *decisum* de una sentencia de tutela, debe ser aplicada de la misma manera frente a los casos similares. Lo anterior, ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como se expone a continuación:

“Determinar que cuando concurren las condiciones anteriormente enunciadas la excepción de inconstitucionalidad aplicada por esta Corporación tiene efectos *inter pares*, es decir, entre todos los casos semejantes, logra conciliar todas las normas constitucionales en juego.”<sup>75</sup> (Subrayas fuera del texto original)

---

<sup>75</sup> Corte Constitucional Colombiana. Auto 071 de 2001. Al respecto, también pueden consultarse las Sentencias T-493 de 2005 y T-344 de 2010.

Como puede verse, el efecto *inter pares* de las sentencias de tutela, conduce a que la decisión adoptada por el juez frente a un caso concreto se extienda a los semejantes. El principal ejemplo de esta modulación, está dado por los trámites de amparo en los que la Corte Constitucional ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

- **Efectos *inter comunis* de los fallos de tutela:** El efecto *inter comunis* de una sentencia de tutela conduce a que la decisión adoptada por el juez constitucional respecto de un caso concreto, se extienda a las personas que se encuentran en la misma situación del accionante pero no concurren a la actuación en cuestión como sujetos activos de la misma. La justificación y el alcance de dicha modulación, ha sido expuesto por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado (...)

(...) La decisión de extender los efectos del fallo a personas que no habían acudido a la acción de tutela (...) (...) se justificó por otras cuatro razones i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-1023 de 2001.

De acuerdo con lo anterior se concluye que, el efecto *inter comunis* de una sentencia de tutela, conduce a que las ordenes contenidas en su parte resolutive beneficien a sujetos que, no siendo parte del proceso, se encuentran en las mismas circunstancias que los accionantes.

A partir de lo previamente expuesto, se ha demostrado que el alcance de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional puede variar de acuerdo al efecto que le ha sido asignado. De esta forma, los fallos proferidos en el marco del control abstracto de constitucionalidad, cuentan con efectos generales (*erga omnes*). En consecuencia, lo dispuesto en su parte resolutive debe ser acatado por todos los operadores jurídicos.

A su vez, el alcance de las órdenes emitidas en los fallos de tutela, puede variar de acuerdo al efecto que mejor proteja los derechos fundamentales y garantice la supremacía de la Constitución. En consecuencia, el juez podrá determinar si su decisión cuenta con efectos *inter partes*, *inter pares* o *inter comunis*.

#### **b. La “doctrina del precedente” en el marco de la Jurisdicción Constitucional**

Expuesto lo anterior es importante reiterar que la obligatoriedad de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, no solo emana de los efectos que se le asigne al *decisum*. Al respecto debe considerarse que el precedente judicial establecido por dicha Corporación, también resulta vinculante para los operadores jurisdiccionales frente a los casos análogos que en forma posterior sean sometidos a su conocimiento.

De esta forma, la *ratio decidendi*, entendida como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”<sup>77-78</sup>, contenida en las sentencias de constitucionalidad o de tutela emitidas por la Corte Constitucional, debe ser aplicada por dicha Corporación y por los demás jueces, en los casos similares y sucesivos. Esto ha sido reconocido por la doctrina nacional, así:

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999.

<sup>78</sup> Respecto a la distinción entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: “Así las cosas, esta corporación en su jurisprudencia ha utilizado “los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *Decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación” (Sentencia T-489 de 2013)

“Sólo la *ratio decidendi* tiene entonces carácter de precedente. La vinculación que emana de ella la hace aplicable en todos los casos futuros que tengan supuestos de hecho idénticos o análogos<sup>79</sup>. Si el caso posterior no reviste supuestos de hecho idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial.<sup>80, 81</sup> Subrayas fuera del texto original)

Lo anterior, ha sido denominado como la “doctrina del precedente”<sup>82</sup>. A partir de ella se ha concebido la vinculatoriedad de las reglas de derecho de creación judicial, establecidas por la Corte Constitucional, frente a los casos futuros que se encuentren caracterizados por supuestos de hecho análogos. Esto ha sido reconocido por dicho Tribunal, de manera reiterada, en relación con las sentencias de constitucionalidad y de tutela como pasa a demostrarse a continuación.

#### **i. La “doctrina del precedente” frente a las sentencias de constitucionalidad**

La Corte Constitucional ha establecido que, la *ratio decidendi* de los fallos proferidos en el marco del control abstracto de constitucionalidad, resulta vinculante. Al respecto, en la Sentencia C-131 de 1993, se manifestó que:

“La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las

---

<sup>79</sup> Cfr. la Sentencia T-1022 de 2002.”

<sup>80</sup> Cfr. las sentencias T-1091 de 2002 y T-1086 de 2003.”

<sup>81</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-1023 de 2001.

<sup>82</sup> Su aplicación en Colombia ha sido reconocida por la doctrina especializada, como se expone a continuación: “A lo largo de este libro hemos llegado a la conclusión que en Colombia existe doctrina del precedente en la jurisdicción constitucional. Varios fallos de la Corte desde 1995 lo confirman: así, por ejemplo, las sentencias T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU- 047/99 y, finalmente, C-836 de 2001. Sentencias como la T-123 de 1995, T-175 de 1998 y C-836/01 plantean la cuestión (contestándola afirmativamente) de si esta doctrina también se aplica a la jurisdicción común, respecto de las sentencias de las otras altas cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado y Consejo Superior, dentro de los temas de sus competencias institucionales)” Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, octubre de 2012, página 203.

sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política.” (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Constitucional atendió al concepto de cosa *juzgada implícita* para establecer la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* de las decisiones que adopte dicho Tribunal en el marco del control abstracto de constitucionalidad. Resulta claro que en la decisión bajo análisis, la Corporación en cuestión reconoció como fuente obligatoria los fundamentos contenidos en la parte motiva de un fallo de exequibilidad que guarden relación directa e inescindible con su parte resolutive.

La postura previamente expuesta, fue retomada por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-037 de 1996. Su contenido, en lo relevante, es el siguiente:

“En efecto, solo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece (el art. 48 de la LEAJ), ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; solo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que indica directamente en ella.” (Subrayas fuera del texto original)

De la cita previamente expuesta se extrae nuevamente que, además de la parte resolutive de las decisiones de exequibilidad proferidas por la Corte Constitucional, los fundamentos de derecho identificados como la base jurídica necesaria de la decisión judicial específica cuentan con efecto vinculante. Lo expuesto, también fue desarrollado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-836 de 2004, como se expone a continuación:

“Con este fin, la Corporación ha establecido que los apartes de las providencias que tienen la virtud de producir efectos erga omnes son la parte resolutive de la sentencia y los segmentos de la parte considerativa que constituyen el fundamento de la decisión. Éstos, que comúnmente se denominan ratio decidendi, son los argumentos que sin estar expresamente consignados en la parte resolutive, se encuentran lógicamente y jurídicamente fundidos con ella de modo que comparten una unidad de raciocinio inescindible. Lo anterior significa que las demás consideraciones que la Corte haga a lo largo de la sentencia, ya estén mediáticamente relacionadas con la parte resolutive o distantes de su contenido lógico-jurídico, no tienen fuerza vinculante erga omnes según las previsiones del artículo 243 superior.” (Subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con las decisiones previamente expuestas se concluye que la Corte Constitucional ha establecido expresamente y de manera reiterada, que la *ratio decidendi* de sus sentencias de exequibilidad resulta vinculante de manera general. En consecuencia, resultan de observancia obligatoria tanto para dicha Corporación como para los demás operadores judiciales.

## ii. La “doctrina del precedente” frente a las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión

Al igual que frente a las decisiones de exequibilidad, la Corte Constitucional, ha establecido que la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela proferidas por dicha Corporación tiene carácter vinculante. Esto, al considerar que mediante dichos fallos se establece el contenido y alcance de los derechos fundamentales en el marco de la Jurisdicción Constitucional y, en consecuencia, integran el “imperio de la ley” al cual se encuentran sometidos los operadores judiciales.

El anterior análisis, según como se expuso previamente, se encuentra acompasado con la necesidad de dar plena aplicación al principio de igualdad en el marco de la administración de justicia. El desconocimiento del precedente establecido en sede de tutela, de manera inevitable, conduciría a que injustificadamente se diera un trato distinto a sujetos que se encuentran en circunstancias idénticas o análogas.

Desde esta perspectiva la Corte Constitucional estableció que, los fundamentos de derecho en los que se cimentaban sus decisiones de amparo en sede de revisión, superaban la definición del caso concreto para tornarse en vinculantes frente a los casos homogéneos y sucesivos. Al respecto, en la Sentencia T-175 de 1997, se dispuso lo siguiente:

“Las sentencias de revisión pronunciadas por la Corte Constitucional, cuando interpretan el ordenamiento fundamental, construyen también doctrina constitucional que debe ser acatada por los jueces, a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquéllos que dieron lugar a la interpretación efectuada. No podría sustraerse tal función, que busca específicamente preservar el genuino alcance de la Carta Política en materia de derechos fundamentales, de la básica y genérica responsabilidad de la Corte. El control de constitucionalidad admite, (art. 241), modalidades diversas, algunas de las cuales se pueden agrupar bajo el concepto de control abstracto, al que dan lugar la mayor parte de sus numerales, siendo evidente que, cuando la Corte revisa, en la forma en que determina la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, verifica la constitucionalidad de tales actuaciones de los jueces, corrigiéndolas cuando las halla erróneas, y, a la vez, interpretando el contenido de los preceptos superiores aplicables, con miras a la unificación de la jurisprudencia. En razón del principio de igualdad, la administración de justicia, al proferir sus fallos no puede dar trato diferente a personas que se encuentran en las mismas hipótesis. Tal criterio resulta todavía más imperioso cuando se trata de resolver sobre casos exactos a otros que pasaron ya por el examen constitucional a cargo de esta Corte en sede de revisión, lo que confiere especial valor al precedente. (...) (...)

(...) (...) Resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina. Pero de aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un

fallo de revisión llega tan sólo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás -la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferiores de la jurisdicción.” (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse mediante la decisión previamente expuesta se estableció que la doctrina constitucional (*ratio decidendi*) sentada mediante la revisión de las acciones de tutela, resulta vinculante frente a los casos similares que surjan de manera posterior. De esta forma se descartaba que el alcance de los fallos proferidos durante dicho trámite se limitara a la resolución del caso concreto frente a los sujetos que fungieron como accionantes y accionados en el marco de la actuación. La perspectiva previamente expuesta, también fue desarrollada mediante la Sentencia T-569 de 2001. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que los jueces están obligados a acatar los precedentes que fijan sus superiores. Así, en sentencia T-566 de 1998 precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales<sup>83</sup>, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”<sup>84</sup>, o que “existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”<sup>85</sup>, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación”<sup>86</sup>.” (Subrayas fuera del texto original)

Lo anterior evidencia nuevamente que el valor normativo de la *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión supera la definición del caso concreto entre las partes del litigio, para convertirse en un criterio vinculante para los operadores judiciales frente a casos posteriores y análogos. La postura expuesta, ha sido reiterada en múltiples ocasiones, muestra de ello es la Sentencia T-211 de 2013:

“Ahora bien, tratándose de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en una Sala de Revisión de Tutelas, es claro que dichos fallos tiene efectos inter partes. Empero, también se ha precisado reiteradamente “que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia”<sup>87</sup>,<sup>88</sup> (...) (...)

---

<sup>83</sup>Sentencia T-1625 de 2000 M.P. Martha SÁCHICA Méndez.”

<sup>84</sup> Ibídem.”

<sup>85</sup> Ibídem.”

<sup>86</sup> Ibídem.”

<sup>87</sup> Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias T-123 de 1995, T-260 de 1995 y T-175 de 1997”.

<sup>88</sup> T-566 de octubre 7 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).”

De tal manera, mientras los efectos inter partes proyectan entre los involucrados en la acción la aplicación cabal de lo dispuesto en la parte resolutive de la providencia, la ratio decidendi constituye un precedente constitucional que, por regla general, ha de ser observado por todas las autoridades y por la comunidad, so pena de contrariar la Constitución.” (Subrayas fuera del texto original)

De conformidad con los fallos expuestos en este apartado ha quedado demostrado que la Corte Constitucional ha establecido, expresamente y de manera reiterada, que la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela proferidas en sede de revisión resulta vinculante frente a los casos similares que surjan con posterioridad. Por tanto, son de obligatoria observancia tanto para dicha Corporación como para los demás operadores judiciales.

Con el fin de demostrar a plenitud la fuerza vinculante del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, a continuación se expondrán los criterios que rigen su aplicación por parte de los diferentes operadores jurídicos. Adicionalmente, se establecerá que la legislación colombiana se encuentra dotada de mecanismos judiciales adecuados y efectivos para asegurar su acatamiento. Veamos:

### **5.3. La identificación del precedente**

En relación con la identificación del precedente, resulta indispensable considerar que el derecho de raigambre jurisprudencial se caracteriza por su abundancia. Dicho rasgo encuentra manifestación, tanto en el número plural de fallos que pueden existir frente a un mismo supuesto, como en la multiplicidad de argumentos que pueden conformar una sentencia.

En consecuencia, el correcto desarrollo de la “doctrina del precedente”, exige que el operador jurídico determine “cuál es el principio jurisprudencial vigente dentro de la línea jurisprudencial; por tanto, no se trata de elegir cualquier sentencia sin tener una clara noción del papel y vigencia de la misma dentro de la línea jurisprudencial. Una vez seleccionada de esta manera la (o las) sentencias dominantes que contienen la doctrina vigente, el juez procederá a “interpretar-las”: la obediencia relativa al precedente sólo lo obliga a aplicar la ratio decidendi de los fallos que tengan fuerza gravitacional vigente sobre el caso que se está decidiendo. De esta manera, resulta claro que los jueces tienen el deber de interpretar la sentencia para extraer los contenidos que de allí se consideran prima facie vinculantes.”<sup>89</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la correcta identificación del precedente requiere un análisis tanto dinámico<sup>90</sup> como estático<sup>91</sup> de la jurisprudencia. El primer método parte de la identificación de las diferentes decisiones que se han proferido sobre los supuestos

---

<sup>89</sup> Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, octubre de 2012, página 221.

<sup>90</sup> Ibídem, página 139 y siguientes.

<sup>91</sup> Ibídem, página 193 y siguientes.

de hecho que caracterizan el estudio propuesto, con el fin de establecer cuál es la regla judicial dominante en un momento determinado.

En relación con lo anterior debe precisarse que la existencia de modificaciones o reconceptualizaciones en la jurisprudencia, no conduce a la falta de certeza del ordenamiento jurídico. Esto en razón a que su variación determina la pérdida de vigencia de la regla judicial preexistente frente a la entrada en vigor de la posterior. En consecuencia, respecto de la hipótesis propuesta, no puede predicarse la coexistencia de diferentes regulaciones normativas frente a un mismo supuesto de hecho.

Desde la perspectiva previamente expuesta, la Corte Constitucional ha reconocido: “que la obligación de acatar el precedente sólo se circunscribe a la *ratio decidendi* de los fallos que resuelven casos equivalentes y que constituyen una doctrina constitucional vigente y vinculante.”<sup>92</sup> Como puede verse, de acuerdo con lo establecido por dicha Corporación, la vinculatoriedad de una regla judicial está sometida a su vigencia dentro de la evolución de la línea jurisprudencial a la cual pertenece.

A su vez, según como se expuso previamente, no todos los argumentos contenidos en una sentencia constituyen precedente. Tal condición, se encuentra reservada a la *ratio decidendi* de la decisión.

En consecuencia, corresponde al operador jurídico realizar el análisis estático de la decisión judicial, con el fin de establecer cuál es su *ratio decidendi*. Al respecto, debe precisarse que la determinación del elemento en cuestión no puede ser caprichosa, pues se encuentra sometida a unas cargas específicas de argumentación y de coherencia frente a los demás componentes de la sentencia. Esto ha sido reconocido por la Corte constitucional, como se expone a continuación:

“(…) El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver el caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente, puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores.”<sup>93</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Conforme con la cita previamente expuesta se concluye que la selección realizada por el operador jurídico en relación con el principio o regla que

---

<sup>92</sup> Corte Constitucional Colombiana. Auto- 244 de 2012.

<sup>93</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-047 de 1999.

constituyó la razón necesaria para decidir el asunto, debe estar motivada de manera razonada y suficiente. Por tanto, resulta indispensable que exista plena coherencia entre los supuestos de hecho, el problema jurídico que orientó el fallo, el *decisum* y el sustrato jurídico al que se le ha atribuido la condición de *ratio decidendi*.

De acuerdo con lo expuesto se concluye que la correcta identificación del precedente requiere del análisis tanto dinámico como estático de la jurisprudencia. Si el operador jurídico prescinde de estos métodos, llegará a conclusiones equivocadas en torno a la regla judicial vigente y vinculante frente a un caso determinado.

#### **5.4. La inaplicación y la modificación del precedente por parte de los jueces**

De acuerdo con la “doctrina del precedente” que rige en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta plenamente admisible que los operadores judiciales se aparten o modifiquen la jurisprudencia preexistente. Esto con la finalidad evitar la petrificación del derecho, lograr su adecuación a las cambiantes necesidades socio-jurídicas o corregir eventuales errores.

La Corte Constitucional ha establecido que la decisión de apartarse o de cambiar el precedente por parte de los jueces debe estar acompañada de una carga argumentativa superior a la habitual, de forma tal, que se expongan de manera clara y completa las razones que justifican la inaplicación o la modificación de la regla jurisprudencial preexiste.<sup>94</sup> Es así como, según dicho Tribunal, la variación inopinada e irreflexiva del precedente atenta de manera flagrante contra la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso. Al respecto, se dispuso que:

“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 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.

Bajo tales condiciones, la Sala Plena tiene una facultad limitada para variar su jurisprudencia, así esté justificada en hipótesis como la entrada en vigencia de reformas constitucionales, cambios sociales que hagan necesario un nuevo

---

<sup>94</sup> Para ello, resulta indispensable que el operador judicial parta de la correcta identificación del precedente que pretende modificar o del que pretende apartarse. Sobre el punto en cuestión, puede consultarse: Corte Constitucional colombiana, Auto- 244 de 2012.

entendimiento del texto constitucional o ante la existencia de nuevas perspectivas y horizontes conceptuales, así como doctrinales que enriquezcan la producción constitucional o que no hayan sido abordados en el pasado.”<sup>95</sup>

Lo anterior demuestra que en el ordenamiento jurídico colombiano resulta legítimo que las autoridades judiciales se aparten o modifiquen el precedente. En todo caso, tal actuación se encuentra sometida de forma estricta al principio de “razón suficiente”. Esto, con la finalidad de asegurar el pleno respeto por la igualdad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

En este punto es necesario precisar que el ordenamiento nacional consagra el principio de progresividad frente a las hermenéuticas que rigen los derechos constitucionales. Esto ha tenido su mayor desarrollo frente al reconocimiento y atención de las prerrogativas de orden económico, social y cultural.

Conforme con lo anterior, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, existe una prohibición expresa de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos. Desde esta perspectiva se ha establecido la aplicación del principio *pro persona* y de la proscripción de la regresividad en la interpretación y aplicación de las normas que rigen los DESC. Al respecto, la Corte Constitucional, ha manifestado que:

“(…) la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe *prima facie* la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos.”<sup>96</sup>

Lo expuesto evidencia que de acuerdo con el ordenamiento constitucional colombiano, el principio de “razón suficiente” como criterio indispensable para que la decisión de apartarse o modificar el precedente resulte legítima, debe ser comprendido de acuerdo con el principio *pro persona* y la proscripción de la regresividad frente a los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia la determinación de separarse o variar una regla jurisprudencial preexistente, *prima facie*, no podrá adoptarse en contravención del principio de progresividad, mucho menos cuando se trate de temas atinentes al Sistema General de Seguridad Social.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Corte Constitucional Colombiana. Auto- 244 de 2012. Al respecto, también puede consultarse la Sentencia SU-047 de 1999, entre otras.

<sup>96</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-228 de 2011. Al respecto, también puede consultarse la Sentencia C-038 de 2004, entre otras.

<sup>97</sup> Al respecto, en la Sentencia T- 211 de 2013, la Corte Constitucional colombiana dispuso lo siguiente: “El principio de progresividad, definido como una carga impuesta al Estado por la Constitución Política y por diferentes instrumentos internacionales, consiste en propender hacia reformas cada vez más incluyentes y que amplíen los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, en virtud de dicho principio, no pueden disminuirse derechos ganados en materia de seguridad social.”

### **5.5. Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional resultan vinculantes para las autoridades administrativas y los particulares que presten servicios públicos**

Lo expuesto en los apartados anteriores ha sido objeto de un prolífico desarrollo jurisprudencial. De esta forma, la propia Corte Constitucional ha establecido que la vinculatoriedad del precedente constitucional supera el ámbito jurisdiccional. Por tanto ha dispuesto que las reglas de derecho de creación judicial, resultan obligatorias para las autoridades administrativas. Esto fue reconocido por dicho Tribunal, mediante la Sentencia T-569 de 2001, como se expone a continuación:

“La Corte se pronunciará sobre otra situación que surge de los hechos de la demanda, relacionada con el alcance de las sentencias de tutela. La entidad demandada, le indicó al demandante que la jurisprudencia de la Corte fijada en la sentencia T-439 de 2000 no era aplicable al caso, pues las decisiones de tutela únicamente tienen efectos interpartes.

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos interpartes, no puede sostenerse lo mismo de la ratio decidendi del fallo. En la medida en que la ratio decidendi constituye una norma, en los términos indicados en el fundamento jurídico 3 de esta decisión, necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (C.P. arts. 13 y 29)

La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas - más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto. En la tutela T-566 de 1998, se precisó al respecto:

“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.”

De ahí que si la autoridad administrativa pretende apartarse de las decisiones de la Corte Constitucional, debe justificar, con argumentos contundentes, las razones por las cuales no sigue la posición del máximo intérprete de la Constitución.”

Lo anterior, fue reiterado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-074 de 2013. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que todas las autoridades públicas administrativas, en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus

decisiones, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que sus actuaciones se encuentran determinadas por las atribuciones y potestades asignadas constitucional y legalmente, dentro de los límites que establece la Constitución.

Al respecto, ha establecido que tal sujeción implica el necesario acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales.

En efecto, todos los funcionarios públicos y, en consecuencia, todas las autoridades administrativas, están en la obligación de aplicar e interpretar las normas en el sentido dictado por la autoridad judicial, para todas las situaciones fácticas análogas o similares.” (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse la Corte Constitucional estableció nuevamente que la *ratio decidendi* de sus decisiones, incluyendo las provenientes del trámite de acciones de tutela, resulta plenamente vinculante para las autoridades administrativas frente a casos análogos y posteriores.

Del mismo modo la Corte Constitucional ha dispuesto que las reglas judiciales que constituyen la base jurídica de las sentencias proferidas en el marco de su jurisdicción, también resultan vinculantes para los particulares a los que se les hubiere asignado la prestación de un servicio público. Esto ha sido reconocido, en múltiples ocasiones, frente a los particulares que ejercen funciones relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Al respecto, en la Sentencia T-817 de 2013, se dispuso lo siguiente:

“En ese sentido las autoridades administrativas, y en este caso un particular que desarrolla la prestación del servicio público de la seguridad social al fungir como responsable del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de su extrabajador, está en la obligación de acatar en sus decisiones las sentencias de carácter vinculante, en especial, sí existe un precedente de unificación aplicable directamente al objeto de la solicitud.”<sup>98</sup>

Como puede verse, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, las autoridades administrativas y los particulares a los que les corresponda la prestación de un servicio público, al momento de adoptar decisiones frente a las solicitudes que eleven los ciudadanos, deben ceñirse a las reglas judiciales que constituyen la *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por dicha Corporación. Por tanto, incurrirán en el incumplimiento de los deberes constitucionales que caracterizan el desarrollo de sus funciones, en las ocasiones en que desatiendan una solicitud aduciendo hermenéuticas distintas a las previamente establecidas por el Tribunal en cita frente a casos análogos.

---

<sup>98</sup> Sobre el punto en cuestión, también puede consultarse la Sentencia C-539 de 2011.

Según lo expuesto se concluye que de acuerdo con la hermenéutica imperante del artículo 230 Superior, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen una fuente principal de derecho. Esto en razón a que lo establecido en ellas, en torno al contenido y alcance de las disposiciones de orden constitucional y legislativo que conforman al ordenamiento jurídico nacional, integran de manera insensible el “imperio de la ley”. En consecuencia, la *ratio decidendi* de dichos fallos es vinculante para los jueces, las autoridades administrativas y los particulares que se encuentren a cargo de la prestación de servicios públicos como la seguridad social.

#### **5.6. El ordenamiento jurídico colombiano consagra mecanismos judiciales adecuados y efectivos para asegurar el respeto del precedente constitucional**

En este punto debe precisarse que la aplicación de la “doctrina del precedente”, derivada de la interpretación sistemática y conforme a la Constitución del artículo 230 Superior, se ha acompañado de un número plural de mecanismos judiciales encaminados a lograr el control efectivo del respeto de las reglas de derecho de orden judicial establecidas por la Corte Constitucional. Su contenido, es el siguiente:

##### **a. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional**

La revisión de fallos por parte del órgano de cierre de la jurisdicción, al estar encaminados en gran medida a la unificación de la jurisprudencia, constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr el respeto por el precedente mediante la reiteración de las reglas judiciales previamente establecidas.

En esta dirección, si un juez o tribunal de inferior jerarquía se aparta del precedente establecido por el órgano de cierre de la jurisdicción, éste deberá revisar la decisión del juez inferior y sustituirla por una sentencia que resulte concordante con las reglas de derecho dispuestas en la jurisprudencia preexistente. En el derecho comparado, este tipo de decisiones son denominadas como “sentencias de reiteración”. Mediante esta clase de fallos, los tribunales supremos corrigen las providencias de los operadores jurídicos que se encuentran en escalas inferiores de la jurisdicción y reafirman o hacen énfasis en una jurisprudencia ya consolidada.

En el marco de la Jurisdicción Constitucional se ha establecido que el órgano de cierre se encuentra facultado para adelantar la revisión oficiosa de los fallos de tutela proferidos por los jueces y los tribunales durante las instancias del amparo consagrado en el artículo 86 Superior.<sup>99</sup> Este mecanismo, tiene como una de sus

---

<sup>99</sup> Decreto 2591 de 1991. “Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

finalidades principales la unificación en la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En consecuencia, mediante su ejercicio, se logra el respeto por el precedente desde una perspectiva vertical. Lo expuesto, ha sido reconocido por la Corte Constitucional, de la siguiente forma:

“Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo- general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional (...) (...)”<sup>100</sup>

Lo expuesto demuestra que el ordenamiento jurídico colombiano dispone la revisión de fallos de tutela por parte de la Corte Constitucional como mecanismo, adecuado y efectivo, para lograr el respeto del precedente desde una perspectiva vertical mediante la reiteración de las reglas judiciales previamente establecidas.

#### **b. El cambio irregular de jurisprudencia como causal de nulidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional**

En el marco de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico nacional establece mecanismos para lograr el respeto del precedente horizontal frente a las reglas judiciales que surgen en el marco de las sentencias proferidas como resultado del control abstracto de constitucionalidad y de la revisión de acciones de tutela. Se trata del “cambio irregular de jurisprudencia”, como causal de nulidad de los fallos de dicha Corporación.

En relación con lo anterior, se ha dispuesto que las salas de revisión de tutela no se encuentran facultadas para introducir cambios de jurisprudencia, pues se trata de una competencia reservada a la Sala Plena de la Corte Constitucional.<sup>101</sup> Sobre el punto en cuestión, dicho Tribunal, ha reconocido que:

“(…) es posible alegar como causal de nulidad de una sentencia de una Sala de Revisión de esta Corporación (el) desconocimiento o cambio de jurisprudencia,

---

Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.” (Anexo 2)

<sup>100</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-406 de 1992.

<sup>101</sup> Decreto 2591 de 1991: “**Artículo 34. Decisión en Sala.** La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales de Distrito judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.” (Subrayas fuera del texto original)

cuando se desconoce la ratio decidendi de las providencias adoptadas por la Sala Plena de la Corte y la contenida en la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión (...)<sup>102</sup>

Adicionalmente, tanto en sede amparo como frente al control de constitucionalidad, se ha establecido que la Sala Plena de la Corte Constitucional debe observar el principio de “razón suficiente” en las ocasiones que decida cambiar su precedente. Por tanto, para que dicha actuación resulte legítima, resulta indispensable que en la decisión se reconozca expresamente la modificación y se expongan los argumentos mediante los que se evidencia que la nueva tesis adoptada es la que mejor se ajusta a la Carta Política. Sobre el punto en cuestión, mediante el Auto- 244 de 2012, se dispuso que:

“(...) cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional se aleja de manera arbitraria y caprichosa del precedente sentado por ella misma, omitiendo justificar la modificación jurisprudencial, vulnera de manera grave y ostensible el derecho al debido proceso y procede entonces el incidente de nulidad. A diferencia de las hipótesis de variación de jurisprudencia por la Sala de Revisión, en este caso el fundamento jurídico de la nulidad no son los principios de competencia y de juez natural, sino la vulneración del derecho al debido proceso por la omisión de las cargas de transparencia y argumentación, en detrimento de los valores antedichos.” (Subrayas fuera del texto original)

Lo anterior demuestra que el ordenamiento nacional dispone mecanismos judiciales adecuados y efectivos para lograr el respeto del precedente horizontal al interior de la Corte Constitucional. Esto reafirma la importancia que tiene la vinculatoriedad de las reglas judiciales establecidas por dicha Corporación en el sistema jurídico colombiano.

### **c. La acción de tutela contra providencias judiciales o contra actos administrativos por el desconocimiento del precedente**

Según como expuso previamente, el artículo 86 Superior consagra a la acción de tutela como un mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, que puede interponerse contra actos que amenacen o vulneren tales prerrogativas. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la procedencia de dicho mecanismo contra decisiones judiciales en las ocasiones en que viole la igualdad y el debido proceso por el desconocimiento del precedente. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T- 489 de 2013, se manifestó lo siguiente:

“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la actividad interpretativa que realizan los jueces de la República sobre las normas jurídicas, con base en el principio de autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y a otras

---

<sup>102</sup> Corte Constitucional Colombiana. Auto-234 de 2009.

disposiciones constitucionales que disponen criterios vinculantes para la interpretación del derecho. De tal manera que para ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones por la regla jurisprudencial que para el caso concreto ha fijado el órgano unificador. Así las cosas, esta corporación en su jurisprudencia ha utilizado “los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *Decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación” En ese orden de ideas, cabe señalar que se configura la causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, referida al desconocimiento del precedente constitucional, cuando el Juez de la República en el caso concreto: (i) aplica disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad o (ii) aplica disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; así mismo, (iii) cuando contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad y, por último, (iv) cuando desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela.” (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la acción de tutela constituye un mecanismo adecuado y efectivo para lograr el respeto del precedente. Esto, en razón a que en las ocasiones en que los operadores judiciales desconozcan la *ratio decidendi* de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, el juez de tutela podrá conceder el ampro reclamado y dejar sin efectos la providencia que desconoce la regla judicial previamente establecida.

Adicionalmente la Corte Constitucional ha establecido que, cuando se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, resultará viable la acción de tutela contra los actos administrativos que desconozcan el precedente. Lo anterior, al considerar que una actuación de esas características vulnera el debido proceso administrativo y desconoce el principio de igualdad. Bajo estos supuestos el juez de amparo podrá dejar sin efecto la decisión adoptada por la autoridad pública en cuestión y ordenar a la entidad accionada que proceda a dar una respuesta que resulte acorde con las reglas judiciales preexistentes.<sup>103</sup>

Igual situación puede predicarse en relación con los particulares que tienen a su cargo la prestación de un servicio público. En consecuencia, resultará procedente la acción de tutela contra las decisiones que adopten dichos sujetos respecto de las

---

<sup>103</sup> Al respecto: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-074 de 2013, entre otras.

solicitudes de sus usuarios, cuando desconozcan el precedente fijado por la Corte Constitucional frente a casos análogos.<sup>104</sup>

Lo anterior evidencia que la acción de tutela constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para conseguir el respecto del precedente por parte de los jueces, las autoridades administrativas y los particulares que tengan a cargo la prestación de un servicio público.

#### **d. La adecuación típica del delito de prevaricato por acción frente a los supuestos en que se desconoce el precedente**

La Corte Constitucional mediante su jurisprudencia ha reconocido que los jueces, las autoridades administrativas y los particulares a cargo del ejercicio de una función pública, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción<sup>105-106</sup> debido al desconocimiento del precedente establecido por las altas cortes. Al respecto, se ha manifestado lo siguiente:

“Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter

---

<sup>104</sup> Sobre el punto en cuestión: Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-817 de 2013, entre otras.

<sup>105</sup> Ley 599 de 2000 “ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

<sup>106</sup> Sobre el contenido y alcance del delito de prevaricato por acción, la Corte Constitucional, ha establecido lo siguiente: En suma, en relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquella se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “norma jurídica aplicable al caso concreto”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquella puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional” (Sentencia C-335 de 2008) (Subrayas fuera del texto original)

general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción.”<sup>107</sup>

Lo expuesto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, frente al cumplimiento del precedente referido al acceso a la pensión de sobreviviente por parte del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Sobre el punto en cuestión, mediante la Sentencia T-051 de 2010, se estableció que:

“Para efectos de arrojar la mayor claridad posible sobre el carácter por entero injustificado de estas trabas que, dicho con diametral claridad, terminan por desconocer en general y de manera grave los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y a la garantía del debido proceso administrativo de las parejas del mismo sexo, estima la Sala indispensable destacar los siguientes aspectos: de un lado, la sentencia C-336 de 2008 constituye precedente constitucional con carácter erga omnes, esto es, de obligatorio e inexcusable cumplimiento. Las autoridades, de orden administrativo y judicial a la vez que los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones no pueden dejar de observar el precedente jurisprudencial y el mismo es aplicable incluso cuando la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C-336 de 2008. De lo contrario, incurren en prevaricato por acción.”<sup>108</sup> (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Como puede verse la Corte Constitucional estableció que la imposición de trabas administrativas que impidieran el acceso al derecho pensional por parte del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo en contravención de lo dispuesto en su jurisprudencia, conduciría a la configuración del delito de prevaricato por acción. Esto evidencia que el ordenamiento jurídico nacional cuenta con medios coercitivos, en el marco del ejercicio poder punitivo del Estado, para lograr el respeto del precedente de la Corte Constitucional por parte de los jueces, las autoridades administrativas y los particulares a los que les ha sido encomendado el ejercicio de una función pública.

A continuación se aplicará, al caso concreto, la argumentación expuesta en los apartados anteriores del presente acápite. Veamos:

#### **5.7. La existencia de un precedente consolidado frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo**

Según como se expuso al inicio de este acápite, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como los representantes de la presunta víctima han afirmado que las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, no tiene la aptitud necesaria para beneficiar al señor Ángel Alberto Duque.

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-539 de 2011.

<sup>108</sup> Al respecto, también: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-716 de 2011.

Para fundamentar lo anterior, la H.Comisión argumentó que la Sentencia C-336 de 2008 no contaba con efecto retrospectivo y que imponía como presupuesto probatorio para acreditar la unión la declaración de los interesados ante notario público. Según la apreciación de dicho órgano, tales condiciones impedían que la presunta víctima pudiera acceder al reconocimiento del derecho pensional bajo el nuevo panorama que ofrecía el ordenamiento jurídico colombiano.<sup>109</sup>

A su vez, los representantes de la presunta víctima afirman que en el ordenamiento jurídico colombiano existen “dos interpretaciones constitucionales válidas sobre la forma de probación de las parejas del mismo sexo para el acceso a la pensión de sobrevivientes, así como de los efectos de la sentencia C-336 de 2008”<sup>110</sup>. Esto, según su apreciación, conduce a que en Colombia no exista certeza sobre la manera en que el compañero supérstite de una pareja del mismo sexo puede acceder a la pensión de sobreviviente.

Las anteriores consideraciones, parten de un análisis equivocado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el reconocimiento de los derechos pensionales a las uniones homosexuales. Esto en razón a que surgen de un estudio fragmentado y parcial de las decisiones judiciales que ha proferido dicha Corporación sobre el punto en cuestión.

Además desconocen que, de acuerdo con la “doctrina del precedente”, la modificación o la reconceptualización de la jurisprudencia no determinan la falta de certeza del ordenamiento jurídico. Esto debido a que la variación de la jurisprudencia determina la pérdida de vigencia de la regla judicial preexistente frente a la entrada en vigor de la posterior. Es así como, bajo la hipótesis bajo análisis, no puede predicarse la coexistencia de diferentes regulaciones normativas frente a un mismo supuesto de hecho.

Con el fin de acreditar las imprecisiones argumentativas de la CIDH y de los representantes de la presunta víctima, en relación con el contenido y alcance de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de derechos pensionales a las parejas del mismo sexo, se adelantará un análisis dinámico y estático de las diferentes providencias que se han emitido al respecto. A partir del mismo se demostrará que el ordenamiento jurídico colombiano ofrece plena certeza en relación con la forma en que estas uniones pueden acceder a la pensión de sobreviviente y que, en dicho contexto, el señor Ángel Alberto Duque se encuentra plenamente legitimado para obtener el reconocimiento de dicha prestación en caso de que acredite los requisitos generales para ello.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> CIDH. Petición 123-05. Ángel Alberto Duque. Informe de Admisibilidad No. 150/11 del 2 de noviembre de 2011. Párr. 37.

<sup>110</sup> ESAP. Párr. 34.

<sup>111</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

**a. Breve exposición sobre las sentencias de constitucionalidad que marcaron el avance en la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo**

i) La evolución jurisprudencial hacia la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, tuvo inicio con la Sentencia C-075 de 2007.<sup>112</sup> Mediante dicha decisión se declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990<sup>113</sup>, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Esto, “en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”<sup>114</sup>.

De acuerdo con la propia Corte Constitucional, esta decisión condujo a: “que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”<sup>115</sup>.

Para fundamentar su decisión la Corte Constitucional estableció que la aplicación de las prerrogativas de orden patrimonial derivadas de la Ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, excluyendo de su ámbito normativo a las parejas del mismo sexo, resultaba discriminatoria. Por tanto, concluyó que en el ordenamiento jurídico nacional existía un déficit de protección frente a las uniones homosexuales, el cual no encontraba justificación en criterios objetivos y razonables, lo que ameritaba extender el régimen preexistente al grupo en cuestión. El texto de la Sentencia C-075 de 2007, en lo relevante, es el siguiente:

“El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas

---

<sup>112</sup> Anexo 3.

<sup>113</sup> Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.”

<sup>114</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-075 de 2007.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.”

Como puede verse la Corte Constitucional estableció como razón de su decisión que las parejas del mismo sexo cuentan con requerimientos de protección patrimonial análogos a los de las parejas heterosexuales. En consecuencia, no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado frente a la protección que otorga la Ley 54 de 1990 a las uniones maritales de hecho. Es así como declaró su exequibilidad bajo la condición consistente en que los beneficios derivados de dicha normativa se hicieran extensivos a las uniones homosexuales.

ii) Siguiendo la línea de protección bajo análisis, mediante la Sentencia C-811 de 2007<sup>116</sup>, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 63 de la Ley 100 de 1993<sup>117</sup>. Lo anterior, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”<sup>118</sup>. Para llegar a tal conclusión, dicha Corporación, estableció que de la disposición bajo análisis se desprendía “que un individuo afiliado en calidad de cotizante al régimen contributivo, no puede vincular a su pareja homosexual en calidad de beneficiaria.”<sup>119</sup>

Para la Corte Constitucional, la norma previamente relaciona, representaba un déficit ilegítimo de protección en materia de Salud. Esto, en razón a que desconocía una opción de vida que se encuentra amparada por nuestro ordenamiento constitucional. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia C-811 de 2007, se dispuso que:

“Así las cosas, la tendencia de alcance progresivo de la seguridad social (art. 48 C.P.), aunada al reconocimiento de ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, cuyo ejercicio involucra el ejercicio de su libertad y de su dignidad

---

<sup>116</sup> Anexo 4.

<sup>117</sup> Ley 100 de 1993 “ARTICULO 163. La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste. (Anexo 34).

PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARAGRAFO 2. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley.”

<sup>118</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-811 de 2007.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

personal, impone considerar que, frente a un déficit de protección en salud que se considera ilegítimo, por desproteger una opción de vida amparada por la Corte, es obligación del Estado el diseño de los mecanismos que amplíen la cobertura del sistema y eliminen tales deficiencias.

En conclusión, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja.

En consecuencia, la Corte considera que dicho déficit denuncia un vacío en la ley de seguridad social que la hace inconstitucional y así procederá a declararlo.”

Como puede verse, para la Corte Constitucional la negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, implicaba una restricción desproporcionada al libre ejercicio de la opción sexual. Por tanto declaró la exequibilidad de la norma objeto de control bajo la condición consistente en que, los beneficios derivados de la misma, se hicieran extensivos a las uniones homosexuales.

iii) A su vez, mediante la Sentencia C-336 de 2008<sup>120</sup>, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones conyuge y compañero o compañera permanente, contenidas en el artículo 47<sup>121</sup> de la Ley 100 de 1993,

---

<sup>120</sup> Anexo 5.

<sup>121</sup> “ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una

modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en el artículo 74<sup>122</sup> de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el

---

cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

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

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este.

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

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

<sup>122</sup> "ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

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

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las

entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo. Como fundamento principal de su decisión, la Corporación en cuestión, manifestó lo siguiente:

“A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.”<sup>123</sup>

Como puede verse, nuevamente la Corte Constitucional avanzó en el reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo. Esta vez al considerar que no existían razones objetivas que justificaran el otorgamiento de un trato diferenciado a dichas uniones, frente al beneficio de la pensión de sobrevivientes.

iv) La protección constitucional de los derechos patrimoniales de las parejas mismo sexo continuó su desarrollo con posterioridad a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008. Al respecto, resulta pertinente mencionar la Sentencia C-798 de 2008<sup>124</sup>. Mediante dicha providencia la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicional de la descripción típica del delito de inasistencia alimentaria, contenida en el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, bajo el entendido que los integrantes de las parejas del mismo sexo también podían incurrir en dicha conducta delictiva.<sup>125</sup>

---

condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este;

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

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

<sup>123</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-336 de 2008.

<sup>124</sup> Anexo 6.

<sup>125</sup> Como fundamento de su decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: “No cabe ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Así, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1 del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. La obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho

v) En forma posterior, mediante la Sentencia C-283 de 2011<sup>126</sup>, la Corte constitucional declaró condicionalmente exequibles “los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo.”<sup>127-128</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Constitucional, ha cumplido una importante labor integradora<sup>129</sup> del ordenamiento jurídico colombiano frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo. Según como se

---

y por tanto debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales. (...) (...)

(...) (...)En el presente caso la Corte se enfrenta a una ley que confiere un tratamiento diferenciado en materia de derechos y deberes patrimoniales a los miembros de la pareja heterosexual respecto de los miembros de la pareja homosexual. El tratamiento diferenciado representa, un notable déficit de protección en materia de garantías para el cumplimiento de la obligación alimentaria. La Corporación estima que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual.”

<sup>126</sup> Anexo 7.

<sup>127</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-283 de 2011.

<sup>128</sup> Como fundamento de su decisión, la Corte Constitucional, manifestó lo siguiente: “la Sala debe reiterar en este caso su jurisprudencia sobre la protección y derechos de las parejas del mismo sexo, en el campo patrimonial, razón por la que debe concluir que la posibilidad de obtener lo que el código civil define como “porción conyugal” no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden como una opción de vida convivir en pareja y hacer un proyecto de vida en común con una vocación de permanencia y de forma singular, en la medida en que la finalidad de esta figura es, como ya se indicó en otros apartes de esta providencia, equilibrar y compensar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común. Extender la garantía de la “porción conyugal” a estas parejas, es una forma de proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el principio de no discriminación de estas uniones, que al igual que las heterosexuales no cuentan con una protección efectiva en lo que al tema patrimonial se refiere.

Por tanto, ha de entenderse que el miembro supérstite de la pareja del mismo sexo tendrá derecho a ser llamado o llamada como titular de la “porción conyugal” dentro de la sucesión de su compañero o compañera, en los términos y condiciones en que esta figura está regulada en los preceptos acusados.”

<sup>129</sup> Sobre el contenido y alcance de las sentencias integradoras, la Corte Constitucional, ha manifestado que: “Es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Tales sentencias cobran particular importancia frente a problemas constitucionales relacionados con una diferencia de trato injustificado o con un déficit de protección de sujetos específicos, por cuanto se caracterizan, por producir una extensión de un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en ellas, que de otra forma serían inconstitucionales. Por virtud de tales providencias los contenidos normativos se condicionan a ser entendidos en un sentido específico, acorde con la Constitución Política.” (Auto-256 de 2009)

expuso previamente, tal protección ha alcanzado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una unión homosexual.<sup>130</sup>

En este punto se reitera que, los condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional en el marco del control abstracto de exequibilidad que ejerce sobre las disposiciones sometidas a su conocimiento, **hace parte indecible de la ley**. En consecuencia, todos los operadores jurídicos se encuentran obligados a aplicar las normas estudiadas mediante las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008 y C-283 de 2011, conforme a lo decidido por dicha Corporación so pena de incurrir en arbitrariedad.<sup>131</sup>

Adicionalmente, debe considerarse que la *ratio decidendi* de los fallos previamente expuestos, también cuenta con efectos vinculantes. Es así como constituye un importante precedente constitucional frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.

Es claro que la regla judicial aplicada en las sentencias bajo análisis para dar solución a los problemas jurídicos planteados, consiste en que no existe un fundamento razonable y objetivo para asignarle un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo frente a la protección de los derechos patrimoniales y sociales que pueden derivarse de las uniones maritales de hecho. Por tanto, el déficit de protección legal existente frente a dicho aspecto, debe ser subsanado mediante la integración al ordenamiento judicial de la opción sexual en cuestión. Lo anterior ha tenido lugar mediante las decisiones previamente analizadas y, según como se expuso en apartados anteriores, constituye un criterio vinculante para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador.

En este punto resulta importante precisar que aunque el precedente previamente expuesto no resulta inmutable, su modificación se encuentra sometida al estricto cumplimiento de una carga argumentativa superior (principio de razón suficiente). Además, no podría desconocer el principio constitucional de progresividad. Por tanto resultarían contrarias a la Carta las reglas legislativas, judiciales o administrativas, que pretendieran establecer una regresión en el marco de protección establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.

#### **b. Condiciones que determinan el acceso del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente**

Según como se expuso previamente, mediante la Sentencia C-336 de 2008 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones cónyuge y compañero o compañera permanente, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Lo

---

<sup>130</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-336 de 2008.

<sup>131</sup> Al respecto: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-836 de 2004.

anterior, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo en este acápite resulta evidente que, con la emisión del fallo en cuestión, en el ordenamiento jurídico colombiano se reconoció que el compañero supérstite de una unión homosexual podía acceder a la pensión de sobreviviente.

Conforme con lo anterior, mediante el presente apartado, se realizará un estudio de los fallos de tutela que ha proferido la Corte Constitucional en sede de revisión sobre la forma en que debe aplicarse lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008. Esto permitirá demostrar que, el ordenamiento jurídico colombiano, ofrece plena certeza en relación con la forma en que los compañeros supérstites de estas uniones pueden acceder a la pensión de sobrevivientes. Además se establecerá que, en dicho contexto, el señor Ángel Alberto Duque se encuentra legitimado para obtener el reconocimiento de dicha prestación en caso de que acredite los requisitos generales para ello.<sup>132</sup> Veamos:

**i) Sentencia T-1241 de 2008.**<sup>133</sup> Mediante dicho fallo se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Para fundamentar su petición, el accionante narró que convivió con su pareja por más de 30 años, hasta el 7 de octubre de 1999, fecha en la que falleció.

Con motivo de este hecho, el accionante procedió a requerir ante la entidad correspondiente el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Su solicitud fue despachada desfavorablemente. En consecuencia, procedió a instaurar acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales.

El trámite en cuestión, fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional. Conforme con los hechos, dicha Corporación, estableció que en su fallo se pronunciaría sobre: **(i)** la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de derechos pensionales y **(ii)** los requisitos necesarios para que el compañero supérstite de una unión entre personas del mismo sexo accediera a la pensión de sobrevivientes.<sup>134</sup>

En relación con el primer problema jurídico planteado, la Corte Constitucional, estableció que la solicitud de amparo en cuestión resultaba procedente debido a la

---

<sup>132</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

<sup>133</sup> Anexo 8.

<sup>134</sup> Al respecto, en la Sentencia T-1241 de 2008, se estableció lo siguiente: “Bajo las condiciones antedichas la Sala de Revisión deberá establecer si el actor reúne las condiciones necesarias para reclamar a través de la acción de tutela la pensión de sobreviviente causada por su compañero permanente. Esto implica que, en primer lugar, la Corte reitere los criterios a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de acreencias laborales. También, más adelante, estudiará la naturaleza y las condiciones para acceder a la prestación y analizará los criterios constitucionales de protección de los derechos prestacionales de las parejas del mismo sexo.”

situación grave y urgente que afrontaba el accionante. Esto, en razón a su avanzada edad y a la condición de vulnerabilidad en la que se encontraba.<sup>135</sup>

Frente a las cuestiones referentes al reconocimiento del derecho pensional la Corte Constitucional reconoció que mediante la Sentencia C-336 de 2008 se estableció la posibilidad de que el compañero supérstite de una pareja del mismo sexo se otorgara la pensión de sobreviviente.<sup>136</sup> A pesar de lo anterior determinó que, frente al caso concreto, no había lugar a que se concediera el amparo reclamado. Lo anterior, por cuanto el actor no había acreditado la unión que alegaba como fundamento de su solicitud. Al respecto, en la decisión en cuestión, se manifestó lo siguiente:

“Sin embargo, a pesar de lo expuesto, teniendo en cuenta las diferentes herramientas de convicción allegadas al expediente, la Sala confirmará la decisión del juez de instancia. Ello por cuanto en este asunto no fue certificada la existencia de la unión de hecho alegada por el actor. Recordemos que en la sentencia C-336 citada, se argumentó que la ampliación de los derechos de las parejas homosexuales no implica que éstas no deban probar su existencia. De hecho, la sentencia C-521 de 2007 se refirió al asunto con el siguiente razonamiento: “La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto”.”<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-1241 de 2008, se estableció que: “La Sala considera que el escenario descrito por el actor cumple con las condiciones para justificar la procedencia transitoria de esta acción de tutela para reclamar la acreencia laboral. Sin embargo, a pesar de la importancia que tienen dichos argumentos para definir la existencia de los elementos del perjuicio irremediable, ninguna de las afirmaciones fue controvertida o refutada. En efecto, del expediente se puede inferir que las afirmaciones del actor, relativas a su status socio económico actual, no han perdido fuerza alguna y que la vulnerabilidad descrita logra acreditar la inminencia y la gravedad del perjuicio, así como la urgente necesidad de buscar una posible solución a sus requerimientos.”

<sup>136</sup> Al respecto, en la Sentencia T-1241 de 2008, se dispuso lo siguiente: “Así pues, nótese que en la actualidad es inconstitucional excluir a las parejas del mismo sexo del acceso a la pensión de sobreviviente, en razón a su condición sexual. La Corte, en varias providencias de constitucionalidad, ha aclarado que no existen fundamentos jurídicos legítimos a partir de los cuales se pueda sostener que dicha prestación (así como otros beneficios de la seguridad social) está limitada exclusivamente a las uniones heterosexuales sino que, en aplicación directa de la Constitución Política y con el objeto de corregir el déficit y la discriminación de dichos sujetos, la misma debe extenderse en iguales condiciones a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo. Por tanto, a partir de tales fundamentos, la Sala rechaza tajantemente la interpretación que la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares efectuó sobre el orden de beneficiarios para acceder a la prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, 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, permitiendo dentro del régimen prestacional de la fuerza pública 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.”

<sup>137</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1241 de 2008.

Como puede verse, en la Sentencia T-1241 de 2008 la Corte Constitucional negó el amparo reclamado. Para ello adujo que en el expediente no obraban pruebas suficientes para acreditar la unión entre el accionante y el causante. Para fundamentar su decisión, dicha Corporación recurrió a la Sentencia C-521 de 2007. En ella se establecía que la unión homosexual debía ser acreditada mediante declaración de los interesados ante notario público, para efectos de que un individuo vincule como beneficiario del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a su pareja del mismo sexo. Esa fue la regla judicial implementada, para fallar negativamente el caso bajo análisis (*ratio decidendi*).

**ii) Sentencia T-911 de 2009.**<sup>138</sup> A través del fallo en cuestión, se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Como fundamento de su solicitud, el accionante narró que convivió con su pareja por más de 26 años, hasta el 6 de julio de 2007, fecha en la que falleció.

Con motivo de este hecho, el accionante procedió a requerir a la entidad correspondiente el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Su solicitud fue despachada negativamente. Por tanto, procedió a instaurar acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales.

El trámite en cuestión fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional. De acuerdo con los hechos expuestos por las partes en litigio, dicha Corporación estableció que en su fallo se pronunciaría sobre: **(i)** la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de derechos pensionales, **(ii)** la forma en la que se debe acreditar la unión entre personas del mismo sexo y **(iii)** el marco temporal de aplicación de la Sentencia C-336 de 2008.<sup>139</sup>

En relación con los efectos temporales de la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional, señaló que dicho fallo sólo resultaba aplicable a los casos en que la muerte del causante hubiere ocurrido con posterioridad a su emisión. El texto de la Sentencia T-911 de 2009, en lo relevante, es el siguiente:

“En primer término, y como quedó explicado en el punto anterior, es imperioso recordar que no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007.

---

<sup>138</sup> Anexo 9.

<sup>139</sup> Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-911 de 2009, se estableció: “Para resolver sobre el presente asunto la Corte: i) examinará la procedencia de la acción de tutela en casos en los que se busca el otorgamiento de pensiones; ii) hará un recuento sobre el alcance de los derechos que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en cabeza de las parejas integradas por dos personas del mismo sexo; iii) analizará lo atinente a la forma de comprobar convivencia suficiente para efectos de tener derecho a la pensión de sobrevivientes; iv) examinará el marco temporal de vigencia de las anteriores decisiones, y (v) a partir de lo anterior, abordará y resolverá el caso concreto.”

Esta sola consideración es suficiente para descartar totalmente la posibilidad de conceder el amparo frente al caso aquí planteado y haría innecesario recabar sobre otras razones que igualmente conducirían en la misma dirección.”

El estudio de la decisión en cuestión permite concluir que, la regla judicial implementada para fallar negativamente el caso bajo análisis (*ratio decidendi*), se encontraba referida a la inaplicación de la Sentencia C-336 de 2008 a los casos en que deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo. Fue este el criterio que sirvió de base para que el juez de tutela despachara desfavorablemente las pretensiones del accionante.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional manifestó que con fines ilustrativos se pronunciaría sobre: (i) la procedencia de la acción de tutela para la reclamación de derechos pensionales y (ii) la forma en que debía acreditarse la existencia de las uniones del mismo sexo. En relación con la primera cuestión, en la Sentencia T-911 de 2009, se estableció lo siguiente:

“De otra parte, en lo que atañe a sus actuales condiciones personales, y según lo que él mismo informó al despacho de primera instancia, el señor Corredor Palacios es ingeniero profesional, tiene a la fecha 42 años de edad, no presenta ninguna disfunción o quebranto de salud que le inhabilite para trabajar y tampoco tiene personas a su cargo, razones que refuerzan la convicción de que no resulta merecedor de un trato privilegiado o especial que le habilite para recibir, por vía de tutela, la pretendida pensión de sobrevivientes. Estas consideraciones, lejos de ser improcedentes o contrarias al principio de la buena fe, como lo estimó la apoderada del actor, resultan enteramente atinadas, pues en efecto, de lo que de ellas resulte, dependería la procedencia o no de la acción de tutela frente a reclamaciones como la aquí analizada.

En la misma línea, también es importante considerar la clara procedencia de acciones legales, tanto para la declaratoria de la unión marital de hecho (que en este caso el actor ya puso en marcha), como para cuestionar ante el juez competente la negación del derecho pensional. En tales condiciones esta tutela resulta improcedente también, por no atender al principio de subsidiariedad.”

Como puede verse la Corte Constitucional esgrimió, como argumento adicional, que el accionante no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que convirtiera en ineficaces a los recursos ordinarios a su disposición. Por tanto, constituye un *obiter dicta* de la Sentencia T-911 de 2009.

Además, la Corte Constitucional, se pronunció sobre la forma en que debían acreditarse las uniones entre personas del mismo sexo. Sobre el punto en cuestión, manifestó que:

“Por todo lo anterior, aun cuando las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008, entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la

entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios.”<sup>140</sup>

La cita expuesta evidencia que en la decisión bajo análisis la Corte Constitucional presentó, como un argumento adicional, consideraciones sobre la forma en que debía probarse la unión entre personas del mismo sexo. Como puede verse, manifestó que ello debía tener lugar mediante declaración de los interesados ante notario público. Resulta pertinente precisar que tal afirmación constituye un *obiter dicta* de la Sentencia T-911 de 2009, pues no constituye la regla judicial aplicada por el fallador para despachar desfavorablemente la solicitud de amparo realizada por el accionante.

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, reiteraron la procedencia excepcional de tutela para reclamar el reconocimiento de derechos pensionales, cuando se acredite un perjuicio irremediable que torne en ineficaces a los recursos ordinarios (reiteración del precedente). Adicionalmente, establecieron las siguientes reglas judiciales: (i) la unión entre parejas del mismo sexo, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobreviviente, debía probarse mediante declaración ante notario público de los interesados. (ii) La Sentencia C-336 de 2008 no resultaba aplicable a los casos en que, el fallecimiento del causante que da lugar a la solicitud del derecho pensional, ocurrió de manera previa a su emisión.

**iii) Sentencia T-051 de 2010.**<sup>141</sup> En dicho fallo, se acumularon 3 casos, cuyo sustrato fáctico era el siguiente:

- El accionante expuso que convivió con su pareja durante 11 años, hasta el día 10 de febrero de 2008, fecha en la que falleció. Conforme con ello, en su calidad de compañero supérstite del causante, procedió a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Para ello, aportó declaraciones juramentadas realizadas por terceros, en las que se daba fe de la unión. Su solicitud fue despacha desfavorablemente.
- El accionante manifestó que convivió con su pareja desde el año 2001, hasta el día 21 de mayo de 2007, fecha en la que murió. En consecuencia, dada su calidad de compañero supérstite del causante, procedió a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Su solicitud fue negada.
- El accionante expuso que convivió con su pareja durante 34 años, hasta el día 15 de septiembre de 2008, fecha en la que murió. Conforme con ello, en su calidad de compañero supérstite del causante, procedió a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Para ello, aportó declaración juramentada realizada por un tercero, en la que se daba fe de la unión. Su solicitud fue despacha desfavorablemente.

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-911 de 2009.

<sup>141</sup> Anexo 10.

En los casos previamente descritos, la negativa al reconocimiento del derecho reclamado por parte de las entidades accionadas, se fundó principalmente en las siguientes razones: (i) inaplicación de la Sentencia C-336 de 2008 a los casos en que el deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo y (ii) la ausencia de una declaración ante notario público de los interesados para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional consideró que debía pronunciarse sobre: (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de derechos pensionales, (ii) la forma en la que se debe acreditar la unión entre personas del mismo sexo, (iii) el marco temporal de aplicación de la Sentencia C-336 de 2008 y (iv) la imposibilidad de que las entidades públicas o privadas exijan requisitos adicionales a los establecidos en el ordenamiento jurídico nacional para el reconocimiento del derecho pensional al compañero supérstite de una unión homosexual.<sup>142</sup>

En relación con la procedencia de la acción de tutela frente a los casos bajo examen la Corte Constitucional consideró que la situación especial que exponía cada uno de los accionantes, hacía meritoria la intervención del juez de amparo. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-051 de 2010, se dispuso:

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

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

---

<sup>142</sup> El texto de la Sentencia T-051 de 2010, en lo relevante, es el siguiente: “Teniendo en cuenta los antecedentes referidos, para resolver los asuntos puestos a consideración de la Sala resulta necesario establecer si las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones desconocen el derecho de compañeros y compañeras permanentes homosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se sujetan los compañeros permanentes heterosexuales así como su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo:

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente; Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual.”

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

Como puede verse la Corte Constitucional encontró que, frente a los casos bajo examen, la acción de tutela resultaba procedente. Esto, en razón a que superaban la controversia sobre el reconocimiento de un derecho pensional, para recaer sobre la necesidad de dar efectiva protección a derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso administrativo. Adicionalmente, se tomaron en cuenta las especiales condiciones en las que se encontraban los accionantes.

A su vez, en la Sentencia T-051 de 2010, se estableció expresamente que: “bajo aplicación del principio de interpretación *pro homine*, (la Corte Constitucional) **se apartar(ía)** de lo decidido por las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en las sentencias T-1241 de 2008 y en la sentencia T-911 de 2009”<sup>143</sup>. Lo anterior, en relación con los problemas jurídicos referidos a: (i) la forma en la que se debe acreditar la unión entre personas del mismo sexo y (ii) el marco temporal de aplicación de la Sentencia C-336 de 2008.

Para fundamentar la anterior determinación la Corte Constitucional expuso razones jurídicas de peso. A partir de éstas se evidenció que las reglas judiciales derivadas de las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, frente a los problemas jurídicos planteados en el párrafo anterior, partían de una interpretación restrictiva del contenido y alcance de la Sentencia C-336 de 2008.

Para la Corporación las hermenéuticas contenidas en dichas decisiones de revisión, impedían que el fallo de exequibilidad bajo análisis tuviera el alcance que le correspondía de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, frente a la satisfacción del derecho a la igualdad respecto de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo. El texto de la Sentencia T-051 de 2010, en lo relevante, es el siguiente:

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

---

<sup>143</sup> Aparte corregido mediante Auto -075 de 2011.

reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C-336 de 2008. De lo contrario, incurren en prevaricato por acción.

(...)(...)

Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional (sentencias T-1241 de 2008 y T-016 de 2010) al igual que varias Administradoras de los Fondos de Pensiones han considerado que a la exigencia fijada en la sentencia C-521 de 2007 a la cual remite la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 debe dársele una interpretación restrictiva y con sustento en dicha interpretación han negado el derecho de las personas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente pues al haber muerto uno de los compañeros permanentes, es imposible cumplir con la exigencia de conformidad con la cual ambos compañeros o compañeras permanentes deben acudir ante notario para acreditar la permanencia y singularidad de su relación.

Encuentra la Sala que frente a esta interpretación restrictiva que impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión, existe otra posibilidad de interpretación más compatible con las circunstancias que dan lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y más acorde con lo dispuesto por la Constitución y por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos así como con las Recomendaciones 112 y 113 que frente a Colombia emitiera el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.”<sup>144</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Constitucional se apartó de manera explícita y razonada del precedente fijado mediante las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, al considerar que las hermenéuticas derivadas de dichos fallos resultaban contrarias al principio *pro persona*. Esto en razón a que partían de una interpretación restrictiva de la Sentencia C-336 de 2008, que afectaba sin justificación la satisfacción de la igualdad y el debido proceso, respecto de la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo.

Conforme con lo anterior, en la Sentencia T-051 de 2010, se reconceptualizaron las reglas judiciales dispuestas en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009. Lo anterior por cuanto se estableció que la Sentencia C-336 de 2008 resultaba aplicable a los casos en que el fallecimiento del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo. Además concluyó que, para acreditar la unión entre personas del mismo sexo, no era indispensable presentar una declaración ante notario público de los interesados. En consecuencia, en el fallo bajo análisis, se dispuso:

“(...) (...) las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad

---

<sup>144</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-051 de 2010.

de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales:

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demonstrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente –Expedientes T-2.292.035 y T-2.299.859–; al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual –Expediente T-2.299.859–;

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con la excusa de que el compañero o compañera homosexual no ha llenado un requisito, no ha adelantado un trámite o no ha aportado una prueba cuyo cumplimiento sin embargo no es exigido por la legislación vigente –Expediente T-2.386.935–.

Por los motivos antes expresados, la Sala concederá el amparo invocado y ordenará a las entidades demandadas que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de la presente providencia reconozcan y paguen la pensión de sobreviviente de los peticionarios.<sup>145</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, mediante la Sentencia T-051 de 2010 se concedió el amparo reclamado en los tres casos acumulados. Para ello, la Corte Constitucional se apartó de lo establecido mediante las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009.

Lo anterior, al establecer como reglas judiciales para decidir los casos bajo análisis (*ratio decidendi* de la Sentencia T-051 de 2010), las siguientes: (i) la Sentencia C-336 de 2008 resulta aplicable a los casos en que el fallecimiento del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo. (ii) No es indispensable probar la unión entre personas del mismo sexo mediante la declaración ante notario público de los interesados.

Adicionalmente, la Corte Constitucional estableció que la Sentencia T-051 de 2010, contaba con efectos *inter comunis*. Esto con la finalidad de proteger los derechos de las demás personas que podían encontrarse en la misma situación de los accionantes. Conforme con lo anterior, en el fallo bajo análisis, se dispuso lo siguiente:

“La situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, es la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello. Justo por ese motivo, procederá la Corte a dictar un grupo de órdenes con efectos intercomunis, es decir, las órdenes que proferirá la Sala

---

<sup>145</sup> *Ibidem*.

en esta sede se harán extensivas a todas las personas homosexuales que – encontrándose en las mismas o en similares situaciones a las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia– pretendan hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales.

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

(...)(...)

Esta decisión tendrá efectos inter comunis, por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado. Oficiese.”<sup>146</sup>  
(Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, con la Sentencia T-051 de 2010 se adoptaron medidas adecuadas para garantizar que los compañeros supérstites de las parejas del mismo sexo, tengan acceso a la pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones de las parejas heterosexuales. Se trata de las reglas judiciales referidas a: (i) la aplicación de la Sentencia C-336 de 2008 a los casos en que el deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo y (ii) al reconocimiento de medios de prueba distintos a la declaración ante notario público de los interesados para acreditar la unión entre personas del mismo sexo. Dichos preceptos, constituyen precedente (vinculante), para los casos análogos que surjan de manera posterior. Además, lo decidido en la sentencia de tutela bajo análisis, cuenta con efectos *inter comunis*. Por tanto, resulta aplicable a los sujetos que se encuentren en la misma situación de los accionantes.

En este punto resulta indispensable precisar que resultan equivocadas las apreciaciones de los representantes de la presunta víctima, fundadas en las sentencias T-1241 de 2008, T-911 de 2009 y T-051 de 2010, consistentes en que en el ordenamiento jurídico colombiano existen “dos interpretaciones constitucionales válidas sobre la forma de probación de las parejas del mismo sexo para el acceso a la pensión de sobrevivientes, así como de los efectos de la sentencia C-336 de 2008”<sup>147</sup>.

Tal afirmación desconoce el alcance y valor del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano. Según como se expuso previamente, la modificación o reconceptualización de la jurisprudencia no conduce a la falta de certeza del ordenamiento jurídico. Esto en razón a que, su variación, conlleva la pérdida de

---

<sup>146</sup> Ibídem.

<sup>147</sup> ESAP. Párr. 34.

vigor de la regla judicial preexistente frente a la entrada en vigencia de la posterior.

Entonces, con la emisión de la Sentencia T-051 de 2010, perdieron vigencia las hermenéuticas establecidas mediante las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, sobre los efectos temporales de la Sentencia C-336 de 2008 y la forma en que debía ser probada la unión entre personas del mismo sexo. Es así como las reglas judiciales controlantes para los problemas jurídicos planteados, frente a los casos similares y sucesivos, son las establecidas mediante el fallo del 2010.

Lo anterior por cuanto en ningún caso el operador jurídico está autorizado para seleccionar, de acuerdo a su parecer, cualquiera de las reglas judiciales que han regulado el escenario constitucional que caracteriza la línea jurisprudencial. En todos los casos se tiene la obligación de retomar a la *ratio decidendi* de la sentencia dominante que, de manera previa, ha regulado los supuestos de hecho planteados.<sup>148</sup>

De esta forma, con posterioridad a la emisión de la Sentencia T-051 de 2010, tenía que darse aplicación al precedente establecido mediante dicha decisión. En consecuencia debía reconocerse que lo dispuesto la Sentencia C-336 de 2008 cobijaba a los casos en que el fallecimiento del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo. Además, tenía que admitirse la prueba de la unión homosexual, por medios distintos a la declaración de los interesados ante notario público. Lo expuesto evidencia que contrario a lo afirmado por los representantes de las presuntas víctimas, en Colombia no existen dos interpretaciones válidas y vigentes en relación con los puntos de derecho previamente referidos.

En este punto es importante resaltar que, el precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010 ha sido reiterado por la Corte Constitucional de manera consistente hasta la fecha. Veamos:

**iv) Sentencia T-592 de 2010<sup>149</sup>.** Mediante el fallo en cuestión se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Para fundamentar su solicitud el accionante indicó que convivió con su pareja durante 30 años, hasta el 25 de agosto de 2005, fecha en que falleció. Adicionalmente, informó que padecía de VIH.

Conforme con lo anterior, el accionante procedió a requerir el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional por parte de la entidad correspondiente. Su solicitud fue despachada negativamente, bajo el argumento consistente en que la Sentencia C-336 de 2008 no contaba con efectos retrospectivos. En consecuencia, procedió a instaurar acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales.

---

<sup>148</sup>Corte Constitucional Colombiana. Auto- 244 de 2012.

<sup>149</sup> Anexo 11.

Desde esta perspectiva la Corte Constitucional consideró que, para resolver el caso concreto, debía pronunciarse sobre: “(i) la procedencia excepcional de la tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales, tales como la pensión de sobrevivientes, haciendo énfasis en la protección especial con que cuentan los enfermos de SIDA (y) (ii) la pensión de sobrevivientes en las parejas del mismo sexo (...) (...)”<sup>150</sup>

En relación con la procedencia de la acción de tutela frente al caso concreto, la Corte Constitucional estableció que dada la patología que padecía el accionante resultaba indispensable la intervención del juez de amparo. Lo anterior, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.<sup>151</sup> Al respecto, en la Sentencia T-592 de 2010, se manifestó lo siguiente:

“En cuanto a la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela, tenemos que el demandante hace parte de un grupo de especial protección por parte del Estado pues padece VIH –SIDA, enfermedad que lo ha colocado en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre su vida misma, toda vez que este virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección, lo cual ha obstaculizado su normal desarrollo laboral. Así mismo, debe destacarse que el accionante, dado su padecimiento, presentaba una gran dependencia de su compañero permanente, quien le proporcionaba no solo ayuda afectiva sino también económica.

En el presente caso el solicitante se encuentra en condición de debilidad manifiesta, pues se trata de una persona que merece especial protección por parte del Estado, por su condición de portador de VIH -SIDA.

Lo anterior, permite inferir: i) la existencia de un perjuicio irremediable frente la negativa de la entidad accionada a reconocerle la sustitución pensional de su compañero permanente y; ii) que el procedimiento ordinario no es eficaz para la protección inmediata de sus derechos. En ese sentido, encuentra esta Sala procedente la presente acción de tutela como mecanismo de protección.”  
(Subrayas fuera del texto original)

Conforme con lo previamente expuesto, la Corte Constitucional procedió a analizar si en el caso concreto se le debía reconocer al accionante el derecho a la sustitución pensional. Para fundamentar su decisión, la Corporación en cuestión acudió al precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010. De esta forma, sobre los efectos temporales de la Sentencia C-336 de 2008, en la Sentencia T-592 de 2010 se concluyó que:

“La aplicación e interpretación restrictiva que vienen realizando tanto las autoridades administrativas y judiciales como de las Administradoras de los Fondos de Pensiones, respecto a lo establecido en la parte resolutive de la

---

<sup>150</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-592 de 2010.

<sup>151</sup> En este punto resulta relevante precisar que de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, tanto los portadores de VIH como las personas con SIDA, son sujetos de protección constitucional reforzada. Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-505 de 1992, T-613 de 2008 y T-676 de 2011, entre otras.

sentencia C-336 de 2008 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. Práctica que desconoce el carácter vinculante y obligatorio de las sentencias de constitucionalidad, dado su carácter erga omnes.

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, 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.” (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse, la Corte Constitucional retomó el precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010. En consecuencia, concluyó que la Sentencia C-336 de 2008 debía aplicarse a los casos en que el fallecimiento del causante se presentó de manera previa a que se profiriera dicho fallo de exequibilidad.

Del mismo modo en la Sentencia T-592 de 2010 se estableció que la unión entre personas del mismo sexo, podía acreditarse mediante cualquier medio probatorio con la aptitud necesaria para evidenciar tal situación. Al respecto, en el fallo bajo examen, se dispuso lo siguiente:

“Aplicando un trato igualitario a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, y en aras de hacer efectiva la sentencia de la Corte Constitucional cuando decidió proteger el derecho a la seguridad social en pensiones de las parejas del mismo sexo, la Sala considera que la interpretación más favorable respecto de los medios probatorios es la de hacer valederos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes<sup>152</sup>.

Hasta aquí, la Corte acepta como medio probatorio idóneo para probar la calidad de compañero permanente del causante, las declaraciones rendidas por los señores Héctor Sánchez Moreno y Carlos Moya Laverde, y las señoras María Mora de Avilán y Martha Moya Laverde manifestando “que conocen de vista trato y comunicación desde hace varios años al señor [Tadeo] (...) que por el conocimiento que tiene saben y les consta que vivió unión libre y bajo el mismo techo con el señor JOSE LISANDRO MOYA LAVERDE (...) desde hace 10 años, hasta la fecha del fallecimiento 25 de agosto de 2005”<sup>153</sup>.<sup>154</sup> (Subrayas fuera del texto original)

---

<sup>152</sup> Ver la sentencia T-051 del 2 de febrero de 2009.”

<sup>153</sup> En la resolución 0010203 del 14 de marzo de 2007 proferida por el ISS se señala que el actor adjunto con la solicitud pensional las declaraciones juramentadas mencionadas.”

<sup>154</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-591 de 2010.

A partir de la cita previamente expuesta se concluye que en la Sentencia T-592 de 2010, se retomó el precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010, en relación con la libertad de medios probatorios para acreditar la unión entre personas del mismo sexo. Por tanto, se descartó que para evidenciar tal situación resultará indispensable la declaración ante notario público de los interesados.

Conforme con los argumentos previamente expuestos la Corte Constitucional concedió el amparo reclamado por el accionante y, en consecuencia, ordenó el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional. Adicionalmente previno a la entidad accionada para que, en lo sucesivo, ajustara todos sus procedimientos internos a lo dispuesto en la Sentencia T-592 de 2010.

**v) Sentencia T-716 de 2011.**<sup>155</sup> En dicho fallo, se acumularon 2 casos en los cuales se negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Como fundamento de tal decisión la entidad accionada argumentó, respectivamente, que: **(i)** la Sentencia C-336 de 2008 fue proferida de forma posterior al fallecimiento del causante y **(ii)** que no se contaba con declaración de los interesados ante notario público.<sup>156</sup>

Conforme con lo anterior la Corte Constitucional consideró que, para resolver el caso concreto, debía pronunciarse sobre: **(i)** la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales y **(ii)** los requisitos necesarios para que el compañero supérstite de una unión entre personas del mismo sexo acceda a la pensión de sobreviviente.

Inicialmente, en la sentencia bajo análisis, la Corporación en cuestión encontró que en los dos casos acumulados resultaba indispensable la intervención del juez. Lo anterior, en razón a la precaria situación económica que afrontaban los accionantes. Por ello, concluyó que se contaba con elementos suficientes, para inferir la inminencia de un perjuicio irremediable.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Anexo 12.

<sup>156</sup> Al respecto, en la Sentencia T-716 de 2011, se estableció que: “De acuerdo con los antecedentes expuestos, se encuentra que los hechos que motivan el presente debate jurídico constitucional consisten en que las administradoras de pensiones demandadas negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, a partir de dos tipos de argumentos, relacionados con los efectos temporales de la sentencia C-336/08 y la necesidad, presuntamente derivada de ese mismo fallo, de la declaración notarial que dé cuenta de la conformación de unión marital entre las mencionadas parejas.”

<sup>157</sup> Al respecto, en la Sentencia T-716 de 2011, se dispuso lo siguiente: “(Expediente T-3.086.845) En segundo lugar, se encuentra que están suficientemente acreditados los requisitos de inminencia de perjuicio irremediable y de concurrencia de condiciones fácticas sobre la procedencia de la prestación. Así, se observa que la acción de tutela es reiterativa en afirmar que el actor dependía económicamente del causante, durante los 28 años que duró la relación familiar. Luego de su deceso, informa que su subsistencia se ha derivado de la caridad de algunos amigos, quienes le han provisto algún ingreso, que es del todo insuficiente. Además, en razón de su edad, no le ha sido posible ingresar al mercado laboral formal, del cual se excluyó en razón de asumir las tareas domésticas dentro de la unión marital con su extinto compañero. Estas condiciones, que no fueron desvirtuadas por la entidad demandada y que, a su vez, son reiteradas en las distintas declaraciones notariales extraproceto, dan cuenta del alto grado de necesidad con que el ciudadano Álvaro

Establecido lo anterior, la Corte Constitucional, procedió a pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos por las entidades accionadas para negar el reconocimiento del derecho pensional reclamado por los accionantes. En primera lugar, valoró las cuestiones referentes a los efectos temporales de la Sentencia C-336 de 2008.

Al respecto consideró que, conforme al precedente establecido mediante la Sentencia T-051 de 2010, no podía limitarse el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo a los casos en que el fallecimiento del causante se presentó con posterioridad a la emisión del fallo de exequibilidad previamente citado. El texto de la Sentencia T-716 de 2011, en lo relevante, es el siguiente:

“Ahora bien, asumido el estudio de los actos administrativos cuestionados, se tiene que el fundamento de la negativa a reconocer la prestación consistió en que el fallecimiento del pensionado tuvo lugar antes de la ejecutoria de la sentencia C-336/08. Así, se indicó que la muerte tuvo lugar el 10 de mayo de 2008 y dicha ejecutoria se verificó el 12 de junio de 2008, por lo que no resultaba procedente la prestación. Como es sencillo observar, esa decisión administrativa es diametralmente opuesta a los considerandos de la presente sentencia. Debe insistirse que los efectos de la sentencia C-336/08 no son constitutivos de una prestación económica particular, sino declarativos de una discriminación injustificada contra las parejas del mismo sexo. Esto indica que una vez promulgada la sentencia, hecho que acaeció el 16 de abril de 2008, las autoridades del Estado y los particulares, merced de lo ordenado en el artículo 243 C.P., están obligadas a cumplir con lo dispuesto en el fallo. Esto quiere decir que todas las actuaciones que deban adelantarse con posterioridad a la promulgación del fallo, deben tener en cuenta que el régimen legal de la pensión de sobrevivientes es igualmente predicable para los compañeros permanentes del mismo sexo.”

---

requiere de la prestación económica que le prodigaba su pareja, en tanto presupuesto material para su subsistencia en condiciones dignas.

(...)(...)

(Expediente T-3.093.950) Respecto de la estructuración del perjuicio irremediable, la Sala encuentra que en la declaración formulada por la actora ante el juez de tutela de primera instancia, transcrita en los antecedentes de esta sentencia, la actora insiste en que dependía económicamente de la causante, en razón que estaba dedicada al mantenimiento del hogar y a atender el estado de salud de su pareja, el cual se vio significativamente deteriorado al finad de su vida. Agregó que su situación era precaria, al punto que se vio forzada a vivir con su hija ante la ausencia de recursos, los cuales no podría acceder de otro modo puesto que a su edad, que actualmente es de 60 años, no puede obtener un vínculo laboral formal.

Estas circunstancias, de manera similar al caso anterior, permiten concluir a la Sala que, contrario a lo afirmado por el Tribunal de segunda instancia, en el caso planteado se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable. En efecto, a través de declaración cuyo contenido no fue desvirtuado dentro del proceso, la actora demostró que convivía con la ciudadana Juana, que dependía económicamente de ella y que, a su vez, la carencia de los ingresos que aportaba su compañera al núcleo familiar, sumado a su condición de adulta mayor, la obligaban a depender de otros familiares para lograr su digna subsistencia. Estas solos hechos hacen inferir que el mecanismo judicial ordinario no resulta lo suficientemente expedito para conjurar el riesgo descrito.”

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

Como puede verse nuevamente la Corte Constitucional estableció como regla judicial para definir el asunto sometido a su conocimiento (*ratio decidendi*) que la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una unión entre personas del mismo sexo, debía reconocerse en los casos en que el fallecimiento del causante ocurrió de manera previa a la emisión de la Sentencia C-336 de 2008.

En segundo lugar conforme con lo establecido en la Sentencia T-051 de 2010 la Corte Constitucional concluyó que la negativa al reconocimiento del derecho pensional reclamado, no podía fundarse en la ausencia de una declaración ante notario público de los interesados. Lo anterior por cuanto tal situación podía probarse por cualquier medio idóneo para evidenciar la convivencia permanente entre los integrantes de la pareja. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-716 de 2011, se dispuso que:

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

Lo expuesto evidencia que la Corte Constitucional estableció una vez más como regla judicial para resolver el caso (*ratio decidendi*), la posibilidad de acreditar la unión homosexual por medios distintos a la declaración de los interesados ante notario público. Por tanto, la ausencia de ese elemento, no podría conducir a la negativa frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja compuesta por personas del mismo sexo.

Conforme con lo anterior en la Sentencia T-716 de 2011, mediante la reiteración del precedente establecido con la Sentencia T-051 de 2010, se otorgó el amparo reclamado en los dos casos acumulados. En consecuencia, se

ordenó a la entidad accionada proceder al reconocimiento y pago del derecho pensional requerido.<sup>158</sup>

vi) **Sentencia T-860 de 2011.**<sup>159</sup> Mediante el fallo en cuestión se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Para fundamentar su solicitud el accionante indicó que convivió con su pareja durante más de 10 años, hasta el 18 de diciembre de 1998, fecha en la que falleció. De acuerdo con lo previamente expuesto, el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la entidad correspondiente. Para ello, aportó declaraciones juramentadas realizadas por terceros en las que se daba fe de la unión.

Su solicitud fue despachada negativamente, bajo el argumento consistente en que el ordenamiento jurídico no reconocía ese derecho frente a las uniones entre parejas del mismo sexo. En consecuencia, procedió a instaurar acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales. En ella, informó que padecía VIH/SIDA.

Conforme con lo anterior la Corte Constitucional estableció que, para resolver el caso concreto, debía pronunciarse sobre los siguientes aspectos: “(i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, (ii) el requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela y sus excepciones en la jurisprudencia constitucional, (iii) el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los miembros de las parejas del mismo sexo en la sentencia C-336 de 2008, (iv) la aplicación en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008 y (v) el régimen probatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los miembros de una pareja del mismo sexo.”<sup>160</sup>

Inicialmente la Corte Constitucional encontró que, frente al caso concreto, resultaba indispensable la intervención del juez de tutela. Lo anterior, en razón a la precaria situación económica que afrontaba el accionante y la patología que padecía. En consecuencia, la Corporación, concluyó que se contaba con elementos suficientes para inferir la inminencia de un perjuicio irremediable. Esto, convertía en ineficaces a los mecanismos judiciales ordinarios.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> La Corte Constitucional, mediante Auto 022 de 2013, despacho desfavorablemente la solicitud de nulidad de la Sentencia T-716 de 2011. Esto, al considerar que dio fallo en modo alguno incurrió en el cambio irregular del precedente. El texto de la decisión, en lo relevante, es el siguiente: “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.”

<sup>159</sup> Anexo 13.

<sup>160</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-860 de 2011.

<sup>161</sup> Al respecto, en la Sentencia T-860 de 2011, se dispuso que: “Contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no

A su vez, en la Sentencia T-860 de 2011, se concluyó que la acción de tutela de la referencia resultaba oportuna, a pesar de que el causante falleció en el año 1998. Para fundamentar lo anterior la Corte Constitucional consideró que frente al caso concreto persistía la grave afectación de los derechos fundamentales del accionante. Además consideró que, dada la situación de debilidad manifiesta en que se encontraba la presunta víctima, resultaba desproporcionada la aplicación estricta del principio de inmediatez. Conforme con lo previamente expuesto, se decidió que la solicitud de amparo resultaba procedente.<sup>162</sup>

Zanjadas las cuestiones anteriores, la Corte Constitucional reiteró que mediante la Sentencia C-336 de 2008 se reconoció que el compañero supérstite de una unión de parejas del mismo sexo tiene derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, en las mismas condiciones que un integrante de una unión heterosexual. Desde esta perspectiva concluyó que, negarle al accionante la pensión de sobreviviente a causa de su orientación sexual, resultaba violatorio de sus derechos fundamentales.<sup>163</sup>

A su vez, en relación con los efectos en el tiempo de la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional retomó los argumentos expuestos en la Sentencia T-592 de 2010.<sup>164</sup> Además, amplió sus consideraciones al respecto, exponiendo que la

---

resultaría eficaz pues no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del actor, quien se encuentra en una situación de debilidad manifiesta debido a que padece de VIH-SIDA y, por ello, no posee empleo ni renta alguna, razón por la cual vive en precarias condiciones “de la asistencia social y familiar”. Como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la carencia de ingresos económicos y el mal estado de salud, más específicamente aquel ocasionado por el VIH-SIDA, son razones suficientes para que el amparo proceda de forma definitiva cuando se solicita la pensión de sobrevivientes.”

<sup>162</sup> Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-860 de 2011, se estableció lo siguiente: “Así, en el caso del señor AA salta a la vista que, a pesar del paso del tiempo, la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales permanece, es decir, continúa y es actual pues sigue sin disfrutar de la pensión de sobreviviente a la que argumenta tener derecho, lo que lo ha llevado a vivir en precarias condiciones “de la asistencia social y familiar”. Recuérdese que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata, como se logra ver en el presente caso.

También advierte la Sala que, en el caso del señor AA, la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada su situación de debilidad manifiesta por la enfermedad que padece. Como se anotó con anterioridad, esta Corte ha inaplicado el requisito de la inmediatez frente a personas que padecen de VIH-SIDA.”

<sup>163</sup> El texto de la Sentencia T-860 de 2011, en lo relevante, es el siguiente: “Despejadas las dudas sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, encuentra la Sala que, tal como lo reconoció la sentencia C-336 de 2008, negarle el derecho a la pensión de sobrevivientes a una persona con base en que es miembro supérstite de una pareja del mismo sexo es ofrecerle un trato distinto de aquel que se otorga a las personas que conforman parejas heterosexuales; trato que resulta discriminatorio al no tener ningún fundamento razonable y objetivo. En ese sentido, dicha exclusión es violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad –que protege la libre opción sexual– y a la seguridad social. Ello fue precisamente lo que sucedió en el caso del señor AA pues el demandado le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con fundamento exclusivo en su orientación sexual homosexual.”

<sup>164</sup> Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-860 de 2011, se manifestó que: “Como se advirtió en la sentencia T-592 de 2010, “las autoridades administrativas y judiciales suelen negar la solicitud

aplicación del fallo de exequibilidad previamente citado se enmarcaba dentro del concepto de retrospectividad. Al respecto, en la Sentencia T-811 de 2011, se manifestó:

“En esta oportunidad la Sala agrega otra razón que fundamenta la posibilidad que tiene el miembro supérstite de la pareja del mismo sexo de solicitar la pensión de sobrevivientes a pesar de que la muerte de su compañero(a) haya acaecido con anterioridad a la notificación de la sentencia C-336 de 2008.

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. (...) (...)

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

Así las cosas, si no existe en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no constituye una razón admisible para negarle al miembro supérstite la pensión de sobrevivientes. (...) (...)

---

de pensión de sobrevivientes a las personas miembros de un pareja 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” y, por tanto, otorgárselas constituiría una aplicación retroactiva de la sentencia de constitucionalidad.

Al respecto, en la mencionada sentencia de tutela se indicó 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”

(...) (...) Como se explicó con anterioridad, esto no constituye una aplicación retroactiva de la sentencia C-336 de 2008 pues en el caso sub judice no existe ninguna situación jurídica consolidada que se vea desconocida. Es, simplemente, la consecuencia del efecto inmediato y hacia el futuro de la sentencia de constitucionalidad mencionada, el cual incluye el efecto retrospectivo que permite modificar las situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado.”

Como puede verse, la Corte Constitucional, implementó como regla judicial para definir el caso concreto (*ratio decidendi*) la aplicación retrospectiva de dicho fallo. En consecuencia determinó que resultaba infundada la negativa al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, bajo el argumento consistente en que el fallecimiento del causante se había producido de manera previa a la emisión de la decisión de exequibilidad en cuestión. Conforme con los argumentos previamente expuestos, en la Sentencia T-860 de 2011, se adoptó la siguiente decisión:

“Así las cosas, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia y concederá el amparo de los derechos fundamentales del actor, lo que implica dejar sin efectos la resolución por medio de la cual el demandado le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales iniciar el trámite legal y reglamentario para reconocer, según la legislación que resulte aplicable, la pensión de sobrevivientes a AA a causa del fallecimiento de su compañero BB, desde el momento de la muerte de éste último; trámite en el que se deberá dar estricto cumplimiento a la jurisprudencia de esta Corte sobre el plazo para resolver de fondo las solicitudes de pensión, es decir, máximo cuatro (4) meses calendario.”  
(Subrayas fuera del texto original)

Adicionalmente, en la Sentencia T-860 de 2011, la Corte Constitucional reiteró que: “en el marco de la libertad probatoria, el miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes.”

**vii) Sentencia T-357 de 2013.**<sup>165</sup> Mediante el fallo en cuestión se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Para fundamentar su solicitud el accionante indicó que convivió con su pareja desde el 16 de junio de 2006, hasta el 5 de enero de 2012, fecha en la que falleció.

De acuerdo a lo previamente expuesto, el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por parte de la entidad correspondiente. Para ello, aportó declaraciones juramentadas realizadas por él y por terceros en las que se daba fe de la unión.

Su solicitud fue despachada desfavorablemente bajo el argumento consistente en que, para acreditar su unión, debía aportar la sentencia ejecutoriada que declarara

---

<sup>165</sup> Anexo 14.

la calidad de compañero permanente. En consecuencia, procedió a instaurar acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo previamente expuesto la Corte Constitucional estableció que, para resolver el caso concreto, debía pronunciarse sobre los siguientes aspectos: (i) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y (ii) el régimen probatorio para acreditar la unión entre personas del mismo sexo.

En relación con el primer punto, mediante la Sentencia T-357 de 2013 se estableció la procedencia de la solicitud de amparo en cuestión. Esto, en razón a que la actuación de la accionada, consistente en requerir al accionante que acreditara su calidad de compañero supérstite mediante sentencia declarativa ejecutoriada, podía caracterizarse como una violación al debido proceso administrativo respecto de la que se carecía de otros medios judiciales efectivos.<sup>166</sup>

Respecto al régimen probatorio aplicable al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo, en el fallo bajo análisis, se reiteró la regla judicial referida a la existencia de libertad probatoria para acreditar la existencia de la unión entre personas del mismo sexo (*ratio decidendi*). Al respecto, en las Sentencia T-357 de 2013, se manifestó:

“Ahora bien, una vez relacionados los documentos cuestionados, es preciso aclarar que los efectos de la sentencia C-336 de 2008 no son constitutivos de una prestación económica particular, sino declarativos de una discriminación injustificada contra las parejas del mismo sexo. Esto indica que una vez promulgada la sentencia, las autoridades del Estado y los particulares, están obligadas a cumplir con lo dispuesto en el fallo, es decir, que todas las actuaciones que deban adelantarse con el fin de reconocer prestaciones sociales, especialmente la pensión de sobrevivientes deben tener en cuenta que el régimen legal de ésta última, es igualmente predicable a los compañeros permanentes del mismo sexo.”

De esa forma, de conformidad con la providencia citada, como la exigencia a que se refiere la sentencia C-521 de 2007 fue pensada para solicitudes relacionadas con la afiliación en salud, más no para el caso de las pensiones de sobrevivientes, la Sala reitera que en estos casos quien reclame esta prestación goza de libertad probatoria, toda vez que una interpretación distinta impondría al compañero sobreviviente una carga imposible de cumplir por cuanto suele

---

<sup>166</sup> El texto de la Sentencia T-357 de 2013, en lo relevante, es el siguiente: “Contrario a lo sostenido por el juez de segunda instancia, esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no resultaría idóneo frente a la exigencia de protección inmediata de los derechos fundamentales del señor Yesid de Jesús Varela González, toda vez que el amparo solicitado se circunscribe a la no aceptación de las pruebas aportadas para el reconocimiento de la pensión por parte de la entidad accionada. En esa medida, al actor se le está pretermitiendo la instancia inicial y legal para que se estudie su pretensión de acceder al derecho prestacional. Esta circunstancia le permite a la Sala afirmar, que en el caso concreto se hace procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo por no contar el actor con otro medio de defensa idóneo para contrarrestar la violación al debido proceso administrativo causada con la actuación del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.”

ocurrir que la pareja fallezca sin que se haya podido acreditar la unión marital de hecho ante un notario.

Bajo ese entendido, en el presente caso es evidente que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., actuó en abierta contradicción con el precedente constitucional, debido a que se impone un tratamiento diferenciado, a través de la exigencia de requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, fundado en un criterio sospechoso de discriminación, como es la orientación sexual del solicitante Yesid de Jesús Varela González.” (Subrayas fuera del texto original)

Conforme con lo anterior, en la Sentencia T-357 de 2013, se ordenó a la entidad accionada que: “en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a evaluar y resolver de fondo sobre la procedencia o no del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el señor Yesid de Jesús Varela González, con fundamento en los documentos aportados dentro de la solicitud, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.”

**viii) Sentencia T-935 de 2014.**<sup>167</sup> Esta decisión resulta relevante frente al presente trámite internacional, en razón a que los representantes de la presunta víctima citan sus hechos en el Escrito de Argumentos Solicitudes y Pruebas.<sup>168</sup> A partir de ellos, insisten en la supuestas “diferencias jurisprudenciales entre el régimen probatorio aplicable y el tiempo de vigencia de la sentencia (C-336 de 2008)”<sup>169</sup> frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo. Según su apreciación, esto ha conducido a que en ocasiones las entidades correspondientes no otorguen el derecho en cuestión por “falta de legislación”.<sup>170</sup>

Expuesto lo anterior debe precisarse que, mediante la Sentencia T-935 de 2014, se resolvió la acción de tutela instaurada por el compañero supérstite de una unión homosexual. Para fundamentar su solicitud el accionante indicó que convivió con su pareja durante más de 15 años, hasta el 26 de mayo de 2013, fecha en la que falleció.

De acuerdo con lo previamente expuesto, el accionante requirió el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por parte de la entidad correspondiente. La petición fue despachada desfavorablemente, bajo el argumento consistente en que no existía norma que regulara el supuesto de hecho alegado por el solicitante. En consecuencia, el actor procedió a instaurar acción de tutela, reclamando la protección de sus derechos fundamentales.

Respecto del caso bajo examen, la Corte Constitucional encontró que no se configuraban los presupuestos de procedibilidad necesarios para que la acción de tutela del asunto resultara procedente. Esto, en razón a que el accionante contaba

---

<sup>167</sup> Anexo 15.

<sup>168</sup> Al respecto: Pie de página 42 del ESAP.

<sup>169</sup> ESAP. Párr. 61.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

con la posibilidad de controvertir la decisión adoptada por la entidad accionada, mediante la acción nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, de acuerdo con la actividad probatoria desplegada en sede de revisión, se encontró que respecto del caso concreto no verificaban elementos que evidenciaran la inminencia de un perjuicio irremediable. En este punto la Corte Constitucional encontró que, el accionante, ya recibía la “pensión gracia” de su compañero.

Conforme con lo anterior, mediante la Sentencia T-935 de 2014, se declaró la improcedencia de la acción de tutela bajo análisis. Ello, por cuanto desconocía el carácter subsidiario del amparo, de acuerdo con el artículo 86 Superior. En texto de la decisión, en lo relevante, es el siguiente:

“En el caso que ocupa a la Sala, se encuentra que el actor no ha acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para controvertir el contenido de las resoluciones 0222 del 14 de enero de 2014 y 1867 del 19 de marzo del mismo año. Dicha información fue suministrada por el señor González a través de comunicación enviada a esta Corporación el 11 de noviembre del 2014, en la que fue relatado lo siguiente, (...) 6. PROCESO ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA: bajo juramento afirmo que no he presentado proceso alguno en la Jurisdicción Contenciosa cuestionando el contenido de las resoluciones 0222 del 14 de enero de 2014 y 1887 del 19 de marzo de 2014.<sup>171</sup>

Sobre el particular, la Sala indagó si el accionante padecía de alguna condición especial que lo hiciera merecedor de una especial protección constitucional o si existía la posibilidad de que, ante el no reconocimiento de la pensión, se configurara un perjuicio irremediable. Sin embargo, vencido el término probatorio y recibidos todos los documentos enviados por los sujetos y entidades requeridas, no fue posible encontrar prueba o manifestación alguna respecto de cualquiera de estas dos circunstancias.

En cambio, el actor manifestó que actualmente recibe la pensión gracia de su compañero, que equivalía a un millón setecientos trece mil pesos (\$1.713.000) y que pretendía que a través de la acción de tutela le fuera reconocida la pensión de jubilación del señor Pedro Efraín Garavito Ruiz, bajo la figura de la pensión de sobreviviente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es claro que no existe una justificación para la inactividad del señor González ante la jurisdicción ordinaria y, por ende, no hay sustento suficiente para estudiar de fondo las pretensiones presentadas a través de la acción de tutela que, en este caso, se torna improcedente.

Como consideración final, es importante recordarle a las accionadas que, acorde con la jurisprudencia constitucional<sup>172</sup>, bajo ninguna circunstancia, pueden negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, o cualquier otra prestación

---

<sup>171</sup> Folio 18, cuaderno 1.”

<sup>172</sup> Ver sentencias: C-336/08, T-911/09, T-592/10 y T-151/14.”

similar, aduciendo la inexistencia de normas que extiendan estos beneficios a parejas del mismo sexo.”<sup>173</sup>

De la cita previamente expuesta se extrae que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-935 de 2014, estableció que la solicitud de amparo en cuestión resultaba improcedente. Esto, por cuanto no se evidenciaron elementos que acreditaran la existencia de un perjuicio irremediable. Por tanto, no podía descartarse la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios, para lograr la solución de la controversia planteada. Según como se expuso previamente, al accionante ya se le había otorgado la pensión gracia de su compañero fallecido.

En todo caso, en la parte resolutive de la Sentencia T-935 de 2014, 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.” (Subrayas fuera del texto original)

Lo expuesto evidencia que, aunque la regla judicial aplicada para fallar el caso bajo análisis recayó sobre la subsidiaridad de la acción de tutela (*ratio decidendi*), la Corte Constitucional determinó nuevamente en la parte resolutive de su decisión que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce el derecho de los integrantes de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviente. Por tanto, las entidades responsables de su reconocimiento, tienen prohibido negar el acceso a tal prestación bajo el argumento de la inexistencia de una norma que así lo consagre. Esto, en razón a que tal apreciación no responde a la realidad, de acuerdo a lo expuesto en los apartados anteriores del presente acápite.

Además debe considerarse que al accionante ya se le había reconocido la “pensión gracia” de su compañero, dada su condición de supérstite frente una unión entre personas del mismo sexo. Tal situación puede extenderse a la pensión de sobreviviente, mediante el agotamiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

ix) Los argumentos previamente expuestos evidencian que, contrario a lo afirmado por la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas, existe un precedente (vinculante) consolidado 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.

---

<sup>173</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-935 de 2014.

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 cuenta 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 la ponga en situación de indefensión.

- Lo expuesto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, especialmente, en los casos en que el compañero supérstite que reclama el reconocimiento del derecho pensional padece de VIH/SIDA. Bajo esta última hipótesis, la Corporación en cuestión, ha reconocido la procedencia del amparo consagrado en el artículo 86 Superior como mecanismo definitivo de protección.<sup>174</sup>
- 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.
- La unión entre personas del mismo, 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 único medio conducente para probar la existencia de una unión homosexual.

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 precedente fuerte 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.

Según como se demostró en los apartados anteriores del presente, las reglas judiciales expuestas en el párrafo precedente, resultan vinculantes para los jueces,

---

<sup>174</sup> Al respecto: Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-592 de 2010 y T-860 de 2011, entre otras.

las entidades públicas y los fondos privados de pensiones. La vulneración de derechos fundamentales derivada de su incumplimiento, podrá ser subsanada de manera célere mediante la acción tutela. Además su correcta aplicación, en el marco de la Jurisdicción Constitucional, se encuentra asegurada mediante la revisión de sentencias y la causal de nulidad de los fallos de la Corte Constitucional derivada del “cambio irregular de jurisprudencia”.

Adicionalmente mediante la Sentencia T-051 de 2009, se reconoció que la imposición de trabas administrativas que impidieran el acceso al derecho pensional por parte del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo en contravención de lo dispuesto en la jurisprudencia, conduciría a la configuración del delito de prevaricato por acción.

Entonces se equivocan los representantes de la presunta víctima cuando afirman que “las tutelas que han tratado el tema se ciñen al caso concreto por seguir la regla general de efectos inter partes del artículo 36 del decreto 2591 de 1991”<sup>175</sup>. Ello desconoce el valor vinculante que tiene el precedente constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano.

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.<sup>176</sup>

**5.8. 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 estimaba vulnerados**

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores del presente acápite se concluye que, conforme a lo dispuesto en el precedente jurisprudencial previamente analizado, 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 establecidas en la 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 caso de que su requerimiento fuera despachado desfavorablemente de manera injustificada, se encuentra facultado para interponer una acción de tutela con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales frente a la negativa de la entidad accionada.<sup>177</sup> Al respecto, resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

---

<sup>175</sup> ESAP. Párr. 34.

<sup>176</sup> Se trata de los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico tanto para parejas heterosexuales como para parejas del mismo sexo.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

**a. 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.<sup>178</sup>

En consecuencia, a la fecha, el señor Duque no ha tramitado los formularios requeridos 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. Pero eso no constituye un impedimento para que, ante los cambios generados en la legislación 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.

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. Esto por cuanto, según como se demostró, tienen la aptitud necesaria para proteger la posición jurídica que los representantes de la presunta víctima señalan como infringida.

Al respecto debe considerarse 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 este derecho 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:

---

<sup>178</sup> Al respecto: Observaciones de admisibilidad del Estado del 7 de julio de 2009, entre otras.

“En efecto, esta Corporación en Sentencia de 2 de octubre de 2008<sup>179</sup>, 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”<sup>180</sup> (Subrayas fuera del texto original)

En concordancia con lo previamente expuesto se concluye 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. Esta solicitud deberá ser decidida por dicho fondo de pensiones, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 y al precedente de tutela vigente. El último, según como se demostró previamente, se encuentra vigente y resulta vinculante para los entes privados que prestan el servicio público de seguridad social.

En este punto resulta relevante señalar que, el agotamiento del recurso administrativo en cuestión, se encuentra constitucionalmente amparado por la garantía fundamental al debido proceso. En consecuencia, la respuesta que otorgue el fondo de pensiones en cuestión, tendrá que proferirse dentro de los términos perentorios establecidos en la ley.<sup>181</sup> A su vez deberá motivarse de manera suficiente, conforme con el ordenamiento jurídico vigente, del cual hace parte integral el precedente establecido por la Corte Constitucional. Adicionalmente, en caso de que la decisión sea contraria a los intereses de reclamante, existe la posibilidad de recurrirla en el interior de la estructura organizacional de COLFONDOS.

---

<sup>179</sup> 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.”

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> En relación con el punto en cuestión, la Superintendencia Financiera, mediante Concepto No. 2004046543-1 de septiembre 7 de 2004, estableció lo siguiente: “Cuando el derecho de petición es ejercido frente a entidades que tengan a su cargo el reconocimiento de pensiones, sean estos operadores públicos o privados, los términos para resolver sobre las peticiones son los siguientes:

a) El término de quince días hábiles, consagrado en el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo (cuando se trata de recursos en el trámite administrativo o de peticiones de información general sobre el trámite adelantado o solicitud de copias sobre documentos ya existentes dentro del expediente de la solicitud de pensión). En este punto cabe aclarar que las solicitudes pensionales que le presenten sus afiliados, éste sigue rigiéndose en materia de derecho de petición por el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, según el cual la respuesta a las peticiones en carácter particular o general, deben ser resueltas en el término de quince (15) días. La solicitud de pensión es una petición de carácter particular.

En razón de lo anterior, como en dicho término no puede darse una respuesta de fondo, núcleo esencial del derecho de petición, las entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones, deben informar al solicitante si la documentación allegada está completa y en caso contrario señalar la que hace falta, así como advertir el término que empleará para resolver de fondo la solicitud.

b) Cuatro meses (para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición), de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994.

c) Seis meses (contados a partir de la presentación de la petición, cuando se trata de peticiones o de trámites enderezados al pago efectivo de las mesadas), de conformidad con lo previsto en el artículo 4° de la Ley 700 del 2001.”

En este punto debe resaltarse que, mediante Oficio del 19 de junio de 2014,<sup>182</sup> el fondo de pensiones previamente citado, informó que ha procedido en 16 ocasiones al reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor del compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.

Adicionalmente, debe considerarse que COLFONDOS ha remitido comunicaciones a los representantes de la presunta víctima, solicitándoles que alleguen la documentación necesaria para iniciar el trámite administrativo para el reconocimiento del derecho pensional del señor Ángel Alberto Duque.<sup>183</sup> Los apoderados del señor Duque han hecho caso omiso de los requerimientos previamente mencionados, sin justificación alguna.

Lo expuesto evidencia que, el señor Ángel Alberto Duque cuenta con un recurso administrativo. Éste resulta adecuado y efectivo para lograr la protección de la posición jurídica que estima infringida. Esto 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 deberá ser decidida conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 y al precedente tutela vigente.

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

Según como se expuso previamente, en caso de que el requerimiento administrativo fuera despachado desfavorablemente de manera injustificada, el señor Duque se encuentra facultado para interponer una acción de tutela con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales frente a la negativa del fondo de pensiones.

Frente a la subsidiaridad de la acción es importante resaltar que, de acuerdo a 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 definitivo de protección frente al reconocimiento del derecho pensional en cuestión en las ocasiones en que el accionante padece de VIH. Frente a estos casos dicha Corporación ha establecido que el sujeto que sufre de esta enfermedad, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta que hace ineficaces los recursos judiciales ordinarios. En consecuencia, resulta meritoria la intervención inmediata del juez de amparo, con el fin de evitar consumación de un perjuicio irremediable.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Anexo 16.

<sup>183</sup> 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)

<sup>184</sup> En los casos que dieron lugar a la emisión de las sentencias T-592 de 2010 y T-860 de 2011, los accionantes informaron al juez de tutela que padecían de VIH/SIDA. Conforme con ello, la Corte

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.

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 especial vulnerabilidad.<sup>185</sup>

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 la fecha 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, dependerá 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 que la vulneración de los derechos fundamentales alegada permanece, que la actuación del accionante en la defensa de sus derechos ha sido diligente o que el mismo se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad.<sup>186</sup>

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 caso 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

---

Constitucional, determinó la procedencia del amparo consagrado en el artículo 86 Superior como mecanismo definitivo de protección.

<sup>185</sup> Sobre la temeridad en la acción de tutela, puede consultarse la Sentencia T-660 de 2011.

<sup>186</sup> Respecto del alcance del principio de inmediatez en la acción de tutela, puede consultarse la Sentencia T-860 de 2011.

acreditación de la existencia de su unión. En caso de que los jueces de tutela de instancia desatiendan el precedente previamente expuesto, 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-716 de 2011, T-860 de 2011 y T-357 de 2013.

Como puede verse, en caso de que reclamación realizada por el señor Duque fuera despachada injustificadamente en forma desfavorable por COLFONDOS, la presunta víctima cuanta con la acción de tutela como un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr el reconocimiento del derecho pensional reclamado. En consecuencia, se trata de un recurso que debe ser agotado respecto del asunto bajo análisis.

**c. Los recursos a disposición de la presunta víctima cuentan con mayor celeridad que el trámite surtido ante el Sistema Interamericano de Protección**

Conforme con lo previamente expuesto el Estado desea resaltar que, los recursos administrativo y judicial a disposición del señor Duque, cuentan con la aptitud necesaria para lograr la efectiva protección de la posición jurídica que la presunta víctima estima infringida, con una mayor celeridad a la que ha caracterizado al presente trámite internacional.

El ordenamiento jurídico colombiano establece que la reclamación administrativa referente al reconocimiento y pago de un derecho pensional, deberá ser resuelta de fondo por la entidad correspondiente en un plazo que no podrá superar 6 meses.<sup>187</sup>

Adicionalmente, la acción de tutela es un mecanismo judicial especial, preferente y sumario, que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, se encuentra caracterizada por la brevedad de los términos con que cuentan los jueces, para adoptar una decisión sobre los hechos sometidos a su conocimiento.

Es así como en el marco del trámite que rige el amparo consagrado en el artículo 86 Superior, se autoriza al juez de tutela para que adopte medidas provisionales tendientes a la efectiva protección de los derechos fundamentales de manera previa a la emisión del fallo.<sup>188</sup> Del mismo modo se establece el término de 10 días para

---

<sup>187</sup> Al respecto: Superintendencia Financiera, Concepto No. 2004046543-1 de septiembre 7 de 2004.

<sup>188</sup> Decreto 2591 de 1991. "Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez (de tutela) expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

que se emita la sentencia de primera instancia y de 20 para que se profiera la decisión que resuelva la impugnación de la decisión inicial.

A su vez, se dispone la remisión de la causa dentro de los 10 días siguientes a la Corte Constitucional, para que se surta el trámite de eventual revisión. A partir de la fecha en que dicha Corporación reciba la actuación, contará con 30 días para pronunciarse sobre su selección.<sup>189</sup> En caso de que adopte una decisión favorable al respecto, tendrá 3 meses para emitir el fallo de revisión correspondiente.<sup>190</sup>

Como puede verse, los recursos internos a disposición de señor Duque para lograr el reconocimiento de su derecho pensional, se encuentran caracterizados por su celeridad. En consecuencia, cuentan con la aptitud necesaria para lograr la protección de la posición jurídica que la presunta víctima estima infringida, en un plazo menor al que ha tomado el presente trámite internacional.

**d. Los argumentos de los representantes de la presunta víctima y de la Comisión Interamericana no desvirtúan la configuración de la excepción alegada por el Estado**

A pesar de lo expuesto con antelación, los representantes de la presunta víctima han sido renuentes de manera injustificada frente al agotamiento de los recursos internos previamente expuestos. Lo anterior, bajo el argumento infundado de la supuesta falta de certeza del ordenamiento jurídico nacional, sobre las condiciones en que el compañero supérstite de una pareja del mismo sexo puede acceder a la pensión de sobreviviente. A partir de ello, suponen la posibilidad de que tanto el recurso administrativo como el judicial sean fallados desfavorablemente.<sup>191</sup>

---

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.”

<sup>189</sup> Decreto 2591 de 1991. “Artículo 32. Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.”

<sup>190</sup> Decreto 2591 de 1991. “Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.”

<sup>191</sup> ESAP. Párr. 34.

La postura expuesta ha sido acogida de manera de manera equivocada por la CIDH. Para ello, inicialmente, manifestó que los avances en el ordenamiento jurídico nacional no beneficiaban al señor Duque.<sup>192</sup> En forma posterior, señaló que los mismos fueron posteriores a la interposición de la petición, razón por la que no impedían un pronunciamiento de fondo en relación con los hechos en cuestión.<sup>193</sup>

Esas apreciaciones resultan desacertadas. Según como se demostró en los apartados anteriores de este acápite, la jurisprudencia constitucional evolucionó y resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo. Esto ocurrió con la emisión de la Sentencia C-336 de 2008 y se consolidó con la Sentencia T-051 de 2010.

En consecuencia existe un precedente consolidado, el cual resulta vinculante para los jueces, las autoridades administrativas y los fondos privados de pensiones, sobre la aplicación de lo dispuesto en la Sentencia C-336 de 2008 a casos donde el deceso del causante ocurrió en forma previa a la emisión de dicha decisión. Lo mismo sucede con la libertad probatoria, frente la forma en que pueden acreditarse las uniones entre personas del mismo sexo.

Por tanto se repite que el señor Ángel Alberto Duque, conforme con el ordenamiento jurídico nacional, se encuentra habilitado 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. Entonces, no resulta admisible que se le permita a los representantes de la presunta víctima inferir o suponer sin fundamento alguno la posibilidad de que los recursos administrativo y judicial a disposición del señor Duque sean decididos en forma negativa, como argumento válido para descartar su agotamiento.

En este punto también debe valorarse que la Corte Interamericana de Derechos, mediante su jurisprudencia, ha prohijado la valoración de hechos que cuenten con vocación para enervar la admisibilidad de un caso aunque hubieren surgido con posterioridad al momento en que se instaurado la petición. Ello, bajo la condición de que fueran alegados de manera oportuna por el Estado.<sup>194</sup>

Nuevamente se reitera que la evolución normativa en la que se fundamenta la presente excepción, fue alegada por el Estado durante la etapa de admisibilidad.<sup>195</sup> Además, fue reiterada durante el trámite de fondo surtido ante la CIDH.<sup>196</sup> De esta forma se concluye que el argumento en cuestión se presentó de forma anterior a la

---

<sup>192</sup> CIDH. Petición 123-05. Ángel Alberto Duque. Informe de Admisibilidad No. 150/11 del 2 de noviembre de 2011. Párr. 38.

<sup>193</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 54.

<sup>194</sup> CorteIDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Párrs. 50-51, entre otros casos.

<sup>195</sup> Observaciones de Admisibilidad presentadas por el Estado el 7 de julio de 2009, párrafo 86.

<sup>196</sup> Observaciones de Fondo presentadas por el Estado el 12 de julio de 2012, párrafo 37 y siguientes.

emisión del Informe de Admisibilidad No. 150 del 2 de noviembre de 2011. En consecuencia, no puede ser calificado como extemporáneo.

Es así como se encuentra probado que frente a las presuntas violaciones derivadas de la negativa al 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.

**C. Excepciones preliminares frente a los supuestos hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH**

En el curso del presente trámite internacional, los representantes de la presunta víctima han alegado que la negativa al reconocimiento del derecho pensional reclamado por el señor Ángel Alberto Duque, condujo a la “falta de recursos económicos que le garantizaran el tratamiento adecuado por su condición de paciente VIH positivo”<sup>197</sup>. Según su apreciación tal situación conllevó a que, “por varios periodos (Sic) de tiempo”, se le suspendiera el tratamiento médico requerido.<sup>198</sup> Conforme con lo anterior, solicitan que se condene al Estado colombiano por la presunta violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5.1 de la CADH) y a la vida (artículo 4.1 de la CADH), en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

---

<sup>197</sup> Al respecto, en el ESAP, se manifestó lo siguiente: “69. En el caso concreto, la negación de la pensión de sobrevivencia a Ángel Alberto Duque conllevó que, fuera de causarse un perjuicio moral intrínseco por el trato discriminatorio a que se vio sometido por su orientación sexual, su integridad física estuvo literalmente en peligro de muerte por la falta de recursos económicos que le garantizaran el tratamiento adecuado por su condición de paciente VIH positivo, escenario al que nunca se hubiera llegado si la petición que elevó a COLFONDOS hubiera tenido el mismo análisis de las parejas heterosexuales tanto por este fondo como por los jueces de tutela. Antes por el contrario, tan pronto obtuvo la respuesta negativa, se originó una tremenda carga emocional en él por verse avocado a conseguir por cualquier medio los recursos que le permitieran la continuación de la adquisición de los medicamentos retrovirales, so pena de agravar su condición clínica y muy posiblemente fallecer. En síntesis, como se anunció más arriba, el Estado colombiano vulneró el artículo 5.1 de la Convención Americana por no respetar ni garantizar la integridad física, psíquica y moral de Ángel Alberto Duque.”

<sup>198</sup> Sobre el punto en cuestión, en el ESAP, se alegó: “81. (...) (...) que la negativa de la pensión de sobrevivencia a Ángel Alberto Duque desembocó en que por varios períodos de tiempo estuvo sin la protección que le permitiera atender su grave situación de salud física y emocional como persona con diagnóstico de Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH). Las garantías económicas y de atención en salud paralelas a la prestación mencionada le fueron totalmente cercenadas, lo cual, dada su condición de persona “con diagnóstico de infección por VIH” con tratamiento antirretroviral (tratamiento que no debe suspenderse, salvo dictamen médico, “ya que esta circunstancia podría acarrear la muerte”), implicó que el Estado colombiano irrespetara el derecho a unas condiciones de vida digna de Ángel Alberto Duque, socavando su dignidad, ya de por sí vulnerada con el acto de discriminación, y llevándolo a una situación límite atentatoria de su propia existencia terrenal, marco fáctico que nos permite sostener que se vulneró el artículo 4.1 de la Convención Americana en perjuicio de la víctima.”

1) Mediante el presente apartado el Estado demostrará que, frente a las alegaciones expuestas en el párrafo anterior, se configura la excepción consagrada en el artículo 47.c de la CADH. Lo anterior, en razón a que resultan manifiestamente infundadas, por carecer de evidencias que acrediten su ocurrencia.

2) Del mismo modo, en caso de que le H.Corte Interamericana desestime los argumentos previamente expuestos, se alegará la excepción del falta de agotamiento de recursos internos. Eso, por cuanto el señor Duque no acudió a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal y a la vida, frente a las supuestas irregularidades en la prestación del servicio médico requerido.

En este punto debe precisarse que el presente caso fue declarado admisible, únicamente en relación con las presuntas violaciones a los artículos 5, 8.1, 24 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. En consecuencia, la Comisión excluyó del análisis de fondo de la supuesta violación al artículo 4.1 de la CADH.<sup>199</sup> En todo caso, los representantes del señor Duque, han insistido en presentar la presunta vulneración del derecho a la vida ante la H.Corte Interamericana.

Conforme con las anteriores precisiones, el Estado procede a exponer los argumentos que evidencian la configuración de las excepciones consagradas en los artículos 47.c y 46.1.a de la CADH, frente a los supuestos hechos en los que se pretende sustentar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

### **1. Configuración de la excepción consagrada en el artículo 47.c de la CADH frente al caso concreto**

Las alegaciones en las que se pretende fundar la supuesta vulneración de los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, deben ser inadmitidas en razón a que resultan manifiestamente infundadas. Para demostrar lo anterior, a continuación se expondrá a) el contenido y alcance del artículo 47.c de la Convención. b) Luego, se establecerá que al presente trámite internacional no se ha aportado ninguna evidencia que acredite la supuesta existencia de deficiencias en la prestación del tratamiento médico que requiere el señor Ángel Alberto Duque.

#### **1.1. Contenido y alcance del artículo 47.c de la Convención**

El artículo 47.c. de la Convención Americana establece que “La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando (...) c) resulte de la exposición del propio peticionario o

---

<sup>199</sup> Al respecto, en el Informe de Admisibilidad 150 del 2 de noviembre de 2011, la CIDH concluyó lo siguiente: “46. En cuanto al reclamo de los peticionarios sobre la presunta violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión observa que los peticionarios no ofrecieron elementos específicos o suficientes para su presunta violación por lo que no corresponde declarar dichas pretensiones como admisibles.” (Subrayas fuera del texto original)

del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia (...)

La Corte IDH no ha tenido la oportunidad de definir ampliamente los alcances de la expresión “manifiestamente infundada” del artículo 47 de la CADH. Sin embargo, sí ha aclarado que los términos del artículo 47.c “descartan cualquier apariencia y exigen una certeza clara, manifiesta y tan perceptible que nadie puede racionalmente dudar de ella”<sup>200</sup>.

La H. Comisión tampoco ha hecho un desarrollo amplio de esta disposición. Al respecto, ha afirmado que:

“46. El inciso b del artículo 47 de la Convención Americana debe ser aplicado cuando los hechos relatados en la denuncia no dicen respecto a violaciones de derechos humanos. A su vez, el inciso c del mismo artículo tiene como objetivo excluir de la apreciación de fondo de la Comisión aquellas peticiones que, por su propio contenido, revelan ser manifiestamente infundadas o improcedentes. En ese sentido, la Comisión ha manifestado que:

La CIDH debe realizar una evaluación prima facie para examinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado por la Convención y no para establecer la existencia de una violación. Tal examen es un análisis sumario que no implica un prejuicio o un avance de opinión sobre el fondo. El propio Reglamento de la Comisión, al establecer dos claras etapas de admisibilidad y fondo, refleja esta distinción entre la evaluación que debe realizar la Comisión a los fines de declarar una petición admisible y la requerida para establecer una violación”<sup>201</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como se observa, aunque la H. Comisión reitera la existencia de la causal, no define su contenido. En varias ocasiones ha indicado, sin embargo, que este análisis es sumario, dado que no implica prejuzgamiento ni anticipo de opinión sobre los méritos de la petición<sup>202</sup>.

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos ha emitido algunos pronunciamientos sobre el contenido de esta causal de inadmisibilidad que se deriva del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que está enunciado de manera idéntica a la causal consagrada en la CADH<sup>203</sup>. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que una petición será manifiestamente infundada cuando los hechos y derechos expuestos

---

<sup>200</sup> CortelIDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21. Párr. 36.

<sup>201</sup> CIDH. Informe No. 85/03. Caso 12.165. Admisibilidad. Monsi Lilia Velarde Retamozo. Peru.

<sup>202</sup> CIDH. Informe No. 13/09. Petición 339-02. Admisibilidad. Vinicio Poblete Vilches. Chile. Ver también CIDH. Informe No. 48/05. Caso 12.194. Admisibilidad. Euclides Rafael Moreno Morean. Venezuela. Párr. 24.

<sup>203</sup> Al respecto, el artículo 35 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que “El Tribunal considerará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en aplicación del artículo 34 cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente infundada o abusiva”.

por el peticionario no muestren un nivel suficiente de seriedad<sup>204</sup>, o carezcan completamente de evidencia<sup>205</sup>.

En un caso muy reciente, la Corte Europea declaró inadmisibile una petición en la que se alegaban cuestiones similares a las que se estudian en el caso bajo análisis y que ameritan la aplicación de esta causal de inadmisibilidad. En efecto, el peticionario esgrimía deficiencias en los tratamientos médicos mientras estuvo detenido. La Corte declaró que la petición respecto del tratamiento médico resultaba manifiestamente infundada, en razón a que los hechos denunciados por el peticionario no estaban respaldados en ninguna prueba o evidencia, y en ese sentido no habían sido suficientemente sustanciados. Así, la Corte Europea señaló que:

“1. With regard to the adequacy of medical assistance, the Court notes that the applicant was regularly treated by general practitioners of the remand centre and consulted by specialists, including outside his penitentiary establishment. The applicant made a number of allegations concerning the allegedly inadequate level of medical care such that he had not been provided with a drug against hypertension or that he had been made to wait for a long time to see a dentist. He also alleged that he had been placed in a cell with smokers or in a cell previously occupied by prisoners infected with tuberculosis. However, **the Court notes that these assertions are not supported by any evidence in the file and therefore remain unsubstantiated.** On the evidence before it, the Court does not find any indication that the medical care provided to the applicant was deficient or below the standard level of health care available to the population generally (see *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01, 21 March 2002; *Kaprykowski*, cited above, § 75; *Michajlov v. Austria* (dec.), no. 13796/09, 27 March 2012, § 35; and *Turzyński*, cited above).

2. In conclusion, the Court finds that this part of the complaint under Article 3 is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.”<sup>206</sup> (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Como puede verse, de acuerdo con los argumentos previamente expuestos, se encuentra demostrado que la admisibilidad de una petición depende de la existencia de evidencias que acrediten la ocurrencia de la violación alegada por la representación de la presunta víctima. La ausencia de tales elementos, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.c de la CADH, impide que los órganos del SIDH se pronuncien sobre el caso pues las alegaciones en las que se sustenta resultan manifiestamente infundadas.

---

<sup>204</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. First Section. Case of Valeriy Lopata v. Russia. (Application no. 19936/04). Judgment. Strasbourg, 30 October 2012.

<sup>205</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Fourth Section. Case of Stettner v. Poland. (Application no. 38510/06). Judgment. Strasbourg, 24 March 2015.

<sup>206</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Fourth Section. Case of Stettner v. Poland. (Application no. 38510/06). Judgment. Strasbourg, 24 March 2015.

**1.2. No hay evidencia que acredite la supuesta existencia de deficiencias en la prestación del tratamiento médico que requiere el señor Ángel Alberto Duque.**

Desde la etapa de admisibilidad del presente trámite internacional, el Estado ha señalado la ausencia de cualquier prueba que acredite los hechos en que se pretenden fundar la supuesta violación a los derechos a la vida y la integridad del señor Ángel Alberto Duque.<sup>207</sup>

Según como se expuso previamente, para la representación de la presunta víctima, el hecho que al señor Duque no se le reconociera el derecho pensional que reclama, condujo a la ausencia de los recursos necesarios para que pudiera sufragar las cotizaciones al régimen contributivo de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con su apreciación, tal situación conllevó a que “por varios periodos (Sic) de tiempo”<sup>208</sup>, se le suspendiera el tratamiento médico requerido.

En este punto el Estado precisa que los representantes de la presunta víctima, en ninguna de las etapas que se han surtido del presente proceso, han aportado pruebas mediante las que se acredite que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento retroviral que le ha sido prescrito. La revisión juiciosa del expediente internacional, evidencia la inexistencia de cualquier documento o declaración que demuestre la desafiliación del señor Duque al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud o la negativa al suministró de la atención prescrita por su médico tratante.

En relación con lo anterior, se debe considerar que los hechos descritos por los representantes de las presuntas víctimas para fundamentar la supuesta violación de los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH, podrían ser probados con facilidad a través de comunicaciones en que conste: i) la supuesta negativa a la prestación de los servicios requeridos por el paciente o ii) su presunta desafiliación al régimen contributivo. Dichos elementos no fueron aportados. iii) Tampoco se cuenta con ningún documento mediante el que se evidencie que el señor Duque presentó algún tipo de reclamación o queja por la existencia de deficiencias en la prestación del servicio de salud.

---

<sup>207</sup> Esto fue reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de admisibilidad 150 del 2 de noviembre de 2011, como se expone a continuación: “18. El Estado alega que a lo largo del proceso no han sido acreditadas las violaciones que los peticionarios sostienen ya se habrían consolidado. Al respecto, puntualiza que en el trámite de la acción de tutela y sus fallos de primera y segunda instancia constan las afirmaciones de los demandantes que señalan que Ángel Alberto Duque se encuentra recibiendo tratamiento antirretroviral. Señala además que desde el fallo de tutela de segunda instancia de 18 de julio de 2002 hasta la presentación de la petición ante la Comisión Interamericana en 2005 y aún durante el trámite de la petición ante la Comisión, no hay registro del que se pueda desprender que la presunta víctima no tuvo acceso a los tratamientos y medicamentos necesarios para tratar su enfermedad. 19. Alega que la posibilidad de que Ángel Alberto Duque no pueda acceder al tratamiento médico que necesita es una hipótesis que no se ha consolidado. En consecuencia, solicita que la Comisión rechace los argumentos de los peticionarios sobre la presunta violación del derecho a la salud de Ángel Alberto Duque en vista de que se trata de un perjuicio eventual no consolidado.”

<sup>208</sup> ESAP. Párr. 81.

iv) Del mismo modo, si el señor Duque se vio en la obligación de sufragar tratamientos particulares por la suspensión de la atención correspondiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo más natural es que se hubieran aportado las facturas en las que consten tales erogaciones. Eso tampoco tuvo lugar.

Como puede verse, los hechos denunciados por los representantes de la presunta víctima para fundamentar la supuesta violación a los derechos a la integridad personal y a la vida del señor Ángel Alberto Duque, no están respaldados en ninguna prueba. Así lo reconoció la Comisión en el Informe de Fondo No.5/14, cuando concluyó “que no cuenta con información suficiente sobre la continuidad, calidad y condiciones de prestación de servicio médico al señor Duque a partir de la muerte del señor JOJG (...) (...)”<sup>209</sup>

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra demostrada la falta de evidencias en relación con las circunstancias que se sustenta la presunta vulneración de los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH. Entonces, conforme con el estándar establecido por la propia CorteIDH<sup>210</sup>, se concluye que la ausencia de cualquier prueba en relación con el punto en cuestión, resulta clara, manifiesta y tan perceptible, que nadie racionalmente podría afirmar lo contrario.

La misma situación tiene lugar en relación con los argumentos presentados por la Comisión para declarar la presunta violación del artículo 5 de la Convención. Esto en razón a que pretenden sustentar dicha conclusión, en la afirmación consistente en que el señor Duque se ha visto afectada en su integridad por: i) la “exclusión del derecho a la pensión de sobreviviente”<sup>211</sup> y ii) “el sufrimiento frente a la falta de previsibilidad en cuanto la regularidad y provisión del tratamiento requerido.”

<sup>212</sup>

Para el Estado es claro que la Comisión Interamericana no señaló ningún elemento probatorio que acredite la afectación de la integridad del señor Duque, debido a los hechos relacionados con la falta de reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama. Adicionalmente, tampoco ha señalado ninguna prueba mediante la que se evidencie que la ausencia del derecho pensional en cuestión, condujo a la imprevisibilidad de la continuidad en la prestación del servicio de salud.

En relación con este último punto, desde ya se anticipa que las conclusiones a las que arriba la Comisión parten de una comprensión equivocada del SGSSS. Esto en razón a que, conforme con el ordenamiento jurídico nacional, la continuidad del tratamiento brindado al señor Duque no depende del reconocimiento del derecho pensional en cuestión o de su capacidad de pago. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como se expone a continuación:

---

<sup>209</sup> CIDH. Informe de Fondo 5/13, párrafo 100.

<sup>210</sup> CorteIDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21. Párr. 36.

<sup>211</sup> *Ibidem*, párrafo 101.

<sup>212</sup> *Ibidem*.

“El tratamiento médico del VIH tiene las características (i) de ser de alto costo, y (ii) permanente. De esas características nacen dos derechos para los usuarios contagiados con dicho virus: (a) el derecho a acceder a todos los servicios que requieran, estén o no contemplados en el POS, y sin que el factor económico sea en ningún caso un obstáculo para ello. Muchos usuarios no tienen los recursos, o sólo tienen recursos suficiente para asumir de forma parcial el costo de los medicamentos, y de los exámenes necesarios para el control de la evolución de la enfermedad; cuando esto sucede, en virtud del principio de solidaridad del Sistema de Seguridad Social, el Estado y las entidades encargadas de la administración de los recursos de la salud, deben cubrir la demanda de servicios necesarios para garantizarles el goce efectivo de su derecho a la salud, y la vida en condiciones dignas.”<sup>213</sup> (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Conforme con lo anterior queda demostrado que, la falta de reconocimiento del derecho pensional en cuestión o la ausencia de capacidad de pago por cualquier circunstancia, en ningún caso pondría en riesgo el acceso al servicio de salud requerido por el señor Duque. Según como se acreditó con antelación, los representantes de la presunta víctima y la Comisión, no aportaron ninguna prueba que evidencie lo contrario. En consecuencia, se concluye que sus alegaciones en relación con la falta de continuidad en el tratamiento médico, resultan manifiestamente infundadas. Esto da lugar a la clara configuración de la excepción consagrada en el artículo 47.c. de la Convención Americana. Por tanto, de manera respetuosa, se solicita a la Corte Interamericana que así lo declare.

## **2. Pretensión subsidiaria: La configuración de la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida (4.1) e integridad personal (5.1)**

Según como se expuso previamente, los representantes de la presunta víctima alegan que la falta de reconocimiento del derecho pensional en cuestión, condujo a la ausencia de los recursos necesarios para que el señor Duque sufragara las cotizaciones al régimen contributivo del SGSSS y, por ende, a que “por varios periodos (Sic) de tiempo”<sup>214</sup> se le suspendiera el tratamiento médico necesario para atender la patología que padece.

Frente a las cuestiones previamente descritas, en sus primeras observaciones de admisibilidad, el Estado alegó la falta de agotamiento de los recursos internos.<sup>215</sup> En este punto es importante resaltar que la acción de tutela constituye un mecanismo judicial, adecuado y efectivo, para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida, cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico. En consecuencia, el amparo consagrado en el artículo 86 Superior constituye un recurso que el señor Duque debía agotar, frente a los hechos alegados (falta de

---

<sup>213</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-676 de 2011. Al respecto, también pueden consultarse las sentencias T-505 de 1992 y T-613 de 2008.

<sup>214</sup> ESAP. Párr. 81.

<sup>215</sup> Observaciones de Admisibilidad del Estado del 31 de enero de 2006, páginas 3 y 4.

continuidad en el tratamiento retroviral) como fundamento de la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH.

Al respecto se reitera que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, el acceso al Sistema General de la Seguridad Social en Salud no se encuentra sometido al reconocimiento del derecho pensional que reclama la presunta víctima o a su capacidad de pago. Por tanto, si el señor Duque consideraba que se le estaban realizando cobros que no tenía la posibilidad de sufragar o que se estaba afectando la continuidad del tratamiento retroviral, contaba con la posibilidad de entablar una acción de tutela independiente a la instaurada el 26 de abril de 2002.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de Admisibilidad No. 150 del 2 de noviembre de 2011, no se pronunció sobre la falta de agotamiento de los recursos internos alegada por el Estado en relación con los hechos que fundamentan la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH. A pesar de lo anterior, concluyó que el presente trámite internacional se enmarca dentro de la excepción prevista en el artículo 46(2)(a) de la Convención.<sup>216</sup>

Conforme con las anteriores precisiones, el Estado procede a exponer los argumentos que evidencian la configuración de la excepción consagrada en el artículo 46.1.a de la Convención, frente a los supuestos hechos en los que se pretende sustentar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

### **2.1. La presente excepción de falta de agotamiento de los recursos internos ha sido instaurada de manera oportuna y en debida forma**

El Estado reitera que el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, es el primer requisito de admisibilidad establecido en el artículo 46 de la CADH. Éste permite a los Estados Parte solucionar los problemas internos en el marco de su propia jurisdicción, antes de que el asunto sea sometido a una instancia internacional. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la “regla que exige el 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”<sup>217</sup>.

En todo caso debe precisarse nuevamente que el principio de subsidiaridad, cuya principal manifestación es la excepción de la falta de agotamiento de los recursos

---

<sup>216</sup>Al respecto, en el Informe de Admisibilidad No. 150 del 2 de noviembre de 2011, se manifestó lo siguiente: “38. En vista de lo anterior, la Comisión concluye que el reclamo de los peticionarios, analizado a la luz de las circunstancias actuales, se enmarca dentro de la excepción al agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46(2)(a) de la Convención que establece que dicha excepción se aplica cuando “no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados?”

<sup>217</sup> Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras c. Costa Rica. Sentencia del 13 de noviembre de 1981. Párr. 26.

internos, también tiene la aptitud necesaria para favorecer a la presunta víctima de una violación a los derechos humanos. Esto en razón a que el Estado es el sujeto de derecho mejor capacitado para adelantar las acciones pertinentes para lograr la protección efectiva de dichas prerrogativas, en el marco de su propia jurisdicción.

Conforme con lo previamente expuesto resulta relevante reiterar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la prosperidad de la excepción consagrada en el artículo 46 de la CADH, se encuentra sometida a que la misma se hubiere alegado de manera oportuna y en debida forma. En relación con el primer requisito, se ha establecido que la excepción en cuestión debe presentarse dentro de la etapa de admisibilidad del trámite internacional.<sup>218</sup> Respecto del segundo se ha consagrado que, es menester del Estado, identificar cual es el recurso judicial adecuado y efectivo que no agotó la presunta víctima a nivel interno.<sup>219</sup>

En relación con la oportunidad de la presente excepción, debe considerarse que la misma fue alegada por el Estado en sus primeras observaciones de admisibilidad.<sup>220</sup> Por tanto, se adecua con precisión a la regla jurisprudencial establecida por la Corte Interamericana al respecto.

A su vez, la excepción que caracteriza el presente acápite, es instaurada en debida forma. Según como se expuso previamente, la acción de tutela constituye un recurso adecuado y efectivo para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad física y a la vida, frente a la prestación irregular del servicio médico. Esta afirmación, encuentra sustento en los argumentos que se esbozaron a través de los apartados subsiguientes.

## **2.2. La acción de tutela resulta procedente frente a la protección de los derechos fundamentales a la Salud, la integridad física y la vida**

En este punto se reitera que, el artículo 86 de la Carta, consagra a la acción de tutela como un mecanismo encaminado a la protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, ha sido reconocido por la Corte Constitucional, como un mecanismo judicial procedente para lograr la protección inmediata de prerrogativas como la Salud, la integridad física y la vida, frente a la prestación irregular del servicio médico. Al respecto, se ha manifestado lo siguiente:

“El derecho a la salud ha sido objeto de un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo que se refiere a su naturaleza, contenido y límites. Inicialmente se sostuvo que por su carácter prestacional el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera demostrarse su conexidad con otros derechos que si tuvieran este carácter como el derecho a la

---

<sup>218</sup> Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278. Párr. 77.

<sup>219</sup> *Ibidem*. Párr. 84.

<sup>220</sup> Observaciones de Admisibilidad del Estado del 31 de enero de 2006, páginas 3 y 4.

vida<sup>221</sup>, al mínimo vital o a la dignidad humana –bajo el concepto de vida digna-<sup>222</sup>. No obstante la jurisprudencia siempre ha distinguido que respecto de ciertos sujetos de especial protección constitucional la salud tiene carácter de derecho fundamental autónomo como es el caso de los niños<sup>223</sup> -por la previsión expresa del artículo 44 de la C. P.-, las personas reclusas en establecimientos carcelarios<sup>224</sup> o los discapacitados<sup>225</sup>, entre otros.

Por otra parte en algunas decisiones recientes se ha reconocido que el derecho a la salud no sólo tiene el carácter fundamental por conexidad o frente a ciertos sujetos de especial protección constitucional, sino que una vez configurado legal y reglamentariamente el alcance y contenido del derecho, y una vez definido tanto el sujeto obligado como el beneficiario y las prestaciones exigibles, la salud se torna en un derecho fundamental cuya afectación puede remediarse en sede de tutela<sup>226</sup>,<sup>227</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Como puede verse la Corte Constitucional ha establecido que, la salud en su faceta prestacional, tiene el carácter de derecho fundamental. En consecuencia, es susceptible de protección judicial, mediante el ejercicio de la acción de tutela. Lo anterior en las ocasiones en que se incumplan las medidas de atención y satisfacción obligatorias según los reglamentos, las leyes o la Carta. También resultará procedente el amparo consagrado en el artículo 86 Superior, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales como la integridad personal, la vida, la dignidad humana o el mínimo vital.

### **2.3. Los portadores de VIH/SIDA, son objeto de protección constitucional reforzada**

En el ordenamiento jurídico nacional, lo expuesto en el apartado anterior, toma una connotación especial cuando se trata de personas que padecen VIH/SIDA. La Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, ha establecido que los sujetos en tal condición se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Por tanto, son objeto de protección constitucional reforzada. Esto ha sido reconocido por la Corporación en cuestión, desde sus primeras decisiones. Al respecto, en la Sentencia T-502 de 1992, se dispuso lo siguiente:

“El infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a

---

<sup>221</sup> Sentencias T-484 de 1992, T-099 y T-831 de 1999, T-945 y T-1055 de 2000, T-968 y T-992 de 2002, T-791, T-921 y T-982 de 2003, T-581 y T-738 de 2004, entre muchas otras.”

<sup>222</sup> Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-654 de 1999, T-536 de 2001, T-1018 y T-1100 de 2002, T-538 y T-995 de 2003, T-603, T-610 y 949 de 2004.”

<sup>223</sup> Sobre el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-1331 de 2000, T-671 de 2001, T-593 y T-659 de 2003 y T-956 de 2004, entre otras.”

<sup>224</sup> Ver las sentencias T-256 y T-257 de 2000 y T-233 de 2001.”

<sup>225</sup> Ver la sentencia T-1278 de 2005.”

<sup>226</sup> Esta tesis ha sido un desarrollo jurisprudencial de este Tribunal Constitucional planteado, entre otras, en las sentencias T-859 y T-860 de 2003.”

<sup>227</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1175 de 2008.

garantizar sus derechos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción.

Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA. Esta reacción negativa debe ser contrarrestada con una eficaz acción estatal tendiente a suscitar la comprensión y la solidaridad, evitando la expansión de la enfermedad. La Constitución cuenta con mecanismos eficaces para proteger los derechos del enfermo de SIDA, entre ellos la acción de tutela contra particulares encargados del servicio público de la salud, cuando de su prestación dependen los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía (Decreto 2591 de 199, art. 42).” (Subrayas fuera del texto original)

Conforme con lo anterior la Corte Constitucional ha dispuesto que el Estado cuenta con la obligación de brindarle atención en salud, integral y preferente, a las personas portadores del VIH/SIDA. Sobre el punto en cuestión, en la Sentencia T-213 de 2006, se manifestó que:

“Los portadores de VIH/SIDA constituyen un grupo de personas en estado de debilidad manifiesta, ya que esta enfermedad que los aqueja va deteriorando progresivamente su estado de salud, sin que exista en la actualidad tratamiento alguno que detenga el avance del virus de manera definitiva. Por esta razón, son ellos los acreedores de una protección especial por parte del Estado, que se traduce, entre otros, en la obligación de prestarles atención integral y preferente en salud para hacer frente a su difícil situación médica.”

Lo anterior, fue retomado por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-579A de 2011<sup>228</sup>. Su texto, en lo relevante, es el siguiente:

“La naturaleza fundamental del derecho a la salud es evidente tratándose de portadores o enfermos de VIH/SIDA quienes son sujetos de especial protección constitucional y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta debido a que sufren de una enfermedad, por el momento incurable, que genera un deterioro progresivo de su estado de salud. El Estado se encuentra entonces en la obligación de brindarles atención integral y preferente en salud a estas personas en aras de garantizarles la vida y también por tener el Estado una posición de garante de la salubridad y el orden público.

Por lo anterior, cuando un enfermo o portador de VIH/SIDA requiere un tratamiento o procedimiento fundamental para garantizar su existencia en condiciones dignas, ya sea que se encuentre o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encontrándose la persona afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud o vinculada, su derecho a la salud se considera fundamental y es amparado a través de la acción de tutela.” (Subrayas fuera del texto original)

---

<sup>228</sup> Es necesarios precisar que existe un extenso precedente de la Corte Constitucional, en que se reconoce a los portadores del VIH/SIDA, como sujeto de protección constitucional reforzada.

De acuerdo con la decisión previamente expuesta se encuentra demostrado que en el ordenamiento jurídico nacional, el acceso al servicio médico es considerado como un componente esencial al derecho fundamental a la salud. Lo anterior toma una relevancia constitucional superior frente a las personas portadoras del VIH/SIDA, en razón a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Por tanto, son objeto de protección constitucional reforzada, la cual debe encontrar su principal manifestación en la obligación en cabeza de Estado de brindarles atención médica integral y preferente. En caso de que el deber previamente expuesto sea desatendido, el sujeto afectado podrá obtener protección judicial mediante el ejercicio de la acción de tutela.

#### **2.4. La idoneidad y efectividad de la acción de tutela frente a los hechos en que se pretende fundamentar la presunta violación de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH**

Según como se expuso previamente en el presente trámite internacional los representantes de la presunta víctima alegan la supuesta violación de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio del señor Ángel Alberto Duque. Para sustentar dicha alegación afirman que la falta de reconocimiento del derecho pensional en cuestión causó la ausencia de los recursos necesarios para que la presunta víctima pudiera continuar sufragando las cotizaciones correspondientes al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Conforme con lo anterior sostienen que, “por varios periodos (Sic) de tiempo”<sup>229</sup>, al señor Duque se le suspendió el tratamiento médico prescrito por su médico tratante.

Mediante el presente acápite se demostrará que en múltiples oportunidades el juez constitucional ha otorgado el amparo consagrado en el artículo 86 Superior, frente a sujetos que se encuentran en la misma situación a la que alegada por los representantes del señor Duque para fundamentar la presunta violación de sus derechos a la integridad personal y a la vida. Lo anterior por cuanto en el ordenamiento jurídico colombiano, el acceso al Sistema General de la Seguridad Social en Salud, no se encuentra sometido al reconocimiento del derecho pensional que reclama la presunta víctima o a su capacidad de pago.

Entonces, en los casos en los que se ha acreditado la ausencia de los ingresos necesarios para asumir cualquier costo derivado de la atención médica o la interrupción del tratamiento por falta de pago de las cotizaciones correspondientes al régimen contributivo del SGSSS, el juez de tutela ha procedido a la emisión de las ordenas judiciales tendientes a la inmediata protección de los derechos fundamentales del sujeto afectado.

a) Para demostrar lo anterior, en primer lugar, puede acudir a la Sentencia T-505 de 1992.<sup>230</sup> Mediante dicho fallo se resolvió la acción de tutela instaurada por un portador de VIH/SIDA, al que se le negaba la atención médica requerida en razón

---

<sup>229</sup> ESAP. Párr. 81.

<sup>230</sup> Anexo 18.

a la falta de recursos para asumir su costo. Frente a este caso, la Corte Constitucional, confirmó la decisión de segunda instancia en el que se concedía el amparo reclamado y se ordenaba la prestación gratuita del tiramiento prescrito.<sup>231</sup> Al respecto, se manifestó lo siguiente:

“En el caso sub-examine, el señor DIEGO SERNA GOMEZ ha demostrado padecer de SIDA y haber recurrido, sin éxito por causa de su precaria condición económica y la de su familia inmediata, a los servicios médico-asistenciales del Estado. La negativa del Hospital Universitario del Valle de prestarle la asistencia integral exigida por la ley configura una vulneración de la protección especial garantizada igualmente por la Constitución a personas colocadas en circunstancias de debilidad manifiesta. De no corregirse esta situación, ello redundaría no sólo en una clara discriminación en contra del solicitante, sino además en el aumento del riesgo social que implica no prevenir y controlar la propagación de su enfermedad. Por los anteriores motivos, esta Corte procederá a confirmar la decisión aquí revisada.”

Como puede verse, desde sus primeras decisiones, la Corte Constitucional reconoció que la falta de recursos por parte del paciente portador de VIH/SIDA no puede ser un obstáculo para la prestación del tratamiento requerido. En concordancia con lo anterior, en las ocasiones que se sometieron a su conocimiento casos de las características expuestas, procedió a otorgar el amparo reclamado y a ordenar la prestación gratuita del servicio médico.

**b)** Del mismo modo la Corte Constitucional ha establecido que, el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra ilustrado por el principio de continuidad. En consecuencia, en los casos en que se dejen de pagar las cotizaciones al régimen contributivo, no podrá suspenderse de manera intempestiva los tratamientos médicos en curso.

En concordancia con lo anterior, mediante la Sentencia T-829 de 1999, se trató el caso de una paciente afiliada al SGSSS en calidad de beneficiaria de su esposo. Una vez iniciado el tratamiento requerido por ella, su cónyuge perdió el empleo. En consecuencia, dejaron de realizarse las cotizaciones y se suspendió la prestación del servicio de salud. Frente a los supuestos previamente descritos, la Corte Constitucional otorgó el amparo solicitado y ordenó que se procediera al suministro de la atención requerida.<sup>232</sup> Como fundamento de su decisión, la Corporación en cuestión, manifestó lo siguiente:

---

<sup>231</sup> “El Consejo de Estado, mediante sentencia de la Sala Plena del Contencioso Administrativo del 17 de marzo de 1992, revocó la providencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y accedió a la tutela implorada, ordenándole al Director del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” y al Gobernador del Valle del Cauca que “dispongan lo pertinente para prestarle inmediatamente los servicios necesarios tendientes a proteger la vida y recuperar la salud del señor DIEGO SERNA GOMEZ.” (Corte Constitucional, Sentencia T-505 de 1992)

<sup>232</sup> En la parte resolutive de la decisión bajo análisis, se dispuso lo siguiente: “Primero. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Manizales el 3 de junio de 1999 y, en su lugar, TUTELAR el derecho a la salud de Luz Marina Zambrano Trujillo en conexión con su derecho fundamental a una vida digna.

“En efecto, 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 adquiera 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.”<sup>233</sup>

c) El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, también fue implementado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-613 de 2008.<sup>234</sup> Mediante dicho fallo se resolvió el caso de un paciente portador de VIH/SIDA, afiliado al SGSSS en calidad de beneficiario de su padre en el régimen contributivo, al cual se le suspendió el servicio de salud en razón a que cumplió la mayoría de edad.

Aunque para el momento del fallo se configuró la carencia actual de objeto, en razón a que ya se la había brindado una solución adecuada al accionante, la Corte Constitucional decidió pronunciarse sobre el fondo del caso. En consecuencia, con la finalidad de reiterar la jurisprudencia sobre la importancia de la continuidad en la prestación de servicio de salud frente a un paciente portador de VIH/SIDA, la Corporación en cuestión puntualizó lo siguiente:

“Cuando un tratamiento iniciado se prolonga en el tiempo, la E.P.S. debe prestar el servicio hasta el momento en el cual se asegure que la atención de la persona afectada pasa a ser responsabilidad de otra entidad y, mientras tanto, tiene, además, el deber de informar, orientar y acompañar al usuario de los servicios de salud, de manera que si la debida información resulta insuficiente, ha de cumplir

---

Segundo. INAPLICAR el literal b) del artículo 58 del decreto 806 de 1998 para este caso concreto y, en consecuencia, ordenar a la empresa promotora de salud - Salud Total que, en el término de las 24 horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la continuación del tratamiento requerido por la demandante para la recuperación de su salud, pero limitado a cuanto se relacione con la extracción de las cordales a que fue sometida el 27 de febrero de 1999, hasta su terminación.”

<sup>233</sup> Sobre el punto en cuestión, mediante la Sentencia T-170 de 2002, se estableció lo siguiente: “En la sentencia T-406 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Sala Séptima de Revisión decidió que en virtud del principio de continuidad del servicio público de salud, una EPS no puede suspender la atención médica a sus afiliados y beneficiarios por el hecho de que la persona obligada de entregar los aportes no lo haya hecho.

En aquella oportunidad la Sala consideró que uno de los principales fines del Estado es la prestación de los servicios públicos. A partir de la lectura de varias disposiciones constitucionales, señaló que los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales. Para ello, señaló el propio fallo, uno de los principales principios que rige la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de salud, es el principio de continuidad, el cual se deriva del propio texto constitucional y de la ley.”

<sup>234</sup> Anexo 19.

el deber de acompañamiento y de coordinación con la entidad que asume la continuación del tratamiento.

Aunque el señor Pablo ha sido aceptado en el SISBEN, Coomeva E.P.S. no podía interrumpir el tratamiento iniciado aduciendo la pérdida de la condición de beneficiario fundada en el hecho de haber cumplido la mayoría de edad, pues era su deber informar acerca de las alternativas que permitieran proseguir el tratamiento, acompañarlo y asegurarse de que la responsabilidad había quedado en cabeza de otra entidad.

Así las cosas, la Sala advertirá a Coomeva E.P.S que era su deber cumplir los deberes de información y acompañamiento, así como asegurar el cumplimiento del principio de continuidad, a fin de que no vuelva a incurrir en actuaciones como las que originaron la acción de tutela de la referencia.”

Como puede verse la Corte Constitucional ha establecido que, en las ocasiones en que la sea necesario que un paciente portador de VIH/SIDA se traslade del régimen contributivo al régimen subsidiado por la falta de recursos sobreviniente, no se podrá poner en riesgo la continuidad del servicio. En consecuencia, la Empresa Promotora de Salud del régimen contributivo, solo podrá suspender el tratamiento hasta que esté en cabeza de la entidad correspondiente del régimen subsidiado. Adicionalmente, dispuso la obligación consistente en que se le brinde al usuario la información y el acompañamiento necesario en los trámites administrativos para que se efectúe la transición.

En este punto debe precisarse que frente a los pacientes portadores de VIH/SIDA, dada la calidad permanente del tratamiento requerido, se garantiza la continuidad del servicio mediante el traslado programado del régimen contributivo al subsidiado. Bajo este supuesto, la EPS que inicialmente prestaba el tratamiento, sólo se verá liberada de su obligación cuando se encuentre garantizada la atención médica al paciente por parte de la entidad receptora.

d) En este punto, también resulta relevante considerar lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-676 de 2011.<sup>235</sup> Mediante dicho fallo se decidió el caso de un paciente portador de VIH/SIDA, al cual, por la falta de recursos, se le estaba negando el tratamiento médico requerido. Frente a dicha situación, la Corporación en cuestión, otorgó el amparo reclamado. Conforme con ello, ordenó que se adelantaran las acciones necesarias para que el sujeto afectado fuese afiliado al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, dispuso que se le exonerara de las cuotas de recuperación derivadas del tratamiento prescrito.<sup>236</sup> El texto del fallo bajo análisis, en lo relevante, es el siguiente:

---

<sup>235</sup> Anexo 20.

<sup>236</sup> En la parte resolutive de la Sentencia T-676 de 2011, se dispuso lo siguiente: “Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, el cinco (05) de marzo de dos mil doce (2012), dentro del proceso de tutela de Ana, actuando como agente oficioso del señor Pedro, contra la Secretaría de

“De las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que tratándose de personas que sufren el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), o se encuentran en la etapa del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), por disposición constitucional, y desarrollo legal, su derecho a acceder a los servicios de salud que requieren, se protege de forma especial. El tratamiento médico del VIH tiene las características (i) de ser de alto costo, y (ii) permanente. De esas características nacen dos derechos para los usuarios contagiados con dicho virus: (a) el derecho a acceder a todos los servicios que requieran, estén o no contemplados en el POS, y sin que el factor económico sea en ningún caso un obstáculo para ello. Muchos usuarios no tienen los recursos, o sólo tienen recursos suficiente para asumir de forma parcial el costo de los medicamentos, y de los exámenes necesarios para el control de la evolución de la enfermedad; cuando esto sucede, en virtud del principio de solidaridad del Sistema de Seguridad Social, el Estado y las entidades encargadas de la administración de los recursos de la salud, deben cubrir la demanda de servicios necesarios para garantizarles el goce efectivo de su derecho a la salud, y la vida en condiciones dignas; y (b) los servicios de salud para las personas contagiadas por el VIH deben ser suministrados de forma continua. Por tratarse de una enfermedad progresiva, que se combate a través de tratamientos permanentes, la jurisprudencia constitucional reprocha el hecho de que un paciente de VIH se quede sin cobertura en salud, mucho menos si la falta de cobertura obedece a un problema de afiliación del usuario al Sistema.

Como señaló la Sala en la presentación del caso concreto, esta acción de tutela tiene por finalidad evitar que el señor Pedro, quien padece de VIH, tenga inconvenientes para acceder a los servicios de salud que requiere, y que esa situación, agrave su estado de vulnerabilidad. Para cumplir tal objetivo, la Sala estima que el actor debe seguir recibiendo por parte del Nuevo Hospital San Rafael de Girardot tales servicios, en calidad de vinculado al Sistema; pero como ya se expuso, para esta Corporación la calidad de vinculado es una circunstancia transitoria, que, por lo tanto, no puede mantenerse de forma indefinida. En consecuencia, la orden de esta Sala, tal como lo hizo la Corte en la sentencia T-

---

Salud Municipal de Girardot y *Caprecom IPS Nuevo Hospital San Rafael de Girardot*, y en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del agenciado.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría de Salud de Girardot que garantice la afiliación permanente del señor Pedro al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través del régimen subsidiado, para lo cual (i) deberá solicitar a la Oficina de Planeación de Municipio o a la entidad que asuma la realización de la encuesta SISBEN, efectuar una nueva encuesta al actor, teniendo en cuentas sus especiales circunstancias de vulnerabilidad; y (ii) cuando se cumpla el primer punto de esta orden, la misma entidad deberá asignarle al usuario una EPS-S que le preste los servicios de salud que requiere, de forma continua, y por el tiempo que sea necesario para garantizar el control de la evolución de la enfermedad VIH.

Tercero.- ORDENAR al *Nuevo Hospital San Rafael de Girardot* que siga suministrando al señor Pedro los servicios de salud que requiere para tratar el contagio por *virus de inmunodeficiencia humana*, sin que se interrumpa la prestación, y hasta tanto, otra institución de salud delegada por la Secretaría de Salud Municipal de Girardot, asuma la prestación permanente de tales servicios.

Cuarto.- ORDENAR al *Nuevo Hospital San Rafael de Girardot* exonerar al señor Pedro del pago de la cuota de recuperación, por valor de un millón setecientos cien pesos (\$1.700.100), que le cobró esa entidad por la atención médica que le fue suministrada el día 18 de febrero de 2012.”

213 de 2006, será ordenar a la Secretaría de Salud Municipal concretar la afiliación del peticionario al Sistema en el régimen subsidiado.<sup>237</sup>

Conforme con las decisiones previamente expuestas, se encuentra demostrado que el ordenamiento jurídico colombiano dispone una amplia protección constitucional a favor de los pacientes portadores de VIH/SIDA. Ésta encuentra su principal manifestación en un número importante de medidas encaminadas a: **i)** asegurar la continuidad de la prestación del servicio médico requerido por dichos sujetos y **ii)** garantizar que la ausencia de recursos por parte del usuario no sea óbice para que reciban el tratamiento que les ha sido prescrito para afrontar la patología que padecen.<sup>238</sup>

Adicionalmente, se ha probado que en los casos en que las entidades públicas o privadas han desconocido el marco de protección previamente expuesto, los sujetos afectados han contado con la acción de tutela como un recurso eficaz para lograr la protección inmediata de sus derechos fundamentales a la Salud, la integridad física y la vida.

e) De acuerdo con los anteriores argumentos, se concluye que resultan desacertadas las alegaciones de los representantes de la presunta víctima y de la Comisión, en las que se afirma que el servicio médico del régimen subsidiado para la atención del VIH/SIDA corresponde al 50% del que se otorga en el régimen contributivo. Según como quedó expuesto la Corte Constitucional ha establecido de manera reiterada que, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se le debe brindar al paciente toda la asistencia necesaria para que afronte en debida forma la patología que padece. Esto incluye todos los tratamientos prescritos por el médico tratante, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, sin que la falta de recursos por parte del usuario pueda ser un obstáculo para ello.<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-676 de 2011.

<sup>238</sup> En este punto debe considerarse que, la Corte Constitucional, desde la Sentencia C-089 de 1998, se estableció que en ningún caso las cuotas moderadoras puede constituir un obstáculo para la prestación oportuna del servicio de salud. Del mismo modo, mediante el artículo 7° del Acuerdo 260 de 2004, se dispuso que el tratamiento requerido para la atención médica de enfermedades catastróficas, como el VIH/SIDA, se encuentra exento de este tipo de erogaciones por parte del paciente.

<sup>239</sup> Lo expuesto ha sido reconocido por la Corte Constitucional en las sentencias T-505 de 1992, T-613 de 2008 y T-676 de 2011, entre otras. En la última se recogió la jurisprudencia sobre el punto en cuestión, como se expone a continuación: “El tratamiento médico del VIH tiene las características (i) de ser de alto costo, y (ii) permanente. De esas características nacen dos derechos para los usuarios contagiados con dicho virus: (a) el derecho a acceder a todos los servicios que requieran, estén o no contemplados en el POS, y sin que el factor económico sea en ningún caso un obstáculo para ello. Muchos usuarios no tienen los recursos, o sólo tienen recursos suficiente para asumir de forma parcial el costo de los medicamentos, y de los exámenes necesarios para el control de la evolución de la enfermedad; cuando esto sucede, en virtud del principio de solidaridad del Sistema de Seguridad Social, el Estado y las entidades encargadas de la administración de los recursos de la salud, deben cubrir la demanda de servicios necesarios para garantizarles el goce efectivo de su derecho a la salud, y la vida en condiciones dignas.” (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, resulta claro que el traslado del señor Ángel Alberto Duque del régimen contributivo al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en ninguna forma le hubiese generado un perjuicio en cuanto al tratamiento del VIH.

De esta forma se reitera que conforme con el ordenamiento jurídico nacional, el acceso al Sistema General de la Seguridad Social en Salud, no se encuentra sometido al otorgamiento del derecho pensional que reclama la presunta víctima o a su capacidad de pago. Entonces, la continuidad en la prestación del tratamiento prescrito al señor Duque o la exoneración de copagos y cuotas moderadoras frente a la falta de recursos, no estaban sometidas al reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Si el señor Ángel Alberto Duque consideraba que se le realizaban cobros que no tenía la posibilidad de sufragar o que se estaba interrumpiendo el tratamiento retroviral, contaba con la posibilidad de entablar una acción tutela. Dicha solicitud, de ninguna forma, se encontraba ligada a la reclamación del derecho pensional en cuestión. Por tanto, mediante su ejercicio, la presunta víctima podía obtener el amparo de sus derechos fundamentales a salud, a la integridad personal y a la vida.

De esta forma, en caso de que el juez constitucional hubiese encontrado probados los hechos alegados por los representantes del señor Duque, le correspondería emitir las órdenes necesarias para que se le suministraran los servicios médicos requeridos de manera gratuita, inmediata y continua, atendiendo al precedente establecido por la Corte Constitucional.

Por tanto resulta desacertado afirmar que, la protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la convención, estaba ligada al reconocimiento de la pensión de sobreviviente del señor Duque. Entonces, se equivoca la CIDH cuando afirma que la supuesta vulneración a la integridad personal de la presunta víctima, tiene un carácter subsidiario frente a las vulneraciones que se pretenden relacionar con la negativa al otorgamiento del derecho pensional en cuestión.<sup>240</sup>

De esta forma, se concluye que el amparo consagrado en el artículo 86 Superior constituye un recurso que la presunta víctima debía agotar, frente a los hechos alegados (falta de continuidad en el tratamiento retroviral) como fundamento de la supuesta violación a los artículos 4.1 y 5.1 del CADH.

Es así como se encuentra probado que respecto de las presuntas violaciones derivadas de las supuestas falencias en la prestación del servicio médico, se configura la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos consagrada

---

<sup>240</sup> Sobre el punto en cuestión, en párrafo 99 del Informe de Fondo 5/14, la Comisión, de forma errada, concluyó lo siguiente: “La Comisión recuerda que el Informe de Admisibilidad 150/11 determinó que, en este caso, el análisis del derecho a la integridad personal tenía un carácter subsidiario y dependía de la conclusión a que se arribara respecto del mérito de los alegatos formulados en relación con los artículos 8.1, 24, y 25 de la Convención Americana.”

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 desconocería el principio de subsidiaridad que orienta al SIPDH.

\*\*\*

### III. FONDO

#### A. El Estado no es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales (art. 8 CADH), a la protección judicial (art. 25 CADH), y el derecho a la igualdad (art. 24 CADH) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH

En su Escrito de Sometimiento del Caso, la H.Comisión afirmó que el análisis de la CorteIDH debe centrarse en el caso concreto relacionado con la presunta víctima, y no en los avances posteriores a la presentación de la primera solicitud de pensión por parte del Señor Duque. Al respecto, en su Informe de Fondo No.5/14 la CIDH afirma que:

“La Comisión ya ha valorado los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana orientados a garantizar los derechos de las personas y parejas LGBTI, entre ellos, en relación con el acceso al derecho de pensión en el caso de parejas del mismo sexo. Sin embargo, la Comisión reitera que dichos avances jurisprudenciales recién comenzaron a partir del año 2007 y por lo tanto, resultan muy posteriores a los hechos del caso, e incluso a la presentación de la petición ante la CIDH. En consecuencia, si bien la Comisión reconoce que algunos aspectos del caso pueden evolucionar con el tiempo, **su análisis debe centrarse en la situación de la presunta víctima y la alegada afectación de sus derechos que presenta en su caso.**”<sup>241</sup> (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Si bien el Estado está de acuerdo en la necesidad de que el análisis de este caso se centre en los derechos de la presunta víctima, considera que la H.Comisión se equivoca al considerar que los avances posteriores y especialmente la existencia de recursos adecuados y efectivos sobrevenientes para proteger la situación jurídica presuntamente infringida, no resultan relevantes a la hora de analizar la responsabilidad internacional del Estado. Como se afirmó en el capítulo de excepciones preliminares, esta afirmación de la H.Comisión desconoce uno de los principios estructurales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como lo es el principio de subsidiariedad y la posibilidad de evolución en la protección de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los Estados.

Además de los argumentos presentados en las excepciones preliminares respecto de la existencia de recursos adecuados y efectivos, el Estado demostrará que (i) si bien existió un hecho ilícito internacional, este hecho ilícito principal cesó con la Sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró, y aunque

---

<sup>241</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque, Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 54.

subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la Sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo; (ii) subsisten aún obligaciones secundarias del Estado, en particular el deber de reparar, que hoy son protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos en el interior del Estado; las razones por las cuales estos recursos no se han activado, dependen exclusivamente de la víctima, por lo cual no pueden ser trasladados al Estado para declarar su responsabilidad internacional; (iii) en la medida en que la Corte Constitucional en Colombia ya declaró la existencia de una violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación (aplicando por lo demás los estándares internacionales vigentes en el momento de la decisión), la H.Corte estaría actuando como una cuarta instancia al declarar, de nuevo, la existencia de estas violaciones, y (iv) el Estado no incurrió en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron en primera y segunda instancia la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no existían elementos en el derecho internacional que les exigieran ejercer un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima.

Estos elementos le permitirán concluir a la H.Corte que el Estado no violó los derechos a las garantías judiciales (art. 8) la protección judicial (art. 25) y el derecho a la igualdad (artículo 24), en conexidad con los deberes consagrados en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al Señor Duque.

- 1. Si bien existió un hecho ilícito internacional, éste hecho ilícito principal cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo**

Existen dos elementos necesarios para la configuración de un hecho ilícito internacional: (a) la violación de una obligación internacional; y (b) la atribución de dicha conducta al Estado, que se da como regla general por el actuar de sus agentes<sup>242</sup>. La consecuencia del hecho ilícito internacional es, sin duda, la responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad, como ya lo ha aclarado la H.Corte, puede surgir por las acciones u omisiones de cualquiera de los poderes públicos del Estado<sup>243</sup>. Los primeros llamados a declarar la existencia de un hecho ilícito internacional son los propios Estados, quienes pueden y deben, en virtud del principio de subsidiariedad, responder a la violación y hacer que cese el

---

<sup>242</sup> Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Por James Crawford. Artículo 4.

<sup>243</sup> CorteIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

hecho ilícito y sus posibles efectos. En tal caso, no le corresponde a la H.Corte Interamericana **ratificar** o volver a verificar lo que ya ha sido declarado por el propio Estado. La H.Corte al respecto ha afirmado que:

“Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa<sup>244</sup>. “En fin de cuentas, cuando se comente una violación surge la responsabilidad internacional del Estado –consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por éste-, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Ésta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna”<sup>245</sup>, <sup>246</sup> (Subrayas fuera de texto. Se mantienen citas dentro del texto)

Esto implica que **(i)** la responsabilidad internacional del Estado surge con independencia de la activación de la competencia de los órganos internacionales y por tanto **(ii)** debe poder ser declarada por los propios órganos del Estado. Y, en todo caso, no siempre que surja la responsabilidad internacional del Estado, se activa la competencia de los órganos de protección del Sistema Interamericano.

Pero además, como se afirmó en el capítulo de excepciones preliminares, el principio de subsidiariedad no sólo se refleja en la regla tradicional que indica la necesidad de agotar los recursos internos antes de acudir a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que también implica de una manera más general que son los operadores nacionales de cada Estado los mejor situados y llamados a garantizar los derechos de las víctimas, y poner fin tanto al hecho internacionalmente ilícito, como a sus efectos.

El artículo 30 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado establece que:

“Artículo 30.- Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.” (Subrayas fuera del texto original)

Es decir, la obligación principal por excelencia que tiene el Estado frente a un hecho ilícito internacional, es ponerle fin, garantizar que cese. El artículo 14 del Proyecto de artículos al respecto establece que:

---

<sup>244</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, IIDH, San José, Costa Rica, 2007, p. 43.

<sup>245</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana”, en La jurisdicción interamericana de derechos humanos, CNDH y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2006, p. 90.

<sup>246</sup> CorteIDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Voto Concurrente. Párr. 6. Voto Concurrente. Párr. 6.

“Artículo 14.- Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.” (Subrayas fuera de texto original)

Los comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, que resultan de suma importancia para entender el alcance de las disposiciones, explican de mejor manera cuál es la naturaleza del hecho ilícito internacional y hasta cuándo se extiende, o en otras palabras, cuando cesa. En relación con los hechos ilícitos internacionales que se consideran *continuados*, los comentarios al Proyecto de Artículos indican que:

“(3) In accordance with *paragraph 2*, a continuing wrongful act, on the other hand, occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the State is bound by the international obligation during that period. Examples of continuing wrongful acts include the maintenance in effect of legislative provisions incompatible with treaty obligations of the enacting State, unlawful detention of a foreign official or unlawful occupation of embassy premises, maintenance by force of colonial domination, unlawful occupation of part of the territory of another State or stationing armed forces in another State without its consent.”<sup>247</sup>  
(Subrayas fuera del texto original)

El Estado reconoce que en este caso existió un hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del periodo de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo. La pregunta sobre desde cuándo surgió la incompatibilidad entre esas normas y la obligación internacional que exigía al Estado reconocer estos derechos pensionales a las parejas del mismo sexo es mucho más compleja, en la medida en que la propia CIDH reconoce que esta obligación surgió de la interpretación evolutiva de los tratados y de las normas nacionales en la materia. Sin embargo, en este momento el Estado no se ocupará de analizar desde cuándo

---

<sup>247</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected. Pág. 30.

surgió el hecho ilícito internacional<sup>248</sup>. Lo relevante en este punto es analizar si (a) cesó el hecho ilícito internacional, (b) cuándo cesó el hecho ilícito internacional y (c) qué incidencia tiene esta cesación para el pronunciamiento de la CorteIDH.

Las preguntas (a) y (b) se hacen indispensables para demostrarle a la H.Corte que no es cierto, como lo afirman los representantes de la presunta víctima y parcialmente la H.Comisión, que no haya cesado el hecho ilícito internacional y que la única manera para garantizar la no repetición de las violaciones sea a través de la expedición de una ley.

La pregunta (c) es de la mayor relevancia en la medida en que la CorteIDH constantemente conoce de violaciones a los derechos humanos que en efecto han cesado antes de ser sometidas al Tribunal Internacional, pero no siempre esa cesación tiene una verdadera incidencia en la sentencia del Tribunal. En efecto, en principio no sería relevante afirmar que el hecho ilícito ya cesó. De hecho, es posible que la H.Comisión conceda este punto al Estado. Sin embargo, el medio a través del cual se produjo esa cesación y la existencia de recursos adecuados y efectivos dentro del Estado para subsanar cualquier posible efecto que siga produciendo el hecho ilícito internacional que ya cesó, y las obligaciones secundarias que se derivan de este hecho ilícito, permitirán concluir a la H.Corte que no debe pronunciarse respecto de la responsabilidad internacional del Estado.

En el presente caso, mucho antes que el caso fuera sometido a la H.Corte e incluso antes que fuera proferido el Informe de Admisibilidad por parte de la H.Comisión, el hecho ilícito internacional principal cesó, aunque luego se haya transformado para generar obligaciones internacionales secundarias. En efecto, como se demostró ampliamente en el capítulo de excepciones preliminares, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y particularmente la Sentencia C-336 de 2008 tuvo la capacidad de modificar las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional. En este punto es importante dejar claro un aspecto fundamental que se abordará con profundidad más adelante: el hecho ilícito internacional en este caso se produce por la vigencia de unas normas, y no por la actuación de los jueces que las aplicaron. De la misma manera, el hecho ilícito internacional cesó con la modificación de dichas normas – en este caso vía jurisprudencial – que permitían la continuidad de ese hecho ilícito internacional.

La propia Comisión, en su Informe de Fondo, afirma que la principal obligación del Estado en materia de no discriminación consiste en “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”<sup>249</sup>. Esto fue justamente lo que hizo el Estado a través de la Sentencia C-336 de 2008 y lo que consolidó a través de la Sentencia T-051 de 2010.

---

<sup>248</sup> Este punto será relevante para el análisis sobre la inexistencia de una obligación para los jueces nacionales de realizar un control de convencionalidad en el año 2002.

<sup>249</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 61.

Valga también precisar que la cesación del hecho ilícito internacional no implica que ciertos efectos de ese ilícito no se mantengan en el tiempo. Al respecto, el documento de comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado afirma que:

(5) Moreover, the distinction between completed and continuing acts is a relative one. A continuing wrongful act itself can cease: thus a hostage can be released, or the body of a disappeared person returned to the next of kin. In essence, a continuing wrongful act is one which has been commenced but has not been completed at the relevant time. Where a continuing wrongful act has ceased, for example by the release of hostages or the withdrawal of forces from territory unlawfully occupied, the act is considered for the future as no longer having a continuing character, even though certain effects of the act may continue. In this respect, it is covered by paragraph 1 of article 14.

(6) An act does not have a continuing character merely because its effects or consequences extend in time. It must be the wrongful act as such which continues. In many cases of internationally wrongful acts, their consequences may be prolonged. The pain and suffering caused by earlier acts of torture or the economic effects of the expropriation of property continue even though the torture has ceased or title to the property has passed. Such consequences are the subject of the secondary obligations of reparation, including restitution, as required by Part Two of the articles. The prolongation of such effects will be relevant, for example, in determining the amount of compensation payable. They do not, however, entail that the breach itself is a continuing one.<sup>250</sup>  
(Subrayas fuera del texto original)

Los efectos después de la cesación del hecho ilícito internacional, en efecto, pueden ser diversos, pero no generan en sí mismos la responsabilidad internacional del Estado. En el caso que nos ocupa, ciertos efectos que podrían señalarse se refieren a:

- (i) La necesidad para las víctimas de agotar nuevos recursos internos que por la propia naturaleza de la declaración del hecho ilícito son sobrevenientes a posibles peticiones presentadas antes de que el hecho ilícito internacional cesara. Este efecto, antes que constituir un nuevo hecho ilícito internacional, es el resultado natural del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, particularmente del deber de proveer recursos adecuados y efectivos para reparar las violaciones a los derechos humanos.
- (ii) Los posibles vacíos de *reglamentación y regulación*, tales como las precisiones de la aplicación en el tiempo de la sentencia de la Corte

---

<sup>250</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected. Pág. 30.

Constitucional o los medios de prueba para demostrar las uniones de parejas del mismo sexo. Como se mostró ampliamente en el capítulo de excepciones preliminares, estos efectos ya fueron subsanados con la jurisprudencia posterior de la propia Corte Constitucional y en particular con la Sentencia T-051 de 2010.

Así, hoy existe certeza jurídica para la implementación de la sentencia de la Corte que reconoció derechos pensionales a parejas del mismo sexo. En efecto, las líneas jurisprudenciales progresivas han llenado cualquier posible vacío que pudiera estarse presentando en relación tanto con los medios de prueba para mostrar las uniones, como con los efectos de la sentencia C-336 de 2008. Por tanto, este posible efecto del hecho ilícito internacional ya fue también subsanado.

En suma, la Sentencia C-336 de 2008 tuvo la virtualidad de poner fin al hecho ilícito internacional continuado que tenía como origen la vigencia de unas normas que fueron modificadas por la jurisprudencia. Los efectos de ese hecho ilícito internacional, en particular la falta de certeza sobre los medios de prueba de las uniones homosexuales y los efectos en el tiempo de la sentencia de 2008, fueron subsanados con la Sentencia T-051 de 2010. Los efectos concretos para la presunta víctima del caso que hoy ocupa a la H.Corte también fueron subsanados por la existencia de recursos adecuados y efectivos para reparar su situación concreta, como se demostrará a continuación.

**2. Subsisten aún obligaciones secundarias del Estado, en particular el deber de reparar, que hoy son protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos en el interior del Estado; las razones por las cuales estos recursos no se han activado, dependen exclusivamente de la víctima, por lo cual no pueden ser trasladados al Estado para declarar su responsabilidad internacional**

No es el argumento del Estado que haya sido suficiente con las sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010 para eliminar cualquier consecuencia para la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, sí es su argumento que su obligación internacional secundaria una vez cesó el hecho ilícito internacional, era crear las condiciones para reparar las violaciones a los derechos que se produjeron en virtud de la aplicación de la ley, es decir, la provisión de recursos adecuados y efectivos para reparar esos derechos.

Como demostró ampliamente el Estado en su capítulo de excepciones preliminares, la presunta víctima contaba y cuenta aún con recursos adecuados y efectivos para obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, a saber (a) el recurso administrativo para reclamar la pensión ante COLFONDOS y (b) en caso de que el derecho sea negado –lo cual es una simple suposición de los representantes que no ha sido probada – la acción de tutela que se ha probado como adecuada y efectiva para proteger el derecho, en particular por la evolución normativa que se ha presentado frente al reconocimiento del derecho en Colombia.

Como también se afirmó en dicho capítulo, los representantes de la presunta víctima no han presentado justificación alguna para no haber agotado estos recursos, salvo el alegato general consistente en que esos recursos no estaban disponibles en el año 2002. Efectivamente, en el año 2008 la Corte Constitucional encontró que existía un hecho ilícito, particularmente la violación al principio de no discriminación, por la vigencia de las normas que no permitían el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo. Al cesar el hecho ilícito con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, el Estado tenía la obligación de generar las condiciones para que aquellos que se habían visto afectados por la existencia del hecho ilícito, pudieran reclamar sus pensiones. Como se afirmó líneas arriba, esta es la consecuencia natural de la cesación del hecho ilícito.

Por supuesto, el Estado tiene la obligación secundaria de reparar las violaciones. En este caso, Colombia está cumplimiento en debida forma esta obligación a través de la provisión de recursos adecuados y efectivos que permitirán concretar esta reparación. Sin embargo, esa obligación no ha podido ser concretada por razones que escapan a la voluntad del Estado. Es la presunta víctima la que debe activar los mecanismos para reclamar su pensión. Esta es una carga mínima para la presunta víctima que resulta completamente razonable y proporcionada.

Por lo demás, la víctima cuenta con asesoría jurídica calificada para presentar su reclamación en el nivel interno. Al Estado le sorprende que los representantes de la presunta víctima aleguen que no se les puede exigir presentar una nueva reclamación en el nivel interno –como si se tratara de una carga desproporcionada – y en cambio sí hayan realizado todas las gestiones, a todas luces más cualificadas y desgastantes en recursos humanos y financieros, para tramitar su caso hasta instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunque el Estado valora el papel de la H.Corte en la protección de los derechos humanos, insiste en que Colombia es el llamado a garantizar estos derechos y que tiene los mecanismos para hacerlo.

En suma, la obligación secundaria del Estado, consecuencia del hecho ilícito internacional, está siendo cumplida por Colombia al poner a disposición de la presunta víctima los recursos adecuados y efectivos para subsanar cualquier posible efecto del hecho ilícito internacional.

- 3. En la medida en que la Corte Constitucional en Colombia ya declaró la existencia de una violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación (aplicando por lo demás los estándares internacionales vigentes para el momento de tomar la decisión), la H.Corte estaría actuando como una cuarta instancia al declarar, de nuevo, la existencia de estas violaciones**

De acoger los argumentos de los representantes, la H.Corte estaría actuando como una instancia adicional a la jurisdicción doméstica, en contra de su reiterada

jurisprudencia<sup>251</sup>. En efecto, la Sentencia C-336 de 2008 fue el mecanismo a través del cual la Corte Constitucional declaró internamente la existencia de un hecho ilícito internacional. Esta declaración, por lo demás, no se hizo de cualquier manera, sino aplicando los estándares internacionales vigentes para el momento de la sentencia.

Al respecto, resulta importante resaltar varios aspectos de la Sentencia C-336-08. Primero, esta sentencia no es la primera en pronunciarse acerca de los derechos prestacionales de las parejas del mismo sexo, tal como se demostró en el capítulo de excepciones preliminares; sin embargo, si fue la primera que se pronunció de manera particular sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes, y en este sentido permitió que cesara el hecho ilícito internacional relacionado con la cuestión que hoy ocupa la atención de la H.Corte.

Segundo, la sentencia recogió varios conceptos de la sociedad civil pero además el concepto favorable del Ministerio Público, que fue sustentado sobre la base de las obligaciones internacionales del Estado, como fue resumido en la sentencia de la Corte Constitucional así:

“Al analizar las normas parcialmente acusadas, el Jefe del Ministerio Público recuerda la importancia jurídica de examinar e interpretar las normas a la luz de los valores, principios y reglas constitucionales, como también teniendo en cuenta los pronunciamientos de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Inicia su estudio refiriéndose a las expresiones contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, parcialmente acusados en el presente caso.

Para el Ministerio Público el análisis empieza por lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política que proscribe cualquier forma de discriminación con base en el sexo, lo cual encuentra respaldo en tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales, tal como lo prevé el artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales.

En su concepto, toda discriminación a las personas por razón de su orientación sexual resulta contraria a la dignidad humana, dignidad que resulta de la

---

<sup>251</sup> Al respecto, la Corte ha afirmado que: “Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”. A la Corte le corresponde decidir si, en el caso de que se trate, el Estado violó un derecho protegido en la Convención, incurriendo, consecuentemente, en responsabilidad internacional. La Corte no es, por tanto, un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos”. CorteIDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, párr. 80, 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.

decisión de mostrar capacidad de elegir y de la autonomía de la persona (...)"  
(Subrayas fuera de texto)

Esta posición del Ministerio Público fue respaldada por la Corte Constitucional, tribunal judicial que aplicó los estándares internacionales vigentes aplicables en su análisis sobre la constitucionalidad de las normas demandadas. En efecto, la Corte Constitucional afirmó que:

"5.6. La prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios por razones de sexo, también encuentra fundamento en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, a lo cual se agrega la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional<sup>252</sup>.

(...)

5.7. El Comité de Derechos Humanos encargado de la interpretación del Pacto ha afirmado que la categoría "*orientación sexual*" está incluida dentro del término "*sexo*" del artículo citado. Fue así como el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2003 una causa fundada en hechos similares a los referidos por los demandantes en el presente caso. El 18 de septiembre de 2003, el Comité, mediante Comunicación N° 941/2000, publicó la decisión que resolvió el caso Young Vs. Australia<sup>253</sup>. La decisión tuvo que ver con la solicitud de pensión de "persona a cargo" elevada por el compañero permanente de quien falleció luego de 38 años de convivencia; el demandante afirmó ser víctima de la violación del artículo 26 del Pacto, porque el Estado australiano le había negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto la legislación interna sólo consideraba como beneficiario al compañero o compañera de diferente sexo." (Subrayas fuera del texto original)

Vale la pena aclarar que no es la primera vez que, en este tema, la Corte Constitucional aplica estándares internacionales. En la Sentencia C-075 de 2007, importante antecedente a la decisión de 2008 de la Corte, el análisis también tomó en cuenta las obligaciones internacionales vigentes para el Estado y la interpretación de estas obligaciones por parte de los órganos de derechos humanos<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Cfr., entre otras, las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; y T-453 de 2005.

<sup>253</sup> Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000.

<sup>254</sup> En efecto, en la Sentencia C-075 de 2007, sobre la discriminación en este campo, en la citada sentencia la Corte expresó: "(...) se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con el artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de

Tercero, la aplicación de estándares internacionales vigentes en la Sentencia C-336 de 2008 fue integral, dado que recogió los únicos pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos que a la fecha – y sólo a partir del año 2003 –, reconocieron que la falta de reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo constituía una violación del principio de no discriminación y del derecho a la igualdad. En este punto es importante aclarar que la Corte Constitucional no aplicó como tal un control de convencionalidad en relación con la Convención Americana y la interpretación que de ésta ha hecho la H.Corte Interamericana, dado que para el momento de tomar su decisión no existían pronunciamientos de la CorteIDH aplicables<sup>255</sup>.

Cuarto, en relación con la libertad de configuración del legislador, la Corte Constitucional estableció en esta sentencia el claro límite del respeto al principio de no discriminación, y afirmó que la orientación sexual como categoría sospechosa exige un análisis de constitucionalidad más riguroso, así:

“6.10. Igualmente, esta Corte ha insistido, en que el control de la Corte sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1° del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población<sup>256, 257</sup>”.

---

diferenciación, y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que sí pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto”.

<sup>255</sup> Como se demostrará más adelante, la primera decisión de la CorteIDH aplicable fue proferida en el año 2012.

<sup>256</sup> En ese orden de ideas la Corte declaró inexecutable el límite de los 18 años edad previsto en la disposición acusada, para que las madres trabajadoras cuyos hijos padezcan de invalidez física o mental, cuando éstos dependan económicamente de aquellas, puedan ser beneficiarias de la pensión especial de vejez dirigida a garantizar el debido cuidado y protección de las personas discapacitadas. En sus propias palabras, la Corte sostuvo: “La Corte comparte el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos económicos. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación. (...) // Por otra parte, la Corte es consciente

(...)

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

(...)

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

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

Por tanto, con esta sentencia la Corte Constitucional no sólo puso fin al hecho ilícito internacional que se originaba en la vigencia de las normas que no permitían el pago de la pensión de sobrevivientes frente a parejas del mismo sexo, sino que

---

de que derechos como los que se discuten en este proceso son de aplicación progresiva, lo cual indica que no siempre pueden ser desarrollados en toda su dimensión de un día para otro, y que probablemente es necesario que inicialmente los beneficios se focalicen en algunos grupos. Sin embargo, es claro que la marginación del acceso al beneficio para las madres trabajadoras de los hijos mayores de edad afectados por una invalidez física o mental que no les permite valerse por sí mismos y que dependen económicamente de ellas, no es constitucionalmente legítima, dada la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran. Puesto que de lo que se trata es de facilitarle a las madres trabajadoras que apoyen de forma permanente a sus hijos inválidos y que dependen de ellas económicamente, la diferenciación establecida por la norma acusada es inaceptable a la luz de la Constitución, pues como ya se señaló el mero tránsito de edad no modifica por sí mismo las condiciones de los hijos”.

<sup>257</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-543 de 2007.

además sustentó su decisión en las normas internacionales vigentes en el momento de la sentencia, y la interpretación que de dichas normas habían hecho, hasta ese momento, los órganos de derechos humanos. En ese sentido, la declaratoria de la Corte es a su vez una declaración de violación de las normas nacionales y de las internacionales y en últimas, la declaración de un hecho ilícito internacional. En consecuencia, no le corresponde a la H.Corte Interamericana repetir o ratificar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, so perjuicio de estar actuando como una “cuarta instancia”.

**4. El Estado no incurrió en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron en primera y segunda instancia la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no existían elementos en el derecho internacional que les exigieran realizar un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima**

Según la H.Comisión y los representantes de la presunta víctima, el Estado violó las garantías judiciales y la protección judicial, principalmente porque los jueces que fallaron la tutela perpetuaron con sus decisiones la discriminación, prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo<sup>258</sup>. El Estado quiere poner de presente a la H.Corte que estos alegatos desconocen que los jueces estaban aplicando las normas que se encontraban vigentes al momento de interponerse el recurso de tutela. Por tanto, los jueces estaban cumpliendo con su deber constitucional de respetar el imperio de la ley.

Como se manifestó en el capítulo de excepciones preliminares, según el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Por supuesto, y según se ha expuesto también ampliamente, el criterio de *ley* incluye la jurisprudencia constitucional vinculante. De hecho, el Juzgado Décimo Municipal de Bogotá, al denegar la tutela incoada por el Señor Duque, reconoció que no sólo lo vinculaba la ley sino también la jurisprudencia al afirmar que “(...) el accionante no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido algún derecho a las parejas homosexuales (...)”<sup>259</sup> (Subrayas por fuera del texto original)

Como bien lo afirmó el Juzgado Décimo, para la época en que fue fallada la tutela, ni la ley ni la jurisprudencia vigente permitían a los jueces apartarse de la interpretación vigente, según la cual no existía derecho a la pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo.

---

<sup>258</sup> Ver, CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párrs. 93-95. Ver también ESAP. Párr. 73.

<sup>259</sup> Anexo 8 al Informe de Fondo. Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá. Sentencia de 5 de junio de 2002 (anexo 5 a la petición inicial).

La única posibilidad adicional, habría sido que los jueces tuvieran el deber de interpretar de manera distinta las disposiciones legales, a partir de la herramienta del control de convencionalidad o a partir de la aplicación de estándares internacionales vigentes para la época de la toma de su decisión. Como lo ha definido la H.Corte Interamericana, la figura del control de convencionalidad consiste en que:

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>260</sup>.  
(Subrayas fuera del contenido original)

Sin embargo, aunque pudiera aceptarse en gracia de discusión que los jueces estuvieran obligados a realizar un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales vigentes para decidir el caso, su decisión, aun aplicando estas herramientas, no habría variado. Esto, en razón a que, como se demostrará, para la fecha en que se tomaron las decisiones no existían normas o jurisprudencia internacional aplicable que le exigieran al Estado la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo.

En efecto, dado que el reconocimiento de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo surgió como consecuencia de una interpretación evolutiva de las normas internacionales, resulta lógico concluir que esa interpretación no fue la interpretación vigente desde el momento en que dichas normas internacionales nacieron a la vida jurídica. Como se afirmó líneas arriba, la pregunta sobre desde cuándo surgió la obligación internacional del Estado de reconocer derechos pensionales a las parejas del mismo sexo es una pregunta en extremo compleja, dado que existe de manera natural una *zona gris* en relación a cuándo surgió la obligación internacional, a partir de la interpretación evolutiva de los tratados internacionales<sup>261</sup>. El Estado por tanto, no tomará posición ante esta Corte en relación con *cuándo exactamente* surgió esta obligación internacional.

---

<sup>260</sup> CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), párr. 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores, párr. 225 y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221. Párr. 193.

<sup>261</sup> Doctrina especializada del derecho internacional ha señalado este mismo problema en relación con el momento exacto en el cual surge la costumbre en el derecho internacional. Sin duda, las *zonas grises* son naturales tanto en la formación de la costumbre como en la interpretación evolutiva de los tratados. Respecto de los problemas que genera la interpretación en el tiempo de la costumbre

Sin embargo, con independencia de la discusión sobre el nacimiento de la obligación, para efectos de analizar la responsabilidad internacional del Estado que podría surgir por la conducta de los jueces, sí resulta relevante analizar si para el momento de tomar sus decisiones, esta interpretación evolutiva ya estaba consolidada en el derecho internacional, o si existían elementos suficientes en el derecho internacional que los hubieran obligado a tomar una decisión distinta a la que tomaron en el año 2002. Con total contundencia, se puede concluir que no existía ningún elemento que les exigiera una tarea de tal naturaleza.

Al respecto, el Estado demostrará que (a) el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo surge de la interpretación evolutiva de las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, y que (b) para el momento de las decisiones de primera y segunda instancia adoptadas por los jueces en Colombia respecto del caso del señor Duque, tal interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos vinculantes para Colombia no había sido reconocida por ningún órgano internacional. Por tanto, los jueces no se encontraban obligados a tomar una decisión distinta a la que tomaron, y el Estado no violó, por la actuación de sus jueces, las garantías judiciales y la protección judicial.

En el Informe de Fondo, la H.Comisión, citando a la H.Corte Interamericana, acepta que el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo surge de una interpretación evolutiva de los tratados internacionales. En efecto, en el Informe de Fondo la H.Comisión afirma que:

“En particular, el artículo 1.1 de la Convención Americana ha sido utilizado para interpretar la palabra “discriminación” contenida en el artículo 24 del mismo instrumento<sup>262</sup>. La Corte ha señalado que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, razón por la cual, la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo<sup>263</sup>.”<sup>264</sup> (Subrayas fuera del texto original)

---

ver, por ejemplo, Christian Djéffal. *International Law and Time: A Reflection of the Temporal Attitudes of International Lawyers Through Three Paradigms* (Pág. 109) y Uruetia, René. *Temporariness and Change in Global Governance* (Pág. 25) en *Netherlands Yearbook of International Law*. Vol. 45: 2015.

<sup>262</sup> CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas v. Chile, 17 de septiembre de 2010, párr. 78.”

<sup>263</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.”

<sup>264</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 64.

No es la primera vez que la H.Corte Interamericana considera que la existencia de ciertas obligaciones surge de la interpretación evolutiva de los tratados. Retomando su concepción sobre esta interpretación evolutiva, en un reciente caso, la H.Corte señaló que:

“Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades<sup>265</sup> que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>266</sup>. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional<sup>267</sup> o jurisprudencia de tribunales internos<sup>268</sup> a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea<sup>269</sup> ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica<sup>270</sup> o reglas relevantes del derecho internacional<sup>271</sup> que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una

---

<sup>265</sup> Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 83.”

<sup>266</sup> Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 83.”

<sup>267</sup> En el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.”

<sup>268</sup> En los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* y *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.”

<sup>269</sup> Por ejemplo en el caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega*, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta un documento del “European Platform of Regulatory Authorities” en el cual se realizaba una comparación de 31 países en esa región, con el fin de determinar en cuáles de ellos se permitía la publicidad política pagada o no y en cuáles este tipo de publicidad era gratuita. De igual manera, en el caso *Hirst v. Reino Unido* dicho Tribunal tuvo en cuenta la “normatividad y práctica de los Estados Parte” con el fin de determinar en qué países se permite suprimir el sufragio activo a quien ha sido condenado por un delito, por lo que se estudió la legislación de 48 países europeos.”

<sup>270</sup> Cfr. TEDH, *Caso Rasmussen vs. Dinamarca*, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 41; *Caso Inze vs. Austria*, (No. 8695/79) Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 42, y *Caso Toth vs. Austria*, (No. 11894/85), Sentencia de 25 noviembre de 1991, párr. 77.”

<sup>271</sup> Cfr. TEDH, *Caso Golder vs. Reino Unido*, (No. 4451/70), Sentencia de 12 de diciembre de 1975, párr. 35.”

visión evolutiva de la interpretación del tratado.<sup>272</sup>(Subrayas fuera del texto original)

Así, la H.Corte reconoce que en ciertos temas, como el que nos ocupa, la interpretación evolutiva juega un papel preponderante. El Estado no sólo concuerda con la posición de la H.Comisión en el sentido de que una interpretación evolutiva de las normas es la que permite reconocer derechos pensionales a las parejas del mismo sexo, sino que fue esta misma herramienta la que le permitió a la Corte Constitucional llegar a la conclusión de que las normas domésticas que no permitían este reconocimiento eran contrarias al principio de no discriminación. Sin embargo, como lo reconoce la doctrina internacional especializada en la materia, la interpretación evolutiva tiene límites<sup>273</sup>. Para el caso que nos ocupa, uno de esos límites está relacionado con la imposibilidad de exigir a los jueces nacionales que aplicaran una interpretación evolutiva años antes de que esa interpretación hubiera surgido en el derecho internacional, como pasará a demostrarse.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la primera decisión de la Corte Interamericana que reconoce que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, del año 2012. Esta es la única decisión en el ámbito del Sistema Interamericano que cita la H.Comisión en su Informe de Fondo, para sustentar esta protección en la Convención. Esto es, la primera decisión de la Corte Interamericana que reconoce esta protección se profirió diez años después de que los jueces de instancia en Colombia negaran las pretensiones de la acción de tutela del señor Duque y cuatro años después de que la Corte Constitucional reconociera los derechos pensionales a parejas del mismo sexo en Colombia. Sin lugar a dudas, al menos en lo que se refiere al ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los jueces no contaban con elemento alguno para realizar un control de convencionalidad en relación con esta interpretación del principio de no discriminación, en el año 2002.

Ahora bien, en lo que se refiere al Sistema Universal de Derechos Humanos, la H.Comisión, en el Informe de Fondo, cita una serie de dictámenes del Comité de Derechos Humanos que reconocen derechos pensionales a parejas del mismo sexo. El más antiguo de estos dictámenes es el caso *Young vs. Australia* del año 2003. Los demás dictámenes que cita la H.Comisión se profirieron en los años 2007, 2008 y 2011<sup>274</sup>. Así, ninguna de esas decisiones estaba vigente en el momento en que los jueces de instancia negaron las pretensiones del señor Duque en el marco

---

<sup>272</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

<sup>273</sup> Al respecto, ver por ejemplo Merkouris, Panos. *Inter-Temporal Considerations in the Interpretative Process of the VCLT: Do Treaties Endure, Perdure or Exdure?* (Chapter 6, Pág. 150). "Or precautions as Judge Bedjaoui characterized them. *Gabcikovo-Nagymaros Project*, Separate Opinion of Judge Bedjaoui, para 5".

<sup>274</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párr. 69.

del recurso de tutela. No podía exigírseles, por tanto, que aplicaran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para concluir que procedían las pretensiones del Señor Duque.

Los representantes de la presunta víctima, además de citar las mismas decisiones de la H.Comisión para sustentar la evolución en la interpretación del principio de no discriminación, agregan otros instrumentos y decisiones internacionales. Por ejemplo, los representantes citan el dictamen del Comité de Derechos Humanos de *Nicholas Toonen v. Australia*, proferido en el año 1992. La CorteIDH podría preguntarse si la existencia de este dictamen implicaba que los jueces de instancia en Colombia estuvieran obligados a decidir favorablemente las pretensiones del señor Duque. Aceptando en gracia de discusión que una sola decisión aislada del Comité de Derechos Humanos fuera suficiente y obligatoria para los jueces en Colombia, aun así los jueces no habrían estado obligados a aplicarla (1) porque en dicho dictamen el Comité decide no pronunciarse en relación con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por tanto, la posible interpretación en relación con ese artículo no hace parte de la razón de la decisión del dictamen y (2) se trata de un caso relacionado con la criminalización de la homosexualidad, por lo cual los hechos se diferencian en mucho a los que ahora ocupan la atención de la H.Corte.

Los representantes también citan una serie de Observaciones de Comités convencionales de Naciones Unidas para sustentar que la protección de la orientación sexual como criterio de no discriminación es una interpretación de vieja data. Aceptando en gracia de discusión que los jueces de instancia tuvieran que sustentar su decisión sobre la base de Observaciones Generales cuya obligatoriedad sería muy discutida, lo cierto es que estas observaciones, o bien son posteriores al año 2002<sup>275</sup>, o de su lectura no se deriva el reconocimiento de esta categoría de protección dentro del principio de no discriminación<sup>276</sup>.

Por lo demás y aunque pueden aplicarse consideraciones muy similares a las anteriores, está fuera de discusión que los jueces de instancia no estaban obligados a aplicar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo cual resulta irrelevante realizar un análisis de las sentencias del Tribunal Europeo citadas por los representantes de la presunta víctima<sup>277</sup>, en relación con este punto.

Por último, los representantes de la presunta víctima citan una serie de Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas; la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Descartando las del Consejo de Europa que no podrían de

---

<sup>275</sup> Como la Observación 15 del Comité DESC (2002); la Observación General No. 2 del Comité contra la Tortura (2007); las Observaciones Generales 3 y 4 del Comité de Derechos del Niño (2003)

<sup>276</sup> En efecto, la Observación General 14 del Comité DESC (2000) citada por los representantes reconoce la vulnerabilidad de las personas con VIH/SIDA pero no incluye a la orientación sexual como categoría en relación con el principio de no discriminación.

<sup>277</sup> ESA. Párr. 56.

ninguna manera ser obligatorias para los jueces de instancia en Colombia, y aceptando en gracia de discusión que este tipo de resoluciones deban ser tomadas en consideración por los jueces de los Estados Parte de la CADH, en todo caso todas las resoluciones citadas son posteriores al año 2002.

En suma, con independencia de la discusión sobre cuándo surgió la obligación internacional de reconocer derechos pensionales a las parejas del mismo sexo, está demostrado que para el 2002, año en el cual los jueces de instancia conocieron del caso del señor Duque en Colombia, no existía una interpretación ni incipiente ni mucho menos consolidada en el derecho internacional, que les hubiera exigido ejercer un control de convencionalidad o aplicar una interpretación evolutiva de la Convención Americana y de la Constitución Política en Colombia para fallar favorablemente las pretensiones del señor Duque.

## 5. Conclusiones

El Estado demostró que:

- (i) Si bien existió un hecho ilícito internacional, este hecho ilícito principal cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró, y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo.
- (ii) Subsisten aún obligaciones secundarias del Estado, en particular el deber de reparar, que hoy son protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos en el interior del Estado; las razones por las cuales estos recursos no se han activado, dependen exclusivamente de la víctima, por lo cual no pueden ser trasladados al Estado para declarar su responsabilidad internacional.
- (iii) En la medida en que la Corte Constitucional en Colombia ya declaró la existencia de una violación al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación (aplicando por lo demás los estándares internacionales vigentes), la H.Corte estaría actuando como una cuarta instancia al declarar, de nuevo, la existencia de estas violaciones, y
- (iv) El Estado no incurrió en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron en primera y segunda instancia la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no existían elementos en el derecho internacional que les exigieran realizar un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima.

En últimas, el Estado ha demostrado que su ordenamiento interno contó y aun cuenta con recursos adecuados y efectivos para subsanar las situaciones presuntamente infringidas. En el caso *Masacres de Santo Domingo*, la H.Corte estableció que cuando los órganos de justicia internos ya han determinado varios alcances de la responsabilidad del Estado por los hechos, con independencia de que no todos los hechos o calificaciones de los hechos hayan sido totalmente esclarecidos, no habría lugar a que la H.Corte se pronuncie sobre los derechos sustantivos que subyacen a las violaciones<sup>278</sup>. En el caso de *Tarazona Arrieta y otros*, la H.Corte confirmó la misma tesis y sostuvo que cuando un Estado demuestra que ha cumplido con las obligaciones derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, no subsisten las razones para que el H. Tribunal valore la responsabilidad internacional en relación con las obligaciones sustantivas, aun cuando los recursos se hayan activado después de presentada la petición e incluso durante el trámite de fondo ante la CIDH<sup>279</sup>.

El Estado reitera que estos razonamientos de la H.Corte deberían tener, en principio, un impacto sobre la admisibilidad del caso, dado que el propio Tribunal afirma que no sería necesario conocer de las demás violaciones, en virtud de los principios de subsidiariedad y complementariedad. Por ello, el Estado reitera que estos alegatos deben dar lugar a la inadmisibilidad de la petición. Sin embargo, **de manera subsidiaria**, el Estado le solicita a la H.Corte que se remita a los alegatos presentados al respecto en la excepción preliminar y a los adicionales que se presentaron en este capítulo, y estudie la idoneidad y efectividad de los recursos internos del caso en relación con los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial y, en últimas en relación con el derecho a la igualdad, dado que ya la Corte Constitucional declaró que este derecho se vulneró por la existencia de normas contrarias al principio de no discriminación.

Asimismo, le solicita que al concluir que no se han violado estas garantías, concluya también que no subsisten las razones para declarar la responsabilidad internacional del Estado, en virtud de que el Estado (i) ya declaró la existencia de un hecho ilícito internacional y con esta declaración puso fin al hecho ilícito internacional a partir de la eliminación del ordenamiento jurídico de la ley que lo estaba generando, (ii) subsanó los efectos que subsistían del hecho ilícito internacional y (iii) proveyó los recursos adecuados y efectivos para reparar los efectos concretos que este hecho ilícito generó en el señor Ángel Alberto Duque.

Por todo lo anterior, el Estado le solicita respetuosamente a la H.Corte que declare que no violó los derechos a las garantías judiciales (art. 8) la protección judicial (art. 25) y el derecho a la igualdad (artículo 24), en conexidad con los deberes consagrados en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente al señor Duque.

---

<sup>278</sup> Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263 Párr. 171 y 172.

<sup>279</sup> Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286. Párr. 135-141.

**B. El Estado no es responsable por la violación de los derechos a la vida (art. 4) y la integridad personal (art. 5) en relación con el artículo 1.1 de la CADH**

Los representantes de la presunta víctima aluden que el Estado colombiano es responsable internacionalmente por las afecciones a la salud del señor Ángel Alberto Duque, quien habría sido afectado por una presunta suspensión de los servicios de salud que recibía en su calidad de portador del virus del VIH. El Estado colombiano rechaza estas alegaciones, pues resulta claro a partir del acervo probatorio y el análisis legal que se expondrá a continuación, que el sistema de seguridad social en salud ha operado de acuerdo con los estándares interamericanos tanto de manera general como para el caso particular de Ángel Alberto Duque. El señor Duque nunca ha estado desvinculado del SGSSS, y consecuentemente, no se le ha suspendido el tratamiento del cual ha venido siendo beneficiario en su calidad de portador del virus del VIH.

Las alegaciones realizadas por la CIDH relacionadas con el acceso a los servicios de salud por parte del señor Ángel Duque, fueron expuestas principalmente en el acápite referido a la presunta violación al artículo 5.1 de la CADH. La CIDH lo expresó en los siguientes términos:

“99. La Comisión recuerda que el Informe de Admisibilidad 150/11 determinó que, en este caso, el análisis del derecho a la integridad personal tenía un carácter subsidiario y dependía de la conclusión a la que se arribara respecto al mérito de los alegatos formulados en relación con los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana. En los párrafos precedentes, la CIDH ha concluido que el Estado violó los derechos consagrados en los artículos mencionados en perjuicio del señor Duque.

100. La Comisión destaca que las personas que viven con VIH se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad derivada de las características de esa enfermedad, el tratamiento médico requerido y las situaciones de exclusión y discriminación históricas asociadas, entre otras. En particular, la falta de tratamiento adecuado provoca normalmente lesiones a la integridad física, psíquica y moral de las personas afectadas, y produce, por lo regular, su muerte anticipada. Si bien en este caso la Comisión nota que no cuenta con información suficiente sobre la continuidad, calidad y condiciones de prestación del servicio médico al señor Duque a partir la muerte de JOJG, sí ha quedado establecido que el señor Duque se veía afectado por múltiples factores de vulnerabilidad derivados de su orientación sexual, situación de enfermedad y situación económica.

101. En ese contexto, la Comisión considera que los efectos de la exclusión del derecho a la pensión de sobrevivencia de su compañero permanente fallecido en virtud de una disposición discriminatoria basada en su orientación sexual; la búsqueda de protección no encontrada y la ausencia de previsibilidad en cuanto a la regularidad y provisión del tratamiento médico requerido, constituyen elementos que han afectado el derecho a la integridad

personal al señor Duque. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos, contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Ángel Alberto Duque.”<sup>280</sup> (Subrayas por fuera del texto original).

En su informe de fondo, la CIDH dejó claro que no contaba con información suficiente para determinar la continuidad, calidad y condiciones del servicio médico prestado al señor Duque. **De manera contradictoria, posteriormente encontró responsable al Estado colombiano por vulnerar la integridad personal del señor Duque.** Frente al mismo tema, los representantes de la presunta víctima han alegado lo siguiente:

“65. Al denegarle su derecho a la pensión de sobrevivencia y a las demás prestaciones sociales asociadas, y en particular en garantías de acceso a la atención en salud, y dada su condición de persona “con diagnóstico de infección por VIH” con tratamiento antirretroviral (tratamiento que no debe suspenderse, salvo dictamen médico, “ya que esta circunstancia podría acarrear la muerte”), el Estado colombiano vulneró el derecho de Ángel Alberto Duque al respeto a su integridad física, psíquica y moral.

(...)

69. En el caso concreto, la negación de la pensión de sobrevivencia a Ángel Alberto Duque conllevó que, fuera de causarse un perjuicio moral intrínseco por el trato discriminatorio a que se vio sometido por su orientación sexual, su integridad física estuvo literalmente en peligro de muerte por la falta de recursos económicos que le garantizaran el tratamiento adecuado por su condición de paciente VIH positivo, escenario al que nunca se hubiera llegado si la petición que elevó a COLFONDOS hubiera tenido el mismo análisis de las parejas heterosexuales tanto por este fondo como por los jueces de tutela. Antes por el contrario, tan pronto obtuvo la respuesta negativa, se originó una tremenda carga emocional en él por verse avocado a conseguir por cualquier medio los recursos que le permitieran la continuación de la adquisición de los medicamentos retrovirales, so pena de agravar su condición clínica y muy posiblemente fallecer. En síntesis, como se anunció más arriba, el Estado colombiano vulneró el artículo 5.1 de la Convención Americana por no respetar ni garantizar la integridad física, psíquica y moral de Ángel Alberto Duque.”<sup>281</sup>

Adicionalmente, los representantes de la presunta víctima en el escrito presentado ante la Corte IDH, agregan una vulneración al derecho a la vida de Ángel Alberto Duque, que no fue incluida por la CIDH en su Informe de Fondo. Con respecto a ello, los representantes mencionan que:

---

<sup>280</sup> CIDH. Petición 12. 841. Caso Ángel Alberto Duque. Informe de Fondo 5/14 del 2 de abril de 2014. Párrs. 99-101.

<sup>281</sup> ESAP. Párrs. 65 y 69.

“81. Conforme a lo expuesto, es necesario resaltar que la negativa de la pensión de sobrevivencia a Ángel Alberto Duque desembocó en que por varios períodos de tiempo estuvo sin la protección que le permitiera atender su grave situación de salud física y emocional como persona con diagnóstico de Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH). Las garantías económicas y de atención en salud paralelas a la prestación mencionada le fueron totalmente cercenadas, lo cual, dada su condición de persona “con diagnóstico de infección por VIH” con tratamiento antirretroviral (tratamiento que no debe suspenderse, salvo dictamen médico, “ya que esta circunstancia podría acarrear la muerte”), implicó que el Estado colombiano irrespetara el derecho a unas condiciones de vida digna de Ángel Alberto Duque, socavando su dignidad, ya de por sí vulnerada con el acto de discriminación, y llevándolo a una situación límite atentatoria de su propia existencia terrenal, marco fáctico que nos permite sostener que se vulneró el artículo 4.1 de la Convención Americana en perjuicio de la víctima.”<sup>282</sup> (Subrayas por fuera del texto original).

En este sentido, tanto la Comisión como los representantes de la presunta víctima indican que el Estado es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la salud del señor Ángel Alberto Duque, por la presunta suspensión del tratamiento médico que recibía en su calidad de portador del virus del VIH. Sin embargo, ni la Comisión ni los representantes prueban la existencia de dicha interrupción, ni afectaciones específicas a la salud del señor Duque. De esta manera, las acusaciones mencionadas harían referencia a que el Estado colombiano no ha cumplido con su deber de garantía frente al derecho a la salud, que se relaciona tanto con el derecho a la vida como con el derecho a la integridad personal, contenidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la CADH.

Cabe mencionar que en el informe de admisibilidad del caso en examen la CIDH manifestó que “46. En cuanto al reclamo de los peticionarios sobre la presunta violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión observa que los peticionarios no ofrecieron elementos específicos o suficientes para su presunta violación por lo que no corresponde declarar dichas pretensiones como admisibles”<sup>283</sup> De esta manera, la CIDH excluyó del análisis la presunta violación del artículo 4.1 de la CADH. Sin embargo, teniendo en cuenta que las alegaciones tanto del artículo 4.1 como 5.1 de la CADH hacen referencia al acceso a la salud, el Estado responderá a ambos en el marco de la garantía de este derecho en el caso particular.

En consecuencia, para desvirtuar las alegaciones presentadas, el Estado colombiano presentará los siguientes puntos:

---

<sup>282</sup> ESAP. Párr. 81.

<sup>283</sup> Informe No. 150/11. Petición 123-05. Admisibilidad. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de noviembre de 2011. Párr. 46.

1. El estándar interamericano en relación con el deber de garantizar el derecho a la salud.
2. El Estado colombiano ha cumplido con el deber de garantía en relación con el derecho a la salud de las personas dentro de su jurisdicción.
3. El Estado colombiano ha cumplido con su deber de garantía en relación con el derecho a la salud de Ángel Alberto Duque.

A través del desarrollo de estos puntos, el Estado demostrará que Colombia cumple con los estándares interamericanos en relación con el deber de garantía del derecho a la salud, con su ordenamiento interno. En aplicación de estas normas, también se garantizó el derecho a la salud en el caso particular del señor Ángel Alberto Duque.

### **1. El estándar interamericano en relación con el deber de garantizar el derecho a la salud**

El SIPDH consta de distintos instrumentos, dos de los cuales contienen un catálogo comprensivo de derechos, a saber, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la CADH, y otros especializados en distintas temáticas. Si bien la CADH, instrumento que creó y rige el funcionamiento de la Corte IDH, no contempla dentro de su articulado un derecho a la salud, la jurisprudencia interamericana ha relacionado este derecho con la integridad personal, y en algunos casos, a la vida, estos sí, contemplados en la CADH. Así, 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 Convención.”<sup>284</sup>

Con respecto al derecho a la vida, la Corte IDH ha establecido que:

“117. La Corte ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. (...)”<sup>285</sup>

En este sentido, si bien el derecho a la salud no hace parte del catálogo de derechos plasmados en la CADH, se puede relacionar con otros derechos que se ven directamente afectados en una situación que involucre el desmedro de la salud de

---

<sup>284</sup> 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.

<sup>285</sup> Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. Párr. 117.

una persona. Sin embargo, a nivel interamericano también se ha gestado por vía convencional la salvaguarda de este derecho. En el Protocolo de San Salvador se contempla el derecho a la salud en los siguientes términos:

“Artículo 10. Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”<sup>286</sup>

De esta manera, un instrumento interamericano dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, destinó uno de sus artículos al derecho a la salud. Este instrumento ha sido aplicado e interpretado en la jurisprudencia interamericana en los siguientes términos:

“117. (...) Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (artículo 10).”<sup>287</sup>

Así, el SIPDH le ha prestado particular atención al derecho a la salud, plasmándolo en un tratado interamericano, y desarrollándolo como una garantía. Sin embargo, el derecho a la salud, tal como lo reconoce el Protocolo de San Salvador, es un derecho que cuenta con una faceta prestacional, que en materia de garantía, implica reglas especiales dadas sus particularidades. En este sentido, de manera general, la Corte IDH ha sostenido frente a esta tipología de derechos y sobre el derecho a la salud en particular, lo siguiente:

“131. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

---

<sup>286</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Ratificado el 22 de octubre de 1997. Art. 10.

<sup>287</sup> Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. Párr. 117.

establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros “dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas.”<sup>288</sup>

Asimismo, frente a las garantías del derecho a la salud, la Corte IDH ha establecido de manera general que:

“121. La Corte ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.”<sup>289</sup>

Ahora bien, resulta claro que el SIPDH ha propendido por la protección del derecho a la salud, y ha asimilado su protección, en calidad de un DESC, con la de otros derechos que corresponden a la tipología de derechos civiles y políticos. Sin embargo, la mayor diferencia entre ambos tipos de derechos se da en el ámbito del deber de garantía. Es en virtud de este deber que se han visto tradicionalmente divididos estos dos tipos de derechos, sin embargo, el Estado colombiano reconoce que son categorías inescindibles e interdependientes, cuyo respeto y garantía en conjunto, conllevan a una verdadera protección de los derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido la oportunidad de desarrollar las garantías específicas que acarrea este derecho. En este sentido, vemos que el Estado tiene la obligación de poner su aparato institucional a disposición de los individuos para su realización. En este punto, el Tribunal interamericano ha referido que:

“132. Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule

---

<sup>288</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

<sup>289</sup> Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. Párr. 121.

la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.

(...)

134. Conforme esta Corte lo señaló en otro caso, “los Estados son responsables de regular [...] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, [...] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes”.

135. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado en este mismo sentido, al considerar que el Estado debe implementar medidas positivas para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción y velar por la calidad de los servicios de atención a la salud y asegurar que los profesionales reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio, mediante un marco regulatorio de las entidades públicas o privadas, así como respecto de la actividad de particulares, grupos o empresas, a fin de proteger la vida de sus pacientes.

(...)

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.”<sup>290</sup> (Subrayas por fuera del texto original).

De la jurisprudencia precitada, es posible abstraer ciertas reglas que ha desarrollado la Corte IDH en relación con las obligaciones que devienen del deber de garantía del derecho a la salud. Estas normas son las siguientes:

---

<sup>290</sup> Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Párrs. 132, 134, 135 y 144.

- (i) Los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permitan prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal con dichas prestaciones.
- (ii) El Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el posible damnificado.
- (iii) El Estado es responsable de regular la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud.
- (iv) El Estado debe crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, presentar, investigar y resolver quejas, y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.
- (v) El Estado debe asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio, mediante un marco regulatorio de las entidades públicas o privadas, así como respecto de la actividad de particulares, grupos o empresas, a fin de proteger la vida de sus pacientes.

En conclusión, con respecto a las obligaciones de los Estado en materia de garantía del derecho a la salud, vemos que la máxima autoridad respecto de las obligaciones emanadas de la CADH considera que los Estados deben, principalmente, crear y supervisar las condiciones legales e institucionales para la prestación de un servicio de salud adecuado en calidad y cobertura. Como consecuencia de ello, también deben existir mecanismos (administrativos y/o judiciales) mediante los cuales los usuarios puedan exigir el cumplimiento satisfactorio de estas obligaciones. En este sentido, mediante la presentación del marco constitucional, legal e institucional del régimen de salud, el Estado colombiano demuestra su cabal cumplimiento con dichas obligaciones.

## **2. El Estado colombiano ha cumplido con el deber de garantía en relación con el derecho a la salud de las personas dentro de su jurisdicción**

Colombia, a través de su legislación y la jurisprudencia la Corte Constitucional, ha creado un marco de garantía del derecho a la salud de sus habitantes que propende por el acceso universal y calidad del servicio que se le ofrece a los colombianos. En este acápite, el Estado mostrará el posicionamiento de la salud en el ordenamiento colombiano como un derecho fundamental, el marco jurídico e institucional de garantía de dicho derecho, y las medidas tomadas en particular frente a la población que sufre de enfermedades denominadas “catastróficas”, como el virus del VIH.

## 2.1. La salud como derecho fundamental en el ordenamiento constitucional colombiano

La Constitución Política de Colombia establece un amplio catálogo de garantías, dentro de las cuales se encuentra la salud. Frente al derecho a la salud, la carta política establece que:

“ARTICULO 49. 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.”<sup>291</sup>

Si bien el derecho a la salud no se encuentra expresamente dentro del listado de derechos considerados fundamentales por el poder constituyente, sino que tal y como lo demuestra el artículo precitado, se plasma con un enfoque de servicio público a cargo del Estado, la Corte Constitucional Colombiana, por medio de su jurisprudencia, desarrolló progresivamente este concepto hasta tal punto, que hoy en día, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo. De esta manera, tal y como será expuesto, el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud, pasó por una etapa en la que se consideraba fundamental solamente cuando había estrecha conexidad con otros derechos considerados fundamentales. Posteriormente solamente lo fue para algunas poblaciones vulnerables, y finalmente, fue declarado fundamental de manera autónoma.

En sede de revisión, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-760 de 2008, en uno de cuyos apartes relevantes, se sintetizó lo que hasta ese momento había considerado el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la salud. Dijo la Sala de Revisión:

---

<sup>291</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 49. (Anexo 35)

“(…) El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna(…)”.<sup>292</sup>

De manera sucinta podemos decir que los primeros momentos de reconocimiento de la salud como garantía fundamental en nuestro ordenamiento jurídico pasan por la conexidad, tesis según la cual el status de derecho fundamental se adquiere por su relación directa con otros derechos que sí ostentan dicho carácter, tales como la vida y la integridad física. Prueba de esta forma de razonar de la Sala se tiene en sentencias como la T-406 de 1992, en la cual la Corte reconoció la procedibilidad de la Tutela para proteger la salud de los individuos en riesgo por las aguas vertidas en una vía pública, en razón de un acueducto inconcluso. Esta línea argumentativa se consolidó como primer paso en la caracterización del derecho a la salud como fundamental, con un pronunciamiento emanado del Tribunal Constitucional, que reza:

“(…) Una de las hipótesis en que los derechos a la seguridad social y a la salud cambian su carácter programático, e involucran el poder para exigir del Estado el derecho a la atención, es la del afiliado a una entidad de seguridad social. Empero, en ese caso, para que los derechos a la seguridad social o a la salud se consideren como derechos fundamentales, es necesario que cumplan los presupuestos destacados por la jurisprudencia de la Corte[191]: "primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto(…)”.<sup>293</sup>

Un segundo paso en este proceso de calificación del derecho a la salud como fundamental, se da cuando ciertas condiciones atribuibles al sujeto como titular del derecho, permiten que la Corte Constitucional, de manera expresa, realice dicho reconocimiento. En el caso de los adultos mayores fueron varias las ocasiones en las que se aceptó como derecho fundamental autónomo el derecho en referencia, aunque en no pocas de aquellas, reforzó su ejercicio argumentativo insistiendo en la conexidad. Ejemplos de este momento se pueden observar en los siguientes apartados de sentencias:

---

<sup>292</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-760 de 2008.

<sup>293</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-819 de 1999.

“(…) Empero, se estima pertinente, además de ordenar que se adelanten las investigaciones penales y disciplinarias de rigor, dejar consignadas algunas consideraciones que refuerzan la doctrina constitucional en estas materias:

1. Las personas de la tercera edad tienen derecho de nivel constitucional a una especial protección, particularmente en lo relativo a la preservación de su vida en condiciones dignas y justas, a su salud y a su seguridad social”<sup>294</sup>

Igualmente pertinente resulta el siguiente fragmento:

“(…) Ha dicho la Corte que el derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente.

Igualmente, ha sostenido en forma reiterada esta Corporación que los derechos a la salud y a la seguridad social son fundamentales por conexidad con el derecho fundamental a la vida digna, atendiendo las circunstancias propias de cada caso.”<sup>295</sup>

En otras decisiones, la calificación como autónomo fue expresa y no implicó alusiones a la conexidad, muestra de esta forma de estimar el derecho a la salud lo es lo indicado en el siguiente aparte:

“(…) Es tal la vulnerabilidad y desprotección de este grupo poblacional que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha llegado a considerar la salud de las personas de la tercera edad como derecho fundamental autónomo”<sup>296</sup>

Y de modo más directo, cuando la Corte Constitucional afirmó en la sentencia T-1081 de 2001:

“(…) El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana (...)”<sup>297</sup>

Para el caso de los niños la calificación de fundamental resultó menos compleja dado que por virtud de lo dispuesto en el citado art. 44 de la Carta, en tratándose de estos sujetos de especial protección, el derecho en consideración se estima como fundamental. No han sido pocas las oportunidades en las cuales, por vía de revisión, se ha pronunciado sobre el punto:

---

<sup>294</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-313 de 2014.

<sup>295</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-540 de 2002.

<sup>296</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-111 de 2003.

<sup>297</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1081 de 2001.

“(…) La Constitución Colombiana, establece que la salud es un derecho y un servicio público cuyo acceso debe ser regulado a través de la ley. Es así como, de acuerdo con su artículo 49, el Estado debe garantizar a todas las personas “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. De igual manera, a la luz del artículo 44 de la Constitución, el derecho a la salud y las prestaciones que comprende adquieren un carácter fundamental por sí mismas en relación con la infancia, la cual es un grupo de especial protección constitucional.

A partir del artículo 44, la Corte Constitucional ha explicado que el derecho a la salud de los menores es objeto de una protección constitucional reforzada. Igualmente, que la fundamentalidad del derecho a la salud, cuando se trata de población infantil, conlleva el deber de otorgar de manera pronta, eficiente y eficaz la atención médica requerida. (...)”<sup>298</sup>

Igualmente, en la Sentencia T-973 de 2006, se sentó:

“(…) Con fundamento en los postulados constitucionales favorables a los niños, la jurisprudencia constitucional ha establecido que éstos son sujetos de especial protección constitucional. Por ello, sus derechos e intereses son de orden superior y prevaleciente y la vigencia de los mismos debe ser promovida en el ámbito de las actuaciones públicas o privadas.

12.- En este contexto, en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, la Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud de niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria. En concordancia con el mismo, las necesidades de niñas y niños deben ser cubiertas eficazmente. (...)”<sup>299</sup>

En el proceso referido, la Corte Constitucional asumió la condición de fundamental del derecho a la salud como autónomo, sin aludir puntualmente a la titularidad en cabeza de algún sujeto de especial protección. Al igual que cualquier derecho de los denominados individuales, este, originado en el contexto de las revoluciones sociales, alcanzó un status que lo hace protegible por el mecanismo de la acción de tutela.

Entre las expresiones jurisprudenciales que se decantan por la fundamentalidad del derecho a la salud y abandonan el criterio de la conexidad para proteger el derecho se cuentan las sentencias: C-463 de 2008, T-607 de 2009, y T-801 de 1998. En la primera de las mencionadas se dijo:

“(…) Del principio de universalidad en materia de salud se deriva primordialmente el entendimiento de esta Corte del derecho a la salud como un derecho fundamental, en cuanto el rasgo primordial de la fundamentabilidad de un derecho es su exigencia de universalidad, esto es, el ser un derecho predicable y reconocido para todas las personas sin excepción, en su calidad de seres humanos con dignidad. En virtud del entendimiento del

---

<sup>298</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-754 de 2005.

<sup>299</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-973 de 2006.

derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentabilidad, esta Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del estado social de derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida. También, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo, tal es el caso del derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional por lo que no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, al igual que por conexidad con otros derechos fundamentales. De forma progresiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido del derecho a la salud su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo (...)<sup>300</sup>

A tal punto ha llegado la contundencia del Tribunal Constitucional en la calificación del derecho a la salud como autónomo que desde 2007 se calificó en alguna decisión como “artificioso” el acudir a la conexidad para predicar el carácter fundamental del derecho. En dicha sentencia se dijo:

“(...) Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.(...)”<sup>301</sup>

En suma, se puede afirmar que desde sus inicios, el Tribunal Constitucional ha propugnado por la caracterización del derecho a la salud como un derecho fundamental. Para ello, ha superado una interpretación literal del Texto Superior que hubiese permitido estimar como fundamental al derecho a la salud, solo en el caso de los niños. También ha desestimado en esa tarea interpretativa, el criterio según el cual el derecho a la salud no hubiese tenido ocasión de entenderse como fundamental, pues no hace parte del listado de derechos incluidos en el capítulo 1º, del título II de la Constitución Política, el cual tiene por título “De los derechos fundamentales”.

---

<sup>300</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-463 de 2008.

<sup>301</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-016 de 2007.

## 2.2. El modelo de seguridad social en salud en Colombia

Siendo claro que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el carácter de fundamental del derecho a la salud, y por tanto ha posibilitado su protección por vía de la acción de tutela, se hace relevante ahora, mostrar el marco legal e institucional de la seguridad social en salud en Colombia. Cabe resaltar que dicho marco está encaminado a la satisfacción del derecho al acceso a servicios de salud de calidad a toda la población colombiana, cumpliendo también así, con el deber general de garantía.

### a. Estructura General del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el intenso debate sobre la evaluación de la seguridad social en el país se centró específicamente en dos puntos: 1) La necesidad de ampliar la cobertura en salud, bien uniendo los conceptos de seguridad social y asistencia pública o bien sustituyendo totalmente el segundo por el primero. De esta manera, se acabaría con la distinción entre beneficiarios de primera y de segunda clase; 2) La presión por garantizar el derecho de los individuos a seleccionar libremente el mejor sistema de seguridad social ofrecido en el mercado.

Desde este momento, se insinuaron dos posiciones en el debate. De un lado estaban quienes defendían el sistema de seguridad social vigente en el país y abogaban por la conservación y el desarrollo de los principios de solidaridad, integralidad y universalidad. Del otro lado estaban aquellos defensores del principio de libre elección de los usuarios y de libre competencia entre oferentes, como mecanismo para conseguir mayor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios. Es de anotar que al interior del propio Gobierno Nacional concurrían ambas posiciones.<sup>302</sup>

Así las cosas, aun cuando en la Asamblea Nacional Constituyente había coincidencias sobre la urgencia de modificar la seguridad social, existían marcadas diferencias en torno al “cómo hacerlo”. Estas diferencias se reflejaron en la aprobación del Artículo 48 de la Constitución Política Nacional, que incorpora principios procedentes de ambos paradigmas: la universalidad, la solidaridad y la eficiencia. El artículo referido dice textualmente:

“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley.

---

<sup>302</sup> TORO JIMÉNEZ, Walter Ramiro. “Modelo de simulación prospectiva de la demanda de servicios de salud para enfermedades de alto costo: aplicación para una entidad promotora de salud colombiana” Universidad Politécnica de Valencia. Tesis Doctoral en Economía. Octubre de 2003.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social, que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.<sup>303</sup>

Luego del acuerdo constitucional, en Diciembre de 1993, el Congreso de la República expidió la Ley 100, combinando los principios de eficiencia, privatización, libre escogencia y competencia, con los de universalidad, compensación y solidaridad social. Adicionalmente, incorporó elementos de concertación y participación ciudadana, más propios del proceso descentralizador que marcó la Constitución Política de 1991. Así, la nueva Ley sintetizó posiciones flexibles, renunciando a extremos radicales.<sup>304</sup>

#### **i. Principios Fundamentales de la Ley 100 de 1993**

Los siguientes son los principios fundamentales de la Ley 100 de 1993, que recogen e interpretan los mandatos de la Constitución Política de 1991.

- Universalidad, entendida como la cobertura de todos los colombianos en el aseguramiento para un plan único de beneficios (equidad).
- Integralidad, definida como la protección suficiente y completa de las necesidades individuales (promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación) y de interés colectivo en salud.
- Descentralización y Participación, dados por una mayor responsabilidad de los niveles local y territorial sobre la dirección y financiación de los servicios de salud.
- Concertación, entendida como la necesidad de alcanzar un equilibrio sostenible entre los distintos actores (aseguradores, prestadores, usuarios y reguladores).

---

<sup>303</sup> Constitución Política de Colombia. Art. 48.

<sup>304</sup> TORO JIMÉNEZ, Walter Ramiro. "Modelo de simulación prospectiva de la demanda de servicios de salud para enfermedades de alto costo: aplicación para una entidad promotora de salud colombiana" Universidad Politécnica de Valencia. Tesis Doctoral en Economía. Octubre de 2003.

- Obligatoriedad, en el sentido de que ningún colombiano puede renunciar a participar en el sistema de aseguramiento y solidaridad.
- Solidaridad, entendida como el subsidio desde las poblaciones con mayor capacidad de pago y más sanas, hacia aquellas más pobres y vulnerables.
- Libre escogencia por parte de los ciudadanos, tanto para entidades aseguradoras como prestadoras de servicios de salud.
- Gradualidad, en reconocimiento a la imposibilidad de poner en pleno funcionamiento y de manera inmediata todos los mecanismos del nuevo sistema.
- Eficiencia y Calidad, esperados como resultado final de una dinámica de competencia regulada.

## **ii. Roles y Responsabilidades**

La Ley 100 pretende separar funciones, introducir competencia regulada y fomentar la especialización institucional como mecanismos para obtener eficiencia y eficacia.

En consecuencia, la Ley 100 busca separar los roles de dirección (regulación), aseguramiento y prestación de los servicios de salud. Las funciones de dirección y regulación del sistema están asignadas, a nivel nacional, al Ministerio de Salud y la Protección Social y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS). A nivel territorial, las deben asumir las respectivas autoridades departamentales, distritales y municipales, incluyendo los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud. Son estas entidades (y no el mercado libre) las que definen las variables más importantes en el desarrollo del sistema de aseguramiento.

El aseguramiento en salud, entendido como las funciones de manejo del riesgo en salud y de la administración de la prestación de los servicios de salud, queda en manos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) para el Régimen Contributivo y de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), en el régimen del mismo nombre. Estos aseguradores, de naturaleza pública, privada o comunitaria (tal es el caso de las Empresas Solidarias de Salud – ESS – que operan como ARS), deben, a cambio de un pago por afiliado (la Unidad de Pago por Capitación – UPC – que obra como una prima de un seguro), garantizar la prestación completa del plan de beneficios ordenado por la Ley.

Esta UPC cuenta con un ajuste por riesgo; específicamente, reconoce un mayor valor para afiliados menores de 5 años, mujeres en edad fértil, ancianos y poblaciones ubicadas en zonas rurales alejadas. Para garantizar la prestación de los servicios ordenados por la Ley, los aseguradores deben constituir redes suficientes de prestadores de servicios, propias o externas, con las cuales contratar la atención integral de sus afiliados.

La prestación de los servicios sigue siendo la razón de ser de los hospitales públicos, clínicas privadas y demás oferentes, ahora llamados Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) y contratados por las EPSs y ARSs. Con esto se da continuidad al cambio iniciado con la Ley 10 de 1990, al separar las funciones de dirección de aquellas de prestación, otorgando autonomía administrativa a los hospitales y liberando al Ministerio de Salud y a las Direcciones Locales y Seccionales de Salud de funciones administrativas propias de los hospitales

#### **b. Planes de Beneficios**

El sistema de salud de la Ley 100 plantea un plan único de beneficios para todos los colombianos, denominado Plan Obligatorio de Salud (POS). Dicho plan tuvo en cuenta el cruce de características de la carga de la enfermedad en el país, con análisis de costos y efectividad de las intervenciones disponibles.

El POS comprende servicios, procedimientos e insumos (incluyendo medicamentos) en todas las fases de la relación salud - enfermedad (promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación) y en todos los niveles de complejidad. Su contenido, tanto a nivel de procedimientos y servicios como de medicamentos, debe ser revisado y ajustado periódicamente por el CNSSS. Al hacerlo, el CNSSS también debe analizar la suficiencia de la UPC que se reconoce a las EPSs por afiliado, de forma tal que se logre un equilibrio entre prima y póliza en el seguro.

A diferencia de lo que ocurre con los planes privados de salud, para el POS no se permite aplicar el concepto de preexistencias, que impida la atención de determinadas patologías entre los usuarios.

Las EPSs y ARSs deben ofrecer un POS que incluya servicios asistenciales en condiciones básicas de calidad y suficiencia tecnológica y hotelera, determinadas por los organismos rectores del Sistema. La Ley colombiana entendió el POS como un cubrimiento básico, mínimo, universal y obligatorio. Por ello permitió su coexistencia con planes complementarios y de seguros prepagados para aquellos colombianos que, de manera voluntaria, quieran y puedan comprar beneficios y comodidades adicionales.

Adicional al POS, la Ley también determinó la existencia de un Plan de Atención Básica (PAB), en el cual se incluyen todas las intervenciones de interés para la salud pública; por ejemplo, los programas de inmunizaciones, las actividades de saneamiento ambiental, el control de vectores y otras. La ejecución del PAB es responsabilidad del Gobierno, en cabeza del Ministerio de Salud y del CNSSS, quienes deben ordenar todo lo referente a su definición y desarrollo, y de los Gobiernos Departamentales en lo referente a su implementación.

Por último, la Ley crea una cuenta especial para el manejo de los recursos destinados a cubrir los costos de salud ocasionados por las catástrofes naturales y sociales que afectan a muchas personas, así como para la atención derivada de los accidentes de tránsito (para lo cual existe un seguro obligatorio en el país). Adicionalmente, obliga a las EPS a tomar un reaseguro para cubrir las enfermedades ruinosas o catastróficas - ERC (aquéllas de baja ocurrencia

individual pero de alto costo unitario). Con estas medidas, y con el ajuste por riesgo en la UPC, busca evitar la selección adversa y garantizar una adecuada financiación de las intervenciones que requieren de alta tecnología.

### c. Transiciones

Al reconocer importantes limitaciones de tipo financiero e institucional, Colombia se comprometió en un proceso de cambio gradual hacia el nuevo modelo. En particular, tres transiciones estrechamente relacionadas entre sí fueron planteadas desde el comienzo de la reforma:

- **Transición en la Cobertura del Aseguramiento:** Inflexibilidades y limitaciones financieras hacían imposible que la totalidad de los colombianos ingresara de manera inmediata a un esquema de aseguramiento individual. Mientras que aquellos colombianos con capacidad de pago podían incorporarse rápidamente al Sistema (aunque se esperaba un porcentaje de evasión), quienes carecían de capacidad de pago tendrían que irse incorporando en la medida en que llegasen recursos suficientes para pagar por ellos. Entre tanto, seguirían por fuera del aseguramiento, recurriendo a servicios de salud de la manera tradicional: a través de la red asistencial pública o mediante el sector privado.
- **Transición en los Subsidios de Oferta a Demanda:** Para garantizar una mayor cobertura en el aseguramiento para los colombianos más pobres, los recursos históricamente atados en la forma de subsidios a la oferta hospitalaria pública debían reducirse, convirtiéndose en subsidios a la demanda; es decir, en pagos por capitación (UPC) que aseguraran a los más pobres. Así, el esfuerzo en el gasto público iría cambiando su énfasis: en lugar de financiar instituciones a la espera de pacientes, compraría seguros de salud que irían de la mano de los eventuales pacientes. En este nuevo escenario, los hospitales públicos tendrían necesariamente que vender servicios de salud a los aseguradores de esta población ya cubierta.
- **Transición en el Plan de Beneficios:** En tercer lugar, la limitación de recursos al inicio del Sistema y el deseo de llegar con el aseguramiento a más colombianos obligaron al Estado a recortar el plan de beneficios para los afiliados más pobres (integrantes del llamado Régimen Subsidiado). Este plan de beneficios reducido – conocido como el POS subsidiado (POS-S) – incluyó inicialmente cerca del 50% de las intervenciones del POS contributivo, haciendo énfasis en los servicios y procedimientos de atención básica y de alto costo, así como en las necesidades del grupo materno-infantil. Se esperó que con el paso del tiempo, con la incorporación de más colombianos cotizando al Sistema y con el crecimiento en otras fuentes de recursos, el POS-S se igualaría en contenidos al POS original, conformando un único plan obligatorio de beneficios en Colombia.

De culminar con éxito las tres transiciones descritas, el resultado final sería el esperado por la Reforma: la totalidad de los colombianos, independiente de su capacidad de pago, cubiertos por un seguro de salud que les da un mismo derecho a un plan único de beneficios.

#### **d. Bases de Financiamiento**

El financiamiento del nuevo sistema de seguridad social en salud en Colombia es complejo y tiene como ejes al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y a las fuentes financieras de la descentralización fiscal del país (situado fiscal, participaciones municipales y rentas cedidas, principalmente).

El FOSYGA es el instrumento financiero y administrativo que hace viable un sistema de competencia regulada. Está compuesto por cuatro subcuentas, que se enuncian a continuación con sus respectivas funciones:

- Subcuenta de Compensación: Encargada de recaudar los excedentes y/o compensar los déficits que se puedan presentar en las EPSs al recibir las cotizaciones y descontar el valor de las UPCs.
- Subcuenta de Solidaridad: Destinada a cofinanciar, con recursos del Régimen Contributivo y del Estado, la operación del Régimen Subsidiado.
- Subcuenta de Prevención y Promoción: Garantiza programas de prevención de la enfermedad y promoción de la salud entre los afiliados al Sistema.

Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito: Incorpora y administra recursos para cubrir catástrofes naturales y sociales, y accidentes de tránsito (estos últimos provenientes del seguro obligatorio que para tal fin está vigente en el país).

La base financiera del sistema está en un aporte obligatorio que deben hacer todos los colombianos asalariados o con capacidad de pago. La cotización para todo trabajador dependiente es el 12% de su salario, asumido el 8% por parte del empleador y el 4% por parte del empleado. Los independientes que reporten ingresos iguales o mayores a dos salarios mínimos mensuales deben asumir enteramente el 12% de la cotización. Con ello, el cotizante y su familia quedan cubiertos por el Régimen Contributivo.

Los 12 puntos de cotización en el Régimen Contributivo se dividen así: 11 puntos que ingresan a la Subcuenta de Compensación (del Régimen Contributivo), en donde se realiza el ajuste financiero necesario para pagar una UPC por cada individuo adscrito a una EPS (proceso llamado de compensación). Esto implica un subsidio cruzado en el Régimen Contributivo entre los trabajadores con mayores salarios y/o menores grupos familiares hacia aquellos con menores ingresos y/o mayores grupos familiares. El punto restante ingresa a la Subcuenta de Solidaridad, que financia en gran medida el costo del aseguramiento en el Régimen Subsidiado, y constituye el mecanismo obligado y efectivo de solidaridad hacia los sectores más pobres del país.

Aquellos colombianos que no cuentan con empleo y no pueden reportar ingresos suficientes para estar en el Régimen Contributivo, deben asegurarse con sus familias a través del Régimen Subsidiado, previa identificación de su condición de beneficiarios del subsidio a través de una encuesta (llamada Sistema de

Identificación de Beneficiarios, SISBEN), aplicada hasta la fecha por las autoridades municipales o distritales.

Al Régimen Subsidiado, además del punto de solidaridad proveniente del Régimen Contributivo y que representa cerca del 45% de su financiación total, se debía sumar un punto equivalente aportado por el Gobierno Nacional (conocido como el “paripassu”). Igualmente, al Régimen Subsidiado se debían incorporar en proporciones ascendentes recursos provenientes del situado fiscal (que se va transformando de subsidios de oferta hacia subsidios a la demanda) y de las transferencias municipales y otros impuestos territoriales. No obstante, esta transformación no se dio en las magnitudes esperadas e, incluso, fue congelada para el año 2000 por el Gobierno Nacional.

Además de las afiliaciones a los regímenes contributivo y subsidiado, existe una tercera categoría llamada los participantes vinculados. Ellas son personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. Los vinculados tienen en común con los afiliados al régimen subsidiado el hecho de carecer de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido adscritos a una entidad administradora específica, que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado; mientras los simplemente vinculados deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, teniendo derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto.

#### **e. Los órganos de supervisión y control**

El ordenamiento colombiano, no solo ha fijado un marco institucional y legal de garantía del derecho a la salud, sino que también ha fijado funciones a entidades especializadas para supervisar, y fiscalizar este servicio, siempre propendiendo por el bienestar de los pacientes. En general, son el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, los órganos encargados de dicha supervisión de las entidades relacionados con estos servicios a nivel nacional. Sus funciones son las siguientes:

#### **i. Ministerio de Salud y de la Protección Social**

Según el Decreto 4107 de 2011, los siguientes son los objetivos y funciones del Ministerio de Salud y Protección Social.

##### “Objetivos

El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá como objetivos, dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.

El Ministerio de Salud y Protección Social dirigirá, orientará, coordinará y evaluará el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia, adicionalmente formulará establecerá y definirá los lineamientos relacionados a con los sistemas de información de la Protección Social.”

#### Funciones

El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección Social.
2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social.
3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.
4. Formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de enfermedades transmisibles y de las enfermedades crónicas no transmisibles.
5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.
6. Formular, adoptar y coordinar las acciones del Gobierno Nacional en materia de salud en situaciones de emergencia o desastres naturales.
7. Promover e impartir directrices encaminadas a fortalecer la investigación, indagación, consecución, difusión y aplicación de los avances nacionales e internacionales, en temas tales como cuidado, promoción, protección, desarrollo de la salud y la calidad de vida y prevención de las enfermedades.
8. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de protección de los usuarios, de promoción y prevención, de aseguramiento en salud y riesgos profesionales, de prestación de servicios y atención primaria, de financiamiento y de sistemas de información, así como los demás componentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Formular, adoptar y evaluar la política farmacéutica, de medicamentos, de dispositivos, de insumos y tecnología biomédica, y establecer y desarrollar mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de los mismos.
10. Establecer los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos.

11. Formular y evaluar la política de talento humano en salud, en coordinación con las entidades competentes, que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones en salud.
12. Dirigir, organizar, coordinar y evaluar el servicio social obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud.
13. Definir los requisitos que deben cumplir las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud para obtener la habilitación y acreditación.
14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley.
15. Participar en la formulación y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos en materia de pensiones, beneficios económicos y otras prestaciones.
16. Participar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones.
17. Formular la política de salud relacionada con el aseguramiento en riesgos profesionales y coordinar con el Ministerio de Trabajo su aplicación.
18. Formular y evaluar la política para la definición de los sistemas de afiliación, garantía de la prestación de los servicios de salud y sistemas de información en Riesgos Profesionales.
19. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de promoción social a cargo del Ministerio.
20. Realizar los estudios y el análisis de viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los recursos asignados a la salud y promoción social a cargo del Ministerio.
21. Administrar los recursos que destine el Gobierno Nacional para promover la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando quiera que no exista norma especial que los regule o reglamente, ni la administración se encuentre asignada a otra entidad.
22. Constituir con otras personas jurídicas de derecho público o privado, asociaciones, fundaciones o entidades que apoyen o promuevan el cumplimiento de las funciones o fines inherentes al Ministerio de Salud y Protección Social, así mismo, destinar recursos de su presupuesto para la creación, funcionamiento e inversión del instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud de que trata el Artículo 92 de la Ley 1438 de 2011 o al de las asociaciones, fundaciones o entidades que constituya.
23. Definir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales.

La administración de los sistemas de información de salud se hará en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

24. Promover acciones para la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida.

25. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de las organizaciones comunitarias, las entidades no gubernamentales, las instituciones asociativas, solidarias, mutuales y demás participantes en el desarrollo de las acciones de salud.

26. Promover la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución de las actividades de salud, riesgos profesionales y promoción social a cargo del Ministerio.

27. Promover el estudio, elaboración, seguimiento, firma, aprobación, revisión jurídica y la ratificación de los tratados o convenios internacionales relacionados con salud, y promoción social a cargo del Ministerio, en coordinación con las entidades competentes en la materia.

28. Proponer y desarrollar, en el marco de sus competencias, estudios técnicos e investigaciones para la formulación, implementación y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos en materia de salud y promoción social a cargo del Ministerio.

29. Asistir técnicamente en materia de salud, y promoción social a cargo del Ministerio, a las entidades u organismos descentralizados territorialmente o por servicios.

30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias.

31. Administrar los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio.

32. Las demás funciones asignadas por la Constitución y la Ley.<sup>305</sup>

## **ii. Superintendencia Nacional de Salud**

Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con las siguientes funciones:

---

<sup>305</sup> Decreto 4107 de 2011. Noviembre 2. "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social." Disponible en: <http://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Paginas/objetivosFunciones.aspx>.

“La inspección es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia. Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de éste.

El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.”<sup>306</sup>

Funciones otorgadas por el Decreto 2462 de 2013 "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”:

- “1. Dirigir, coordinar y ejecutar las políticas de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Ejercer la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales que reglamentan el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, incluyendo las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del Sector Salud.
3. Ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la administración de los riesgos inherentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluidos los riesgos sistémicos.
4. Emitir instrucciones a los sujetos vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones normativas que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

---

<sup>306</sup> Ley 1122 de 2007. Enero 9. “Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

5. Inspeccionar, vigilar y controlar la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
6. Inspeccionar, vigilar y controlar el Sistema General de Seguridad Social en Salud, propendiendo que los actores del mismo suministren la información con calidad, cobertura, pertinencia, oportunidad, fluidez y transparencia.
7. Inspeccionar, vigilar y controlar las actividades en salud de las compañías de seguros, incluyendo las que administren el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trámites -SOAT y las Administradoras de Riesgos Laborales, de conformidad con la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias asignadas a otros organismos de inspección, vigilancia y control.
8. Ejercer inspección, vigilancia y control en las entidades territoriales, en lo relacionado con el ejercicio de las funciones que las mismas desarrollan en el ámbito del sector salud, tales como el aseguramiento, la inspección, vigilancia y control y la prestación de servicios de salud, de conformidad con sus competencias y en los términos señalados en la normativa vigente.
9. Vigilar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluyendo los derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud, así como de los deberes por parte de los diferentes actores del mismo.
10. Inspeccionar, vigilar y controlar que la prestación de los servicios de salud individual y colectiva, se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación en los diferentes planes de beneficios, sin perjuicio de las competencias asignadas, entre otras autoridades, a la Superintendencia de Subsidio Familiar, la Superintendencia de la Economía Solidaria y la Superintendencia Financiera.
11. Ejercer la facultad jurisdiccional y de conciliación en los términos establecidos en la ley.
12. Coordinar con los demás organismos del Estado que tengan funciones de inspección, vigilancia y control, las acciones que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud.
13. Proponer estrategias y adelantar acciones para que los sistemas de información de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud, sean interoperables con los demás sistemas de información existentes y que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Entidad.
14. Promocionar y desarrollar mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario, en los temas de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud.
15. Inspeccionar, vigilar y controlar la efectiva ejecución de rendición de cuentas a la comunidad, por parte de los sujetos vigilados.

16. Calcular, liquidar, recaudar y administrar la tasa que corresponda sufragar a las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, de conformidad con la normativa vigente.

17. Velar por la idoneidad de los actores del Sistema de Seguridad Social en Salud a través, entre otras, de la autorización o revocatoria del funcionamiento y la habilitación de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud -EAPB, o las que hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente. Para efectos del presente decreto se entiende por Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud - EAPB las enunciadas en el numeral 121.1 del artículo 121 de la Ley 1438 de 2011 y las normas que las modifiquen o adicionen.

18. Aprobar los planes voluntarios de salud y las tarifas, en los términos establecidos en el artículo 38 de la Ley 1438 de 2011 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

19. Ejercer la inspección, vigilancia y control del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, en los sujetos vigilados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con la normativa vigente.

20. Ejercer inspección, vigilancia y control, sobre la ejecución de los recursos destinados a la salud en las entidades territoriales.

21. Ejercer la inspección, vigilancia y control sobre la explotación, organización y administración del monopolio rentístico de licores; las rentas que produzcan cervezas, sifones, refajos, vinos, aperitivos y similares; quienes importen licores, vinos, aperitivos y similares y cervezas; las rentas de salud originadas en impuestos y sobretasa al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado; el IVA cedido al Sector Salud y demás rentas. Así como, sobre la oportuna y eficiente explotación, administración y aplicación de dichas rentas.

22. Ejercer la inspección, vigilancia y control sobre el monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras autoridades.

23. Ejercer la inspección, vigilancia y control del recaudo y aplicación de los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar en los términos del artículo 53 de la Ley 643 de 2001 o aquella que la modifique, adicione o subrogue.

24. Autorizar previamente a los sujetos vigilados cualquier modificación a la razón social, sus estatutos, cambios de la composición de la propiedad, modificación de su naturaleza jurídica, escisiones, fusiones y cualquier otra modalidad de transformación así como la cesión de activos, pasivos y contratos.

25. Realizar los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otras acciones y medidas especiales aplicables a las entidades promotoras y prestadoras, que permitan garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud, cuando concurren las causales previstas en la ley y en ejercicio de su función de control.

26. Adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud - EAPB o las que hagan sus veces, prestadores de servicios de salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como intervenir técnica y administrativamente las Direcciones Territoriales de Salud.
27. Ejercer la inspección, vigilancia y control sobre los derechos de los afiliados y los recursos del Sector Salud en los casos en que se adelanten procesos de liquidación voluntaria en los sujetos vigilados.
28. Adelantar los procesos administrativos, adoptar las medidas que se requieran y trasladar o denunciar ante las instancias competentes, en los términos establecidos en la normativa vigente, las posibles irregularidades que se puedan estar generando por los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud
29. Fijar los mecanismos y procedimientos contables que deben adoptar los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstos no estén sujetos a la inspección, vigilancia y control de otra autoridad, de conformidad con la normativa vigente, con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia y a las instrucciones de la Contaduría General de la Nación.
30. Suspender, en forma cautelar hasta por un año, la administración de los recursos públicos de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando así lo solicite el Ministerio de Salud y Protección Social, como consecuencia de la evaluación por resultados establecida en la ley.
31. Sancionar a las entidades territoriales que reincidan en el incumplimiento de los indicadores de gestión en los términos establecidos en la ley, previa evaluación de los informes del Ministerio de Salud y la Protección Social.
32. Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA o quien administre estos recursos y a los demás sujetos vigilados del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los regímenes especiales y exceptuados, contemplados en la Ley 100 de 1993.
33. Autorizar los traslados entre las entidades aseguradoras, sin tener en cuenta el tiempo de permanencia, cuando se ha menoscabado el derecho a la libre escogencia de prestadores de servicios de salud o cuando se constate que la red de prestadores prometida al momento de la habilitación no sea cierta.
34. Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control para que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que desarrollan la función administrativa e imponer las sanciones a que haya lugar.
35. Avocar de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las Direcciones Territoriales de Salud, cuando se evidencie la vulneración de los principios que desarrollan la función administrativa.

36. Desarrollar el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos del debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia, con sujeción al artículo 128 de la Ley 1438 de 2011 y a las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

37. Ejercer la competencia preferente de la inspección, vigilancia y control frente a los sujetos vigilados, en cuyo desarrollo se podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen inspección, vigilancia y control dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el ejercicio de la ética profesional, la adecuada relación médico-paciente y el respeto de los sujetos vigilados por la dignidad de los pacientes y de los profesionales de la salud.

38. Realizar funciones de inspección, vigilancia y control a fin de garantizar que se cumplan los criterios de determinación, identificación y selección de beneficiarios y aplicación del gasto social en salud por parte de las Entidades Territoriales.

39. Adelantar acciones de inspección, vigilancia y control para que las instituciones aseguradoras y prestadoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud, adopten y apliquen un Código de Conducta y de Buen Gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo y asegure la realización de los fines señalados en la ley.

40. Implementar y apoyar la gestión del Defensor del Usuario en Salud, en el ámbito de su competencia, en coordinación con la Defensoría del Pueblo.

41. Vigilar el cumplimiento del régimen de inversiones expedido para los sujetos vigilados.

42. Ejercer control posterior y selectivo sobre los programas publicitarios de los sujetos vigilados, con el fin de asegurar que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica, económica y social del servicio promovido y a los derechos de información debida.

43. Promover, a solicitud escrita de los representantes legales del respectivo empresario o empresarios o de uno o varios acreedores o de oficio, tratándose de empresarios o empresas sujetos a su vigilancia o control, los acuerdos de reestructuración de pasivos, de conformidad con las causales previstas en las normas vigentes.

44. Ejercer inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las normas que impongan condiciones especiales para la atención de nuevas patologías, incluyendo las enfermedades mentales, catastróficas o de alto riesgo y las huérfanas a los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, en el campo de su competencia y conforme a la normativa vigente.

45. Definir el conjunto de medidas preventivas para el control de los sujetos vigilados, así como los indicadores de alerta temprana y ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre la materia, acordes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud conforme a lo previsto en la normatividad vigente.

46. Conocer y fallar en derecho en primera o única instancia, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los conflictos y asuntos previstos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

47. Conciliar de oficio o a petición de parte, los conflictos que surjan entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 135 de la Ley 1438 de 2011 y las demás normas que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

48. Las demás que señale la ley.<sup>307</sup>

De esta manera, es evidente que hay dos entidades gubernamentales destinadas a garantizar la correcta implementación de la legislación nacional en materia de salud. Además, cuentan con facultades ejecutivas que les permiten cumplir con sus funciones en materia de política pública en salud, supervisar a las entidades, y hacerlas cumplir con las normas internas.

**f. Ley Estatutaria No. 1751 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”**

La Ley Estatutaria de Salud partió de una iniciativa presentada al Gobierno por la Gran Junta Médica en marzo de 2013. El Presidente Juan Manuel Santos Calderón la radicó en la Secretaría General del Senado y le dio mensaje de urgencia a su trámite en el Congreso, el cual fue liderado por el Ministro de Salud y Protección Social.

Luego de su aprobación en el legislativo, el 20 de junio de 2013, el proyecto pasó a control previo de la Corte Constitucional, que en abril de 2014 convocó una audiencia pública, donde el Gobierno y la Gran Junta Médica defendieron los contenidos de la iniciativa.

En mayo de 2014, la Corte divulgó el comunicado a través del cual anunció la aprobación con condiciones del articulado de la Ley, y en octubre publicó la sentencia. Luego de su trámite en el Congreso de la República y del control previo en la Corte Constitucional, el Presidente Juan Manuel Santos Calderón y el Ministro Alejandro Gaviria Uribe sancionaron la Ley Estatutaria de Salud, que convierte a la salud en un derecho fundamental autónomo.

La Ley convierte en obligatoria la prestación de los servicios de urgencias, que ya no requieren ningún tipo de autorización.<sup>308</sup> Entre los principios consagrados en la Ley Estatutaria, el derecho fundamental a la salud debe tener continuidad,

---

<sup>307</sup> Decreto 2462 de 2013 "Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud". Disponible en:

<http://www.supersalud.gov.co/supersalud/Default.aspx?tabid=74>.

<sup>308</sup> Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Artículo 14. (Anexo 21)

entendida como el derecho a recibir los servicios de salud sin que sean interrumpidos por razones administrativas o económicas.<sup>309</sup>

A partir de la fecha de su promulgación, el control a los precios de los principios activos de medicamentos se convierte en una política de Estado; asimismo, los precios de los medicamentos controlados no podrán superar el precio internacional de referencia, de acuerdo con la metodología definida por el Gobierno.

La Ley consagra la autonomía médica,<sup>310</sup> persiguiendo la seguridad del paciente, bajo esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica. En ese sentido, asegura que los médicos serán quienes tomen las decisiones sobre los tratamientos, ya que se prohíbe todo constreñimiento, presión o restricción del ejercicio profesional que atente contra la autonomía de los profesionales de la salud. También prohíbe cualquier prebenda o dádiva a los profesionales de la salud.

Con la sanción de la ley, el Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta dos años para implementar el mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, que permita ampliar progresivamente los beneficios. De esta manera, los pacientes tendrán derecho a todas las tecnologías, excepto aquellas que estén expresamente excluidas del POS.

De esta manera, vemos cómo el Estado colombiano ha propendido por la creación de un marco legal e institucional para garantizar el derecho fundamental a la salud, basado en principios como la universalidad, calidad y solidaridad. Si bien los mecanismos existentes pueden presentar retos para la realización de este derecho en toda la población, resulta claro que el Estado colombiano se ha empeñado en la elaboración de un marco de garantía de este derecho.

### **3. El cumplimiento de los estándares interamericanos en salud por parte del sistema de seguridad social en salud colombiano**

Recapitulando lo previamente expuesto sobre la jurisprudencia interamericana y el deber de garantía en salud, teníamos que en general, el Estado debe asegurar lo siguiente:

- (i) Un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud con calidad.
- (ii) Mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud.
- (iii) Procedimientos de tutela administrativa y judicial para el posible damnificado.

---

<sup>309</sup> Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Artículo 6.

<sup>310</sup> Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Artículo 17.

- (iv) Regular la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales de salud.
- (v) El Estado debe crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, e investigar y sancionar a funcionarios por mala práctica.
- (vi) El Estado debe asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio.

El entramado legal previamente expuesto, indica que Colombia cuenta con un marco normativo adecuado que propende por la prestación de un servicio de salud de calidad a la totalidad de su población, pues contempla la cobertura no solo para quienes cuentan con poder adquisitivo sino también para quienes no. Además, el Gobierno cuenta con entidades que se encargan de la inspección y fiscalización de las instituciones que prestan los servicios de salud, a saber, el Ministerio de Salud y de la Protección Social, y la Superintendencia Nacional de Salud. Adicionalmente, el Ministerio de Salud, es la autoridad encargada de la ejecución y prestación de los programas nacionales de salud, entre los cuales se encuentran las políticas públicas, en materias como inmunización y tratamiento de ciertas enfermedades.

Finalmente, el sistema de quejas, reclamos y demandas cuenta con las acciones civiles, administrativas e incluso penales suficientes para garantizar que los pacientes de los servicios de salud colombiano cuenten con mecanismos en dado caso que las instituciones o funcionarios no actúen de manera legal y profesional. En este sentido, siempre se podrán incoar acciones administrativas y civiles contra las instituciones, y se podrán entablar demandas de responsabilidad médica, cuando se cuestione que un funcionario de la salud haya actuado por fuera del margen de la ley y la debida diligencia que sus condiciones especiales y experticia le exigen.

#### **4. Las medidas tomadas por el Estado colombiano en relación con la asistencia a la comunidad portadora del virus del VIH**

Además del marco general de garantía del derecho a la salud en Colombia, existen ciertas enfermedades y condiciones que han llamado especial atención por parte del legislador y los funcionarios judiciales. Este es el caso de la población portadora del VIH-SIDA, para quienes se ha gestado todo un marco de protección que abarca legislación, políticas públicas y fallos judiciales. A continuación se expone la normativa más relevante en esta materia, que demuestra la diligencia del Estado colombiano en garantizar la igualdad material y acceso a servicios médicos frente a esta población.

##### **4.1. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva**

El Ministerio de la Protección Social en Febrero de 2003 emitió la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (PNSSR), adoptando las recomendaciones de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994) que, a su vez, incorporan la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, siendo el planteamiento básico el que los Derechos Sexuales y Reproductivos (DSR), son

parte de los Derechos Humanos. El Objetivo general de la política es mejorar la salud sexual y reproductiva (SSR) y promover el ejercicio de los DSR de toda la población, con especial énfasis en la reducción de los factores de vulnerabilidad y los comportamientos de riesgo, el estímulo de los factores protectores y la atención a grupos con necesidades específicas. Así mismo, se definen los temas prioritarios: maternidad segura, planificación familiar, Salud Sexual y Reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual.<sup>311</sup> Los principios que orientan la política son: la concepción de los DSR como Derechos Humanos, la equidad social y de género, el empoderamiento de las mujeres y la cualificación de la demanda, la focalización y la calidad para la prestación de los servicios.

La Ley 1122 de 2007 que reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) define en el artículo 33 los contenidos del Plan Nacional de Salud Pública, cuyo objetivo es la atención y prevención de los principales factores de riesgo para la salud y la promoción de condiciones y estilos de vida saludables, fortaleciendo la capacidad de la comunidad y la de los diferentes niveles territoriales para actuar. El Ministerio de la Protección Social adoptó el Decreto número 3039 de 2007 (Agosto de 2007), por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010. El propósito es definir la política pública en salud que garantice las condiciones para mejorar la salud de la población Colombiana, prolongando la vida y los años de vida libres de enfermedad, promoviendo condiciones y estilos de vida saludables, previniendo y superando los riesgos para la salud, y recuperando o minimizando el daño, entendiendo la salud como un derecho esencial individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de salud, bienestar y calidad de vida, mediante acciones sectoriales e intersectoriales.

La segunda prioridad nacional en salud definida en este plan, hace referencia a la Salud Sexual y Reproductiva, lo cual es de estricto cumplimiento en la Nación, en los planes de salud territoriales y en los planes operativos de las entidades promotoras de salud - EPS, en coherencia con los perfiles de salud territorial (MPS, Decreto 3039/2007). El Plan incluye líneas de política para mejorar la Salud Sexual y Reproductiva; establece y propone, entre otras estrategias:

- (i) La promoción del ejercicio responsable de la Salud Sexual y Reproductiva, la promoción del buen trato y la prevención integral en salud a víctimas de la violencia y abuso sexual, con estrategias de educación, información, comunicación y movilización social con enfoque etno-cultural y de género.
- (ii) La habilitación específica funcional para garantizar la idoneidad de los servicios de atención del control prenatal, del parto, del nacimiento, del puerperio y de los servicios que ofrecen atención de la interrupción voluntaria del embarazo, Salud Sexual y Reproductiva de adolescentes,

---

<sup>311</sup> Ministerio de la Protección Social. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, Febrero 2003.

ITS – VIH/SIDA, cáncer del aparato reproductor femenino y de la violencia doméstica y sexual, así como lo relacionado con la implementación de servicios amigables para adolescentes y jóvenes, para atención en Salud Sexual y Reproductiva a adolescentes, con énfasis en consejería, oferta anticonceptiva de emergencia y de métodos modernos.

- (iii) El fortalecimiento de la vigilancia de los riesgos y determinantes de la Salud Sexual y Reproductiva y el fortalecimiento de la formación del recurso humano para la atención integral y manejo de los riesgos relacionados con la Salud Sexual y Reproductiva.

#### **4.2. El Decreto 1543 de 1997 “por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el VIH/SIDA y las otras infecciones de transmisión sexual (ETS)”**

Define la terminología y regula las actividades diagnósticas, de atención integral, de promoción y prevención, de vigilancia epidemiológica y las medidas de bioseguridad respecto de los pacientes con VIH/SIDA; establece la normatividad de investigación en concordancia con la Resolución 84/30 de 1993; fija los mecanismos de organización y coordinación del Programa Nacional de Prevención y Control de ITS y SIDA, y crea el Consejo Nacional del SIDA y sus dependencias. Igualmente, consagra los derechos y deberes de pacientes y de los prestadores de los servicios de salud. Además, el decreto brinda el marco de referencia frente a las posibles sanciones por incumplimiento de la legislación, tanto de parte de los pacientes como del personal de salud.<sup>312</sup>

La Resolución 3442 de 2006 “Por la cual se adoptan las Guías de Práctica Clínica basadas en evidencia para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con VIH / SIDA y Enfermedad Renal Crónica y las recomendaciones de los Modelos de Gestión Programática en VIH/SIDA y de Prevención y Control de la Enfermedad Renal Crónica y recomienda el modelo de gestión programática en VIH/SIDA.”<sup>313</sup>

#### **4.3. El Plan Nacional de Respuesta al VIH del 2008 al 2011**

Dispuso como ejes principales: Coordinación interinstitucional e intersectorial, monitoreo y evaluación, promoción y prevención, y atención integral y como ejes

---

<sup>312</sup> Ministerio de la Protección Social. Decreto Número 1543 DE 1997. Junio 12. “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”. (Anexo 22)

<sup>313</sup> Ministerio de la Protección social. Resolución Número 3442 de 2006. Septiembre 22. “Por la cual se adoptan las Guías de Práctica Clínica basadas en evidencia para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con VIH / SIDA y Enfermedad Renal Crónica y las recomendaciones de los Modelos de Gestión Programática en VIH/SIDA y de Prevención y Control de la Enfermedad Renal Crónica.”

transversales los Derechos Humanos y la Equidad de Género. A través del Plan se “pretende superar la brecha de cobertura de servicios preventivos, de atención en salud y comunitarios para siete grupos de población que se han elegido y priorizado precisamente por su alta vulnerabilidad” entre los que se encuentran miembros uniformados y no uniformados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Con ello se espera que la implementación de las acciones permita contener la epidemia mediante promoción y prevención de la Salud Sexual y Reproductiva, prevención de la infección por VIH y atención a grupos de mayor vulnerabilidad y control de riesgo biológico y seguridad, garantizar el acceso para la detección temprana de la infección por VIH mediante la movilización social para aumentar la demanda de asesoría y pruebas voluntarias y prevenir la exclusión social de las personas viviendo con VIH/SIDA y el manejo integral de la población.

Toda la normativa en general destaca la obligatoriedad en la atención integral en VIH/SIDA, según asignación de responsabilidad, por nivel de atención y grado de complejidad. También, la prohibición de solicitar pruebas de VIH para que el paciente acceda a los servicios de salud, vinculación a actividades laborales o educativas, la necesidad de la asesoría pre y post, el consentimiento informado, la confidencialidad en el resultado de la prueba, el deber de impartir promoción, prevención y educación en salud al personal a su cargo, además de pacientes y familiares del paciente con el fin de que puedan disfrutar una comunicación plena y clara con el equipo de salud.<sup>314</sup>

#### **4.4. Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021**

El Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 busca “lograr la equidad en salud y el desarrollo humano” de todos los colombianos y colombianas mediante ocho dimensiones prioritarias y dos transversales, que representan aquellos aspectos fundamentales que por su magnitud o importancia se deben intervenir, preservar o mejorar, para garantizar la salud y el bienestar de todos los colombianos, sin distinción de género, etnia, ciclo de vida, nivel socioeconómico o cualquier otra situación diferencial.<sup>315</sup>

- (i) Convergencia y desarrollo regional.
- (ii) Crecimiento y competitividad.
- (iii) Igualdad de oportunidades.
- (iv) Consolidación de la paz
- (v) Innovación.

---

<sup>314</sup> Plan Nacional de Respuesta ante el VIH y el SIDA. Colombia 2008-2011. Ministerio de la Protección Social. Dirección General de Salud Pública. ONUSIDA - Grupo temático para Colombia. (Anexo 23)

<sup>315</sup> Ministerio de Salud y la Protección Social. Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021. Disponible en: <http://www.minsalud.gov.co/plandecenal/Paginas/home2013.aspx>. (Anexo 24)

- (vi) Sostenibilidad ambiental.
- (vii) Buen gobierno.
- (viii) Relevancia internacional.

El Plan establece como prioridad el crear Políticas públicas sectoriales e intersectoriales que promuevan el ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos desde los enfoques de género y diferencial, teniendo en cuenta los determinantes sociales para erradicar las violencias de género y violencias sexuales, prevenir las ITS-VIH-Sida y la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, promover la salud sexual y reproductiva de adolescentes y garantizar la salud materna.

En este documento se encuentran objetivos específicos del Estado colombiano en materia de VIH entre los cuales se destacan:

- (i) Promover la articulación intersectorial y comunitaria para la afectación de los determinantes sociales, programáticos e individuales que inciden en la epidemia de ITS - VIH / Sida, con énfasis en poblaciones en contextos de mayor vulnerabilidad, garantizando el acceso a prevención y a la atención integral en salud y fortaleciendo los sistemas de seguimiento y evaluación.
- (ii) Al año 2022, haber mantenido la prevalencia de infección por VIH en menos de 1% en población de 15 a 49 años.
- (iii) Para el año 2022, haber alcanzado y mantenido el porcentaje de transmisión materno-infantil del VIH, sobre el número de niños expuestos, en el 2% o menos.
- (iv) Garantizar el acceso universal a prevención y atención integral en ITS-VIH/SIDA con enfoque de vulnerabilidad.

En el marco de dicho plan, se han puesto en acción políticas públicas concretas de prevención y tratamiento del VIH, entre las cuales se destacan:

- (i) Plan Nacional de Respuesta ante las ITS y el VIH 2012-2017.
- (ii) Política de sexualidad y derechos sexuales y reproductivos 2014.

De este acápite se concluye que el Estado colombiano es comprensivo en materia de política pública para la prevención, promoción y tratamiento del VIH. No solo esto, sino que sus políticas también se han encaminado a la protección de quienes padecen de esta enfermedad, concientizando a la población sobre ésta y propendiendo por la eliminación de la discriminación basada en este factor.

## **5. Fallos de la Corte Constitucional relacionados con la atención a la población que sufre de enfermedades catastróficas como el virus del VIH.**

El Estado colombiano ha complementado el marco legal e institucional creado para garantizar el acceso a los servicios de salud de la población, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Dado el carácter fundamental del derecho a la salud, reconocido por el Tribunal constitucional, ciertos temas y casos particulares han sido modificados por dichas providencias. Uno de los temas en los que el precedente constitucional ha sido prolífico es en el de la atención en salud para personas portadoras del virus del VIH. En este tema, la jurisprudencia ha llevado a la declaración de dichas personas como un grupo vulnerable, y consecuentemente, a la obligación del Estado de proveerles de tratamiento y medicamentos para atender a su situación de manera gratuita.

### **5.1. El marco de protección constitucional a las personas que sufren de enfermedades catastróficas, incluidos los portadores del VIH**

Varias disposiciones de la Constitución Política colombiana confieren una especial protección a quienes se hallan en circunstancias de especial vulnerabilidad. Así se deriva, por ejemplo, del inciso 3° del artículo 13 superior: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que con ellas se cometan.”<sup>316</sup> No cabe duda que los enfermos de VIH y SIDA afrontan en tal situación y merecen, por ello, especial amparo.

En esa línea, fue expedida la 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”), en cuyo artículo 1° se establece que la atención integral estatal y la lucha contra la enfermedad será una prioridad para la República de Colombia y que el Estado, así como el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizarán “el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos”.<sup>317</sup>

El citado artículo también destaca la importancia de fortalecer la cooperación con la Organización de Naciones Unidas y con la Organización Mundial de la Salud y, en ese sentido, se institucionalizó el día primero de diciembre de cada año como el Día Nacional de Respuesta al VIH y el SIDA.

---

<sup>316</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 13.

<sup>317</sup> Ley 972 de 2005. Julio 15. Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas “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.” (Anexo 25)

Como se observa, el derecho fundamental a la salud de los enfermos de VIH y SIDA recibe protección, en los ámbitos interno e internacional, siempre en procura de que el tratamiento que se requiere no sólo sea integral sino también continuo y oportuno.<sup>318</sup>

## 5.2. La población portadora del VIH como sujeto de especial protección

Conviene hacer relación a la naturaleza fundamental que adquiere el derecho a la salud cuando se predica respecto de los sujetos de especial protección, específicamente en lo atinente a las personas que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo, **desarrollo que incluso fue anterior al reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo.** Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que es obligación del Estado otorgar una protección especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, al encontrarse en una situación de debilidad manifiesta. Así, indicó que:

“De acuerdo con una interpretación armónica de los principios de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido el deber del Estado de brindar protección especial a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, conforme a la garantía del derecho a la salud y a la protección reforzada que, en el marco de nuestro Estado Social de Derecho, merecen las personas que, por disminución de sus capacidades físicas o mentales, se encuentran en estado de debilidad manifiesta.

El artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 define las enfermedades catastróficas o ruinosas como aquéllas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, escasa ocurrencia y un mínimo costo-efectividad. Por su parte, el artículo 17 *ejusdem* define su tratamiento como aquél caracterizado por tener un bajo costo-efectividad en la modificación del diagnóstico y un alto costo; adicionalmente la Resolución en referencia enumera las actividades de alto costo incluidas en el POS para el régimen contributivo, mientras que el Acuerdo 72 de 1997 señala las correspondientes al régimen subsidiado.

El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad del reaseguro con lo que se orientó la política de manejo de las enfermedades de alto costo. Conforme a esta norma se garantiza el cubrimiento integral de las prestaciones definidas en el POS y se evita la selección adversa de los riesgos costosos por parte de las EPS.”<sup>319</sup>

En ese orden de ideas, el carácter incurable de algunas de las enfermedades calificadas como catastróficas, no implica que quienes las sufran carezcan de amparo constitucional y de garantía en la aplicación de tratamientos médicos. En este sentido, la Corte ha sostenido que la incurabilidad o cronicidad de la enfermedad no es óbice para la continuación en la prestación del servicio médico,

---

<sup>318</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-228 de 2013.

<sup>319</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-797 de 2008.

ya que si bien en el caso de algunas enfermedades ruinosas no se propende por el restablecimiento de la salud del paciente, sí se procura la minimización del padecimiento y la dignificación de la vida humana.<sup>320</sup>

### 5.3. El tratamiento especial hacia la población portadora del virus del VIH

El reconocimiento de la población portadora del virus del VIH como un sujeto de especial protección ha tenido como consecuencia que la Corte Constitucional haya emitido jurisprudencia desarrollando el marco de protección de esta población en distintos aspectos de su vida.

Dentro de este marco de protección, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el especial tratamiento que se debe procurar a quienes padecen de esta enfermedad, en razón a su gravedad y carácter progresivo, observando la existencia de determinados ámbitos de protección, a saber: “(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean”.<sup>321</sup>

En el caso que nos ocupa, resulta particularmente relevante la garantía del proveimiento de medicamentos y tratamientos cuando el afectado no cuente con los recursos económicos para sufragarlos. Ello tiene varias implicaciones en materia del régimen especial de seguridad social en salud para las personas que padezcan de esta enfermedad.

### 5.4. Medicamentos excluidos del POS

Dentro de las garantías que ha incluido la jurisprudencia constitucional para los portadores del VIH se encuentra la de tener acceso a medicamentos **sin importar el régimen al cual se encentra afiliado el peticionario**, para el tratamiento de su enfermedad. En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha señalado cuáles son los requisitos que deben cumplirse, para ordenar el suministro de medicamentos o procedimientos excluidos del POS, en aras de proteger el derecho a la salud, además de la vida y la integridad personal.

Según la jurisprudencia constitucional, las entidades promotoras de salud (EPS) tienen el deber de suministrar a sus afiliados medicamentos no contemplados en el

---

<sup>320</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-323 de 2011.

<sup>321</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-027 de 2013.

Manual de Medicamentos del POS, cuando: “a) la falta de medicamentos excluidos amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; b) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; c) el paciente no puede sufragar el costo de lo requerido d) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio”.<sup>322</sup>

Esta regla se aplica cuando un medicamento no está incluido en el POS y es necesario para el tratamiento de un portador de VIH. También, en este punto la Corte Constitucional ha establecido que:

“Por lo anterior, cuando un enfermo o portador de VIH/SIDA requiere un tratamiento o procedimiento fundamental para garantizar su existencia en condiciones dignas, ya sea que se encuentre o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encontrándose la persona afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud o vinculada, su derecho a la salud se considera fundamental y es amparado a través de la acción de tutela.”<sup>323</sup>

Finalmente, cabe mencionar que las personas con diagnósticos de patologías catastróficas (como el VIH) se encuentran exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS según el Acuerdo 260 de 2004, artículo 7, que establece que “Servicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: (...) 4. Enfermedades catastróficas y de alto costo”,<sup>324</sup>

Resulta claro, que el ordenamiento jurídico colombiano, como un entramado legal y jurisprudencial, reconoce a los portadores de VIH como sujetos de especial protección. Acorde a ello, les ofrece garantías particulares referidas a la garantía del derecho a la salud como lo son la provisión de medicamentos y tratamientos de manera gratuita, con independencia de su afiliación a un régimen contributivo, subsidiado o vinculado.

## **6. El Estado colombiano ha cumplido con su deber de garantía en relación con el derecho a la salud de Ángel Alberto Duque.**

Habiendo mostrado el marco jurídico de garantía del derecho a la salud presente en el Estado colombiano, que se ha gestado al menos a partir del año 1991 con la instauración de la actual Constitución Política de Colombia, su interpretación por vía de los fallos de la Corte Constitucional Colombiana, y las leyes que han desarrollado este derecho, el Estado procede a demostrar que el señor Ángel

---

<sup>322</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-228 de 2013.

<sup>323</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-579 de 2011.

<sup>324</sup> Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Acuerdo 000260 de 2004. Febrero 4. “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Anexo 26).

Alberto Duque ha sido beneficiario de dicho marco de garantía, y se la ha ofrecido el tratamiento necesario para atender a su enfermedad.

En primer lugar, tal y como fue referido en la sección que trata la excepción preliminar que plantea que la reclamación referente a la falta de acceso a la salud del señor Duque resulta manifiestamente infundada, no existe prueba alguna en el expediente internacional que acredite que se le haya negado el tratamiento de VIH al señor Duque. No solo falta en el expediente prueba de que se le haya negado el acceso, sino que los representantes de la presunta víctima afirman que por ello se le han generado daños a su vida e integridad, que tampoco resultan acreditados. De esta manera, resulta claro que la Corte IDH carece de material probatorio alguno para poder determinar que el Estado ha trasgredido sus obligaciones o haya generado un daño en este sentido.<sup>325</sup>

El Estado considera que, de manera principal, la Corte IDH debe inadmitir esta demanda al ser manifiestamente infundada, pues no existe acervo probatorio alguno que logre probar las alegaciones de los representantes de la presunta víctima. Si la Honorable Corte IDH decide hacer improcedente la excepción preliminar interpuesta por el Estado, resulta claro que no se podrá declarar la responsabilidad internacional por ninguna alegación referente a la presunta denegación de acceso a los servicios de salud al señor Duque, pues el ente juzgador carece de prueba alguna para llegar a esta conclusión.

Resulta útil hacer alusión al mismo caso del Tribunal Europeo citado en la excepción preliminar, con consecuencias en el fondo del asunto. Así, en el caso *Stettner vs. Polonia*, la presunta víctima, quien se encontraba privado de la libertad, alegó que se había vulnerado su derecho a la salud, pues se le habría negado acceso a tratamientos que requería, y ello le había perjudicado. El Tribunal Europeo, en su motivación, consideró que al no haber probado de ninguna manera el impedimento para acceder a los servicios, y el daño a la salud, no podría condenar al Estado por este concepto. En la sentencia, la Corte Europea argumenta que:

“3. With regard to the adequacy of medical assistance, the Court notes that the applicant was regularly treated by general practitioners of the remand centre and consulted by specialists, including outside his penitentiary establishment. The applicant made a number of allegations concerning the allegedly inadequate level of medical care such that he had not been provided with a drug against hypertension or that he had been made to wait for a long time to see a dentist. He also alleged that he had been placed in a cell with smokers or in a cell previously occupied by prisoners infected with tuberculosis. However, the Court notes that these assertions are not supported by any evidence in the file and therefore remain unsubstantiated. On the evidence before it, the Court does not find any indication that the medical care provided to the applicant was

---

<sup>325</sup> Ver acápite sobre la excepción preliminar referente a que la petición resulta manifiestamente infundada.

deficient or below the standard level of health care available to the population generally (...)<sup>326</sup>

De esta manera, el Tribunal Europeo concluye que la presunta víctima no ha allegado prueba alguna que logre demostrar sus alegaciones, ni un daño a su salud, ni que haya sido objeto de un nivel de prestación de servicios de salud inferior al del resto de la población. En el caso bajo examen, el señor Duque se encuentra en la misma situación, alegando que no se le presentó un servicio y que esto le generó un daño, sin probarlo de ninguna manera. Vemos cómo en este caso, la consecuencia de omitir allegar la prueba pertinente tiene como consecuencia que no se pueda declarar la responsabilidad internacional del Estado, pues mal haría el Tribunal Europeo en condenar a un Estado sin un acervo probatorio que sustente la alegación.

Cabe mencionar que en el caso en mención, el señor Stettner se encontraba privado de la libertad. En algunos casos, esto se ha tomado como una circunstancia que eleva la carga de la prueba para el Estado, cuando pretende demostrar que no es responsable por menoscabos en la integridad de la víctima. Sin embargo, ni aun con esta carga elevada de la prueba, fue posible condenar a Polonia, pues el peticionario simplemente no logró acreditar las supuestas violaciones de las que fue víctima.

En segundo lugar, luego de consultar con las entidades del Estado pertinentes, la documentación allegada demuestra lo contrario a lo que afirman los representantes de la presunta víctima. En primer lugar, el Ministerio de Salud y de la Protección Social informó mediante comunicación oficial del día marzo 25 de 2015 lo siguiente: “Acorde con las fechas de inicio y terminación de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud que enuncia en su oficio, el Sr. Angel Alberto Duque, no evidencia interrupciones en su afiliación desde mayo de 1985 hasta la fecha.”<sup>327</sup> Se muestra, entonces, que el señor Duque siempre ha estado afiliado al régimen de seguridad social en salud, y en su calidad de afiliado, ha tenido acceso a los servicios de salud prestados, particularmente los de tratamiento del VIH.

En tercer lugar, el Ministerio de Salud allegó un listado de los periodos compensados en materia de seguridad social en salud para el caso del señor Duque. Del listado es claro que al menos desde el año de 1995 hasta la actualidad, se le han compensado todos los periodos de manera ininterrumpida en materia de salud, estando afiliado a “La Nueva EPS S.A.” y el “Instituto de Seguros Sociales E.P.S.” desde el año 1995 hasta la actualidad.<sup>328</sup>

En cuarto lugar, es necesario recordar que uno de los argumentos esgrimidos por los representantes de la presunta víctima es que por causa de la muerte del compañero permanente de Ángel Duque, y la posterior negativa a otorgarle la pensión de sobreviviente, el señor Duque no contó con los recursos económicos

---

<sup>326</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Stettner vs. Polonia. Marzo 24 de 2015. Párr. 53.

<sup>327</sup> Oficio remitido por el Ministerio de Salud el 25 de marzo 2015. (Anexo 27)

<sup>328</sup> Oficio remitido por el Ministerio de Salud el 9 de febrero de 2015. (Anexo 28)

necesarios para pagar su afiliación al sistema de salud y su tratamiento de VIH. Como ya fue explicado, el servicio de salud, particularmente para enfermedades como el VIH, está cubierto tanto por el régimen contributivo como por el subsidiado de manera integral, así que no era necesaria la pensión de sobreviviente para acceder a estos servicios, pues no habría costos que sufragar relacionados con el servicio.

Si bien la parte demandante debería ser la que fundamente probatoriamente sus alegaciones, cuestión que omitió en este caso, el Estado desea brindar su colaboración para que la Honorable Corte IDH cuente con un panorama más completo a la hora de sacar conclusiones y tomar una decisión. Teniendo esto en cuenta, es necesario recordar que el señor Duque se hizo beneficiario de una pensión de invalidez a partir de noviembre del año 2006. Ello implica que para poder acceder a ella, tuvo que haber cotizado cierto número de semanas<sup>329</sup> laboradas, que en el documento allegado se informa que fueron en total 1,120<sup>330</sup> durante las cuales le fueron realizados aportes en salud. Ello implica que tuvo que haber estado trabajando con anterioridad y cotizando, por lo tanto habría tenido recursos económicos para costear el régimen contributivo.

Finalmente, incluso una comunicación emitida por el representante de la presunta víctima indica el acceso que ha tenido señor Duque a los servicios de salud. El día 23 de octubre de 2008 se sostuvo una reunión en la sede de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH entre los representantes y el Estado. En ella, mostraron su inconformidad con las fallas en el servicio de salud y los supuestos perjuicios que le habría ocasionado al señor Duque, sin embargo, tampoco acreditaron estos hechos. En esta reunión, el Estado se comprometió a resolver esta presunta situación y una vez en Bogotá se comunicó con ellos para tratar el tema. Mediante comunicación del 29 de enero de 2009, el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti, uno de los representantes de la víctima, manifestó que: "(...) le comento que nuestro cliente ANGEL ALBERTO DUQUE ya tiene solucionado la asistencia en salud, vigilancia, control y medicamentos relacionados con el diagnóstico de vih – sida, razón por la cual no es necesario realizar diligencia alguna ante la red pública como vinculado o a través de una EPS del régimen subsidiado."<sup>331</sup> Esta

---

<sup>329</sup> Dentro de las contingencias que cubre el Régimen de Prima Media, se encuentra el pago de la Pensión de Invalidez de origen común, la cual encuentra su fundamento en los artículos 38, 39 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003. De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. El artículo 39 de la citada Ley, establece: Tendrán derecho a la Pensión de Invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: "a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez".

<sup>330</sup> Oficio remitido por COLPENSIONES el 20 de marzo de 2015. (Anexo 29)

<sup>331</sup> G & M de Colombia Abogados. Comunicación de enero 27 de 2009. Firmada por el señor Germán Humberto Rincón. (Anexo 29)

situación le fue comunicada a la CIDH de manera oficial, evidenciando la contradicción en que incurrían los representantes.<sup>332</sup>

Cabe destacar, que los representantes de la presunta víctima han manifestado reiteradamente que se ha puesto en peligro la vida del señor Duque, y se le ha vulnerado su integridad psicológica y física al estar en un estado de constante incertidumbre frente a su tratamiento.<sup>333</sup> Sin embargo, a la hora de acreditar estos hechos y perjuicios, no han aducido ninguna clase de prueba que fundamente sus alegaciones.

De los argumentos anteriormente expuestos se derivan las siguientes conclusiones:

- (i) El Estado colombiano cuenta con un marco legal e institucional que cumple con los estándares de garantía del derecho a la salud del sistema interamericano, en especial con relación a la población portadora del VIH-SIDA.
- (ii) No existe prueba alguna en el expediente que acredite que le fue negado el acceso al tratamiento del VIH al señor Duque o que los servicios médicos fueron de alguna manera interrumpidos.
- (iii) Existe certeza de que el señor Duque estuvo afiliado al sistema de seguridad social en salud de manera ininterrumpida, y por tanto tendría acceso a los servicios derivados de dicha afiliación.
- (iv) Los representantes de la presunta víctima han afirmado que el señor Ángel Duque tiene resuelta su situación de acceso a los servicios de salud que su condición de portador del VIH merecen.
- (v) En cualquier caso, si el señor Duque no hubiera contado con los recursos económicos para realizar aportes en el régimen contributivo, habría podido acceder a los servicios de salud en el régimen subsidiado, que como se mostró a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es igual para enfermedades catastróficas, como lo es el VIH.

Por tanto, el Estado colombiano no es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la salud, que la Corte IDH por vía de su jurisprudencia ha relacionado con los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la CADH y así se solicita a la H.Corte que lo declare.

\*\*\*

---

<sup>332</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. DD.GOI No. 5529/0210. Comunicación de 4 de febrero de 2009 dirigida a la CIDH. (Anexo 30)

<sup>333</sup> ESAP. Párr. 91.

#### IV. PRUEBAS

A continuación, se presentarán las observaciones sobre las pruebas solicitadas y ofrecidas por la Comisión y los representantes en el escrito de sometimiento del caso y el ESAP respectivamente. Posteriormente, enunciarán las pruebas documentales, testimoniales y periciales del Estado.

##### A. Observaciones sobre las pruebas del escrito de sometimiento

Mediante nota del 21 de octubre de 2014, la CIDH sometió a consideración de la H. Corte Interamericana de Derechos Humanos las pruebas periciales que ofrecerá en este caso. El Estado observa que la segunda declaración presentada por Comisión, se refiere a la protección estatal de las familias diversas. Su contenido, es el siguiente:

“Perito (...) (...) quien declarará sobre los estándares internacionales que determinan las obligaciones estatales frente al derecho a la protección de la familia o de la vida familiar, incluyendo familias diversas como las compuestas por personas del mismo sexo. Asimismo, el /la perito/a podrá referirse a las referencias relevantes de derecho constitucional comparado.”<sup>334</sup>

Para el Estado resulta claro que el punto en cuestión escapa por completo del objeto del litigio. Esto en razón a que el presente caso se refiere al acceso del compañero superviviente de una pareja del mismo sexo a la pensión de sobreviviente. Tal cuestión se encuentra relacionada con el reconocimiento de derechos patrimoniales y sociales a este tipo de uniones, pero no con la protección estatal de las familias diversas.

De otra forma no tendría justificación la distinción que establece la H. Comisión entre el Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile y el presente, para justificar la necesidad de las pruebas periciales que ofrece. En este punto, la CIDH reconoce que “el presente caso plantea una situación fáctica distinta (Sic) relacionada con la discriminación en materia de acceso a los derechos sociales (...)”<sup>335</sup>

Como puede verse, los hechos sometidos ante la H. Corte recaen sobre el reconocimiento de derechos pensionales en favor a las parejas del mismo sexo. Entonces, no resulta procedente que se alleguen pruebas referidas a la protección de las familias diversas. Conforme con ello, se solicita que se desestime la práctica de la declaración pericial en cuestión.

---

<sup>334</sup> CIDH. Nota del 21 de octubre de 2014.

<sup>335</sup> *Ibidem*.

## **B. Observaciones sobre las pruebas del escrito de argumentos, solicitudes y pruebas**

### **1. Observaciones en relación con las pruebas documentales**

En relación con las pruebas documentales, el Estado le solicita a la H.Corte que tenga en cuenta aquellas observaciones señaladas a lo largo del documento de contestación. Adicionalmente, que valore los documentos presentados por los representantes según su naturaleza y su valor, de conformidad con la jurisprudencia de la H.Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **C. Pruebas que ofrecerá el Estado**

### **1. Prueba documental**

La prueba documental ofrecida por el Estado se señala a lo largo del documento y está contenida en el listado de anexos que se dispone más adelante.

### **2. Prueba testimonial y declaraciones informativas**

El Estado ofrece los siguientes testigos y declarantes informativos:

- 2.1. Juan Manuel Trujillo Sánchez, Representante Legal Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.** Declarará sobre la posibilidad de reconocer al Señor Duque la pensión de sobreviviente y las gestiones realizadas por parte del fondo de pensiones para que presenten los documentos necesarios para iniciar el proceso de reconocimiento de este derecho.
- 2.2. Testigo/Nombre por remitir a la brevedad (Funcionario del Ministerio de Salud y de la Protección Social).** Declarará sobre las políticas de prevención y atención integral a personas con VIH en Colombia. Además, declarará sobre la igualdad en que se ofrecen dichos programas de atención, en los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

### **3. Prueba Pericial**

El Estado ofrece los siguientes peritos ante la H.Corte:

- 1.1. **René Urueña.**<sup>336</sup> Presentará su concepto sobre el nacimiento y mutación de las obligaciones internacionales que surgen de la interpretación evolutiva de los tratados internacionales y las consecuencias en la responsabilidad internacional de los Estados. También presentará su concepto sobre la aplicación de estos conceptos a la obligación internacional de Colombia de reconocer derechos pensionales a parejas del mismo sexo.
- 1.2. **Carlos López.**<sup>337</sup> Presentará su concepto sobre el valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes del derecho en Colombia. También presentará su concepto sobre el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo.

\*\*\*

## V. REPARACIONES

En relación con las reparaciones solicitadas por la CIDH y los representantes de la presunta víctima, el Estado: (i) presentará algunos comentarios generales y, posteriormente, (ii) se pronunciará frente a las distintas medidas requeridas.

### A. Comentarios generales en relación con las medidas de reparación

En primer lugar, conforme a lo expuesto en los acápites anteriores del presente escrito, se reitera que el Estado 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 alegas por la CIDH y por los representantes de la presunta víctima. Por tal razón, de manera principal, el Estado 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 presenta las siguientes consideraciones:

#### 1. Observaciones frente a las distintas medidas de reparación solicitadas

Sin perjuicio del comentario general en relación con la importancia de estimular el uso de los recursos internos, el Estado presentará **de manera subsidiaria** algunas observaciones a las medidas de reparación individuales solicitadas por los representantes de la presunta víctima en su ESAP.

---

<sup>336</sup> Hoja de vida del perito. (Anexo 31)

<sup>337</sup> Hoja de vida del perito. (Anexo 32)

### 1.1. Daño material

El Estado considera que el daño material en este caso se repara mediante el otorgamiento de la pensión de sobreviviente. Al respecto, los representantes de la presunta víctima solicitan que la H.Corte conmine a “COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses, la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente”<sup>338</sup>.

A lo largo del presente escrito de contestación, se ha reiterado que la medida de reparación bajo análisis puede ser cumplida sin necesidad de una orden de la H.Corte. Aún más, en varias ocasiones el Estado y el fondo privado de pensiones les han manifestado a los representantes de la víctima la posibilidad que tienen de presentar los documentos para que se inicien las gestiones necesarias para el reconocimiento del derecho pensional en cuestión, a lo cual habrá lugar si se acreditan los requisitos generales necesarios para ello. Al tratarse de elementos que corresponden al ámbito personal del Señor Ángel Alberto Duque, no pueden ser obtenidos de oficio por el fondo privado de pensiones.

Conforme con lo anterior, Colombia reitera que de acuerdo al ordenamiento interno, el señor Duque se encuentra legitimado para reclamar la pensión de sobreviviente en calidad de compañero supérstite del señor JOJG. En consecuencia, no se requiere la intervención de la H.Corte.

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado observa que en el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, se señaló que los perjuicios materiales generados al señor Ángel Alberto Duque equivalen a \$US 288,704.<sup>339</sup> La suma previamente enunciada, no ha sido sustentada en forma alguna durante el presente trámite internacional.

Aunque los representantes de la presunta víctima hacen alusión a un “dictamen pericial anexo”<sup>340</sup>, Colombia encuentra que el mismo no fue aportado con el ESAP.<sup>341</sup> En consecuencia, el monto solicitado carece de cualquier fundamento y debe ser desestimado.

Al respecto, el Estado observa que los representantes del señor Duque ofrecieron como prueba pericial la declaración del Doctor Fernando Ruiz. La misma versaría sobre el presunto lucro cesante, derivado de la falta de reconocimiento del derecho pensional en cuestión. Por tanto, si el propósito de la prueba previamente señalada es acreditar la suma establecida en el ESAP como perjuicio material, Colombia se reserva la oportunidad de controvertirla hasta el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre el contenido de dicho dictamen.

---

<sup>338</sup> ESAP, Párr. 88.

<sup>339</sup> *Ibidem*, Párr. 87.

<sup>340</sup> *Ibidem*.

<sup>341</sup> *Ibidem*, Páginas 41 y 42.

No obstante el Estado reitera que, en caso de que se emita sentencia en contra Colombia, la reparación del daño material deberá limitarse al reconocimiento del derecho pensional reclamado por el señor Duque.

### **1.2. Daño inmaterial**

En el ESAP se pretende fundar la presunta aflicción sufrida por el Señor Ángel Alberto Duque, en la supuesta incertidumbre sobre la continuidad en la prestación del servicio médico requerido.

Según como lo expuso el Estado en los acápite anteriores del presente escrito, los representantes del señor Duque no han aportado ninguna prueba que acredite la suspensión del tratamiento antiretroviral a la presunta víctima. Adicionalmente, Colombia ha demostrado que la atención necesaria para los pacientes con VIH, no está condicionada al reconocimiento del derecho pensional en cuestión, o a la capacidad económica del usuario. En consecuencia, la mayoría de los hechos señalados por los representantes como indicadores del perjuicio moral presuntamente causado al señor Ángel Alberto Duque, no se encuentran probados. Por tanto, resulta procedente que la H.Corte los desestime.

### **1.3. Garantías de satisfacción y no repetición**

#### **a. Promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia a las que son acreedoras las parejas heterosexuales**

Al igual que sucede con el daño material, el Estado ha reiterado a lo largo de esta contestación que no se requiere la promulgación de una ley para reconocer la igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia para las parejas del mismo sexo. Como se demostró ampliamente en los capítulos de excepciones preliminares y fondo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo la virtualidad de integrar la opción sexual en cuestión al ordenamiento Colombiano. En ese sentido, hoy existe plena certeza sobre el reconocimiento de derechos pensionales a las uniones homosexuales, en condiciones paritarias a las de las parejas heterosexuales.

En relación con el punto en cuestión, vale la pena reiterar que las reglas judiciales contenidas en las decisiones de exequibilidad y de tutela proferidas por la Corte Constitucional, se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano como disposiciones de orden supremo. Es decir, determinan el contenido y alcance de los derechos consagrados en el Carta. En consecuencia, se ubican en una escala normativa superior a la que se le atribuye a la ley, siendo de obligatorio acatamiento para los jueces, las autoridades administrativas y los fondos privados de pensiones. Desde esta perspectiva, no resulta indispensable que la jurisprudencia que protege los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo, sea incluida en preceptos de rango legal.

Al respecto vale la pena recordar que el principio de subsidiariedad no sólo implica que la Corte IDH no tiene como función el conocer asuntos que el Estado está llamado a resolver por medio de sus recursos, sino que también involucra la función de respaldar los esfuerzos legítimos de los Estados que estén dirigidos al fortalecimiento de las instituciones nacionales. Al respecto, el Juez García Sayán ha señalado que:

“El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.”<sup>342</sup> (Subrayas fuera de texto original)

Para el caso que nos ocupa, el papel de la H.Corte resulta vital para respaldar la importante labor que ha cumplido la Corte Constitucional en el reconocimiento de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo. Los representantes de la presunta víctima afirman que “(...) la única y real manera de evitar que casos como el de Ángel Alberto Duque se vuelvan a repetir y que el estudio de las solicitudes de pensiones de sobrevivencia de parejas homosexuales simplemente se rijan por los mismos requisitos de acreditación de la unión y las cotizaciones a seguridad social de las parejas heterosexuales, es que la Honorable Corte ordene la adopción y promulgación de una ley que establezca clara y certeramente que las parejas del mismo sexo tienen acceso a la prestación económica bajo los mismos requisitos que las parejas heterosexuales”<sup>343</sup>.

El Estado resalta que una garantía de no repetición ordenada por la H.Corte sólo será legítima, en la medida en que efectivamente se demuestre que es la única vía para proteger los derechos infringidos. De lo contrario, a pesar que la H.Corte seguirá estando legitimada para adoptar garantías de no repetición, deberá permitir que sea el Estado el que decida cuál es la mejor manera de asegurar que las violaciones no volverán a repetirse. Al respecto, la doctrina especializada, al referirse concretamente a la legitimidad de la H.Corte Interamericana para ordenar garantías de no repetición ha afirmado que:

“(...) prevista la diversidad de formas para la implementación de los estándares en el ámbito interno, el tribunal internacional podrá, a lo sumo, ilustrar y recomendar al Estado sobre las alternativas que considera más apropiadas para precaver futuras violaciones semejantes, pero tendrá que abstenerse de ordenar una medida concreta, a menos que esta sea la única vía o un medio indispensable para alcanzar el fin propuesto. Obrar en contrario

---

<sup>342</sup> Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252. Voto concurrente. Párr. 13.

<sup>343</sup> ESAP. Párr. 95

configuraría una usurpación del poder que típicamente corresponde a las autoridades nacionales.”<sup>344</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Además de ser inocua e improcedente – dado que ya se demostró que la jurisprudencia modificó las normas para proteger los derechos pensionales de parejas del mismo sexo en igualdad con las parejas heterosexuales -, la medida de satisfacción en cuestión resulta problemática y riesgosa. Esto en razón a que se estaría deslegitimando la labor integradora que, por atribución de la Carta, ejerce la Corte Constitucional colombiana con el fin de modificar las situaciones en que se puede presentar la discriminación frente a la protección que ofrece la ley de personas que hacen parte de grupos minoritarios.

En segundo lugar, si la Corte decide – como lo pretenden los representantes de la presunta víctima -, que la única manera de garantizar la no repetición en este caso es a través de una ley, no sólo desconocería el importante papel de la Corte Constitucional para interpretar la evolución de las normas constitucionales, sino que minaría el valor efectivo de sus decisiones y la importante labor que por lo demás están adelantando otros tribunales nacionales en la región, e incluso los propios tribunales internacionales en la protección de los derechos prestacionales de las parejas del mismo sexo, con los inmensos peligros que ello acarrea, en especial para la protección de los derechos de las minorías. Al respecto, el profesor Rodrigo Uprimny, al referirse a la sentencia C-075/07 afirmó que:

“En mi opinión es mejor que la definición del alcance de los derechos se haga dentro del escenario legislativo, pues eso permite que estos derechos sean legitimados de forma más democrática. En ese sentido, en principio estoy a favor de que esas decisiones se tomen por el medio legislativo. Sin embargo, el riesgo que se corre es que el proceso político de minorías usualmente estigmatizadas, como son las minorías homosexuales, suele no ser un instrumento adecuado para proteger sus derechos puesto que en esos escenarios responde al principio de mayoría. Aquí se encuentra una de las grandes justificaciones al control de constitucionalidad y a la existencia de tribunales constitucionales, los cuales, por ser órganos, en un comienzo plantean tensiones con el principio democrático, como afirman algunos teóricos contra-mayoritarios. Por esta razón tienen la capacidad de anular decisiones de las mayorías protegiendo, por ejemplo, a estas minorías usualmente estigmatizadas que no logran que sus derechos sean reconocidos en el escenario legislativo a causa las restricciones que presenta el proceso político mayoritario.

En ese marco general, si ya el tema fue definido por la Corte Constitucional y hay unos mínimos de protección, el desafío que tiene el Congreso es precisar y concretar esos mínimos definidos. Creo que este sería un buen escenario en donde, por un lado, se daría un diálogo entre la labor de los tribunales constitucionales de proteger los derechos de las minorías y la labor del escenario legislativo de configurar los desarrollos y la protección de tales derechos. Ese podría ser el escenario optimista. Por el otro, el

---

<sup>344</sup> Londoño, María Carmelina. Las Garantías de no Repetición en la Jurisprudencia Interamericana. Editorial: Tirant lo Blanch: 2014. Pág. 345

escenario pesimista sería aquel en donde surgieran limitaciones y regulaciones más restrictivas a los derechos de estas parejas; de allí derivarían las decisiones de la Corte Constitucional generando la necesidad de realizar nuevamente un litigio constitucional para enfrentar dichas restricciones.

(...)

Cuando los derechos fundamentales no son protegidos en el escenario democrático surge la necesidad de una salvaguarda y dicha salvaguarda es quizás el tribunal constitucional. En conclusión, no me parece el escenario más deseable, pero me parece que muestra la importancia de preservar una justicia constitucional independiente y con sensibilidad a los derechos de las minorías.<sup>345</sup>

El Estado coincide con que uno de los escenarios para que se reconozcan los derechos de las personas es el Congreso. Pero esto no descarta la existencia de otros ámbitos, como el jurisdiccional, el cual presenta condiciones similares de idoneidad y eficacia.

Conforme con lo anterior, debe considerarse que las órdenes proferidas por la H.Corte Interamericana tendientes a la adopción de garantías no repetición, no deben estar dirigidas a canalizar las medidas por los escenarios óptimos, sino que tienen que encontrar su causa en un hecho ilícito internacional y la certeza de que el Estado por sus propios medios no ha garantizado los derechos involucrados. En ese sentido, si bien podría ser deseable que el Congreso estudiara estas materias, ello no justifica que la H.Corte pueda ordenar esta vía como la única garantía de no repetición frente a los hechos en cuestión.

En tercer lugar, el argumento de los representantes de la presunta víctima, proyectado al derecho internacional, implicaría que las múltiples decisiones de la H.Corte Interamericana en relación con la interpretación evolutiva de ciertas normas de la Convención Americana no son suficientes para la protección de los derechos y, por tanto, la única vía posible para lograr esa protección efectiva es la modificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este argumento de los representantes es contradictorio con su propio alegato, pues implicaría que antes de que se surta esta modificación, no sería suficiente con las órdenes de la H.Corte Interamericana para proteger los derechos. Asumir tal perspectiva, tendría implicación sobre todas las demás materias en las que la H.Corte ha decidido sobre la base de una interpretación evolutiva de los tratados internacionales<sup>346</sup>.

Además de la supuesta incertidumbre jurídica, cuya existencia ha sido descartada mediante el presente escrito, los representantes de la presunta víctima sustentan

---

<sup>345</sup> Ver "Parejas del Mismo Sexo, entre la justicia y la política". Revista de Estudios Sociales No. 28, rev.estud.soc. diciembre de 2007: Pp. 152. ISSN 0123-885X: Bogotá, Pp.120-123. (Anexo 33)

<sup>346</sup> Ver, al respecto capítulo relacionado con los derechos a la igualdad, las garantías judiciales y la protección judicial.

esta solicitud en que supuestamente en la práctica “todavía se sostenga la falta de normatividad que conceda la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo para negársela por fondos públicos y privados de pensiones (...) contexto que propicia la perduración de comportamientos discriminatorios y de desigualdad de trato por razones de identidad sexual”<sup>347</sup>.

En relación con lo anterior, se precisa nuevamente que los representantes de la presunta víctima no presentan ninguna prueba que respalde tal afirmación. De hecho, en el ESAP solo se cita un caso aislado, el cual fue conocido por la Corte Constitucional y despachado desfavorablemente de manera fundada en razón a que no se cumplían con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. En todo caso, se reconvino a la entidad accionada para que en lo sucesivo acatara el precedente existente respecto de la protección de los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo.

En este punto, resulta relevante resaltar que el Estado ha ofrecido una tutela judicial efectiva a las parejas del mismo sexo frente al reconocimiento de sus derechos pensionales. Según como se expuso en los acápites anteriores de este escrito, en el marco del amparo consagrado en el artículo 86 Superior, la Corte Constitucional ha adoptado las medidas necesarias para que frente a los casos sometidos a su jurisdicción se acate el precedente que consagra el acceso a la pensión de sobreviviente por parte de las uniones homosexuales bajo las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Lo anterior, encuentra su principal manifestación en las sentencias T-051 de 2010, T-592 de 2010, T-716 de 2011, T-860 de 2011 y T-357 de 2013.

Adicionalmente, el Estado ha evidenciado que COLFONDOS ha otorgado en varias ocasiones la pensión de sobrevivientes al compañero supérstite de una pareja del mismo sexo.<sup>348</sup> Ahora bien, los representantes tampoco han demostrado que al señor Duque se le haya negado en la práctica el acceso a su derecho pensional, después de proferidas las sentencias de la Corte Constitucional. Por tanto, este segundo argumento tampoco resulta suficiente, ni pertinente, para que la H.Corte ordene al Estado proferir una ley.

Conforme con lo expuesto, se concluye que la medida de satisfacción bajo análisis no resulta indispensable. Pero además, la misma podría conllevar que se deslegitime la importante labor que ha venido adelantando la Corte Constitucional y frente a la protección de los derechos fundamentales de los colombianos. Por tanto, de manera cordial y respetuosa, se solicita a la Corte Interamericana que la desestime.

---

<sup>347</sup> ESAP. Párr. 94

<sup>348</sup> Oficio remitido por COLFONDOS, el 19 de junio de 2014.(Anexo 16)

**b. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y publicación de la sentencia.**

En caso de que se emita sentencia en contra del Estado se solicita a la H.Corte que, conforme a lo establecido en su propia jurisprudencia<sup>349</sup>, estime que el fallo, en sí mismo, y su publicación, constituyen una medida de satisfacción y una garantía de no repetición.

En consecuencia, el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional no resultaría necesario. Por tanto, la H. Corte debería prescindir de ordenarlo.

**c. Política pública de capacitación a fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual.**

El estado hace énfasis en que la solicitud de diseñar una “política pública de capacitación a fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual” tiene como presupuesto, según los representantes (i) primero la supuesta falencia práctica en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional y (ii) la supuesta discriminación en la que incurrieron los jueces de tutela en el año 2002.

Sobre lo primero, valga la pena reiterar que los representantes de la presunta víctima no han presentado pruebas en el proceso internacional que acrediten falencias en la práctica en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional. Sobre lo segundo, el Estado se remite a su capítulo de excepciones de fondo y reitera que para el año 2002, los jueces no estaban obligados a acceder a las pretensiones del señor Duque. Esto no significa que sus sentencias hayan sido discriminatorias ni mucho menos prueba que los jueces estén teniendo, en la actualidad, conductas en ese sentido. Por supuesto, la capacitación y formación de los jueces, funcionarios públicos y particulares que prestan servicios públicos es deseable, y el Estado continuará con su labor natural de promoción de los derechos humanos en estos ámbitos, y en particular para proteger los derechos de las minorías.

A la labor previamente descrita, contribuyen las decisiones emitidas por la Corte Constitucional en relación con situaciones análogas a las que caracterizan al presente caso. Dicha Corporación ha reconocido que sus decisiones, además de contar con valor normativo, se encuentran provistas de una importante connotación pedagógica frente a todos los operadores jurídicos. Debido al prestigio de la Corte Constitucional por cuenta de la importante labor que adelanta respecto de la protección de los derechos fundamentales y a la amplia difusión de sus decisiones,

---

<sup>349</sup>CorteIDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrafo 36.

puede concluirse que sus fallos inciden de manera efectiva y positiva sobre la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual.

Para el Estado resulta innegable que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional encaminadas a la protección de los derechos patrimoniales y sociales de las parejas del mismo sexo, han constituido el motor principal de la formación de consensos sociales y políticos a favor del respeto por la diversidad sexual. Entonces, la medida de satisfacción en cuestión no resulta indispensable. Por tanto, se solicita a la H.Corte que la desestime.

#### **d. Tratamiento médico y psicológico.**

Por último, en relación con la solicitud de proporcionar tratamiento médico y psicológico, el Estado reitera que la presunta víctima tiene acceso al Sistema General de Seguridad Social, lo cual incluye medicamentos, así como atención médica y psicológica.

Según como quedó demostrado en los acápites anteriores del presente escrito, el ordenamiento jurídico colombiano dispone una amplia protección constitucional a favor de los pacientes portadores de VIH/SIDA. Ésta encuentra su principal manifestación en un número importante de medidas encaminadas a: **i) asegurar la continuidad de la prestación del servicio médico requerido por dichos sujetos y ii) garantizar que la ausencia de recursos por parte del usuario no sea óbice para que reciban el tratamiento que les ha sido prescrito para afrontar la patología que padecen.**<sup>350</sup>

Al respecto se reitera que, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se le debe brindar al paciente portador de VIH/SIDA toda la asistencia necesaria para que afronte en debida forma la patología que padece. Esto incluye todos los tratamientos prescritos por el médico tratante, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Dichos servicios, en caso de ser necesarios, podrán ser prestados de manera gratuita.

En concordancia con lo anterior, se concluye que el señor Ángel Alberto Duque puede acceder a la asistencia médica y psicológica que requiere, incluso sin costo alguno si acredita las condiciones para ellos, por intermedio del SGSSS. Entonces, la medida de satisfacción en cuestión no resulta indispensable. Por tanto, se solicita a la H.Corte que la desestime.

---

<sup>350</sup> En este punto debe considerarse que, la Corte Constitucional, desde la Sentencia C-089 de 1998, se estableció que en ningún caso las cuotas moderadoras puede constituir un obstáculo para la prestación oportuna del servicio de salud. Del mismo modo, mediante el artículo 7° del Acuerdo 260 de 2004, se dispuso que el tratamiento requerido para la atención médica de enfermedades catastróficas, como el VIH/SIDA, se encuentra exento de este tipo de erogaciones por parte del paciente.

## B. Gastos y Costas

En caso de que se emita sentencia en contra del Estado colombiano, conforme con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se solicita que las costas y los gastos decretados se limiten a los montos probados por los representantes de las víctimas, siempre que guarden estricta relación con las gestiones realizadas respecto del caso de la referencia y su quantum sea razonable<sup>351</sup>.

En relación con la anterior, debe considerarse que la acreditación de las erogaciones realizada por la representación de la víctima constituye un requisito indispensable para que la H.Corte pueda proceder al reconocimiento de los montos solicitados a título de gastos y costas. Tal presupuesto no se verifica en relación con la suma reclamada por el Abogado Rincón Perfetti. En consecuencia, se solicita que la misma sea desestima.

\*\*\*

## VI. PETITORIO

Por todo lo manifestado en la presente contestación al Escrito de Sometimiento del caso y al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, el Estado le solicita respetuosamente a la H.Corte:

### A. En relación con las cuestiones previas

1. 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. Esto incluye los hechos que han sido señalados por el Estado en el presente escrito, y aquellos que la H.Corte determine que no pertenecen al marco fáctico del caso.

### 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. Para ello, le solicita *anticipar* el análisis de fondo relacionado con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25), sólo para efectos de concluir que

---

<sup>351</sup> Corte IDH, Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C N° 117. Párrafo 143.

los recursos son adecuados y efectivos y que, en consecuencia, el caso resulta inadmisibile.

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:

- 1.1. 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:

- 1.1. 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.

- 1.2. 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

### **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.

## **E. En relación con las reparaciones**

1. De manera principal, y en subsidio de la excepción preliminar:

1.1. 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:

2.1. Que tenga en cuenta las observaciones presentadas por el Estado en el capítulo de reparaciones, 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**

1. Copia del registro del Sistema de Control de Términos de la Secretaría General de la Corte Constitucional colombiana.
2. Decreto 2591 de 1991. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"
3. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-075 de 2007.
4. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-811 de 2007.
5. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-336 de 2008.
6. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-798 de 2008.
7. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-283 de 2011.
8. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-1241 de 2008.
9. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-911 de 2009.
10. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-051 de 2010.
11. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-592 de 2010.
12. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-716 de 2011.

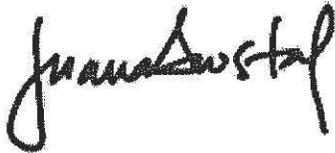
13. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-860 de 2011.
14. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-357 de 2013.
15. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-935 de 2014.
16. Oficio remitido por COLFONCDOS, el 19 de junio de 2014.
17. Comunicaciones remitidas por COLFONDOS al doctor German Rincón Perfetti, el 7 de octubre de 2014 y el 26 de enero de 2015.
18. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-505 de 1992.
19. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-613 de 2008.
20. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-676 de 2011.
21. Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.
22. Decreto Número 1543 DE 1997. Junio 12. “Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)”
23. Plan Nacional de Respuesta ante el VIH y el SIDA. Colombia 2008-2011. Ministerio de la Protección Social. Dirección General de Salud Pública. ONUSIDA - Grupo temático para Colombia.
24. Ministerio de Salud y la Protección Social. Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021.
25. Ley 972 de 2005. Julio 15. Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas “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.”
26. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Acuerdo 000260 de 2004. Febrero 4. “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”
27. Oficio remitido por el Ministerio de Salud, el 25 de marzo 2015.
28. Oficio remitido por el Ministerio de Salud, el 9 de febrero de 2015.

29. Oficio remitido por COLPENSIONES, el 20 de marzo de 2015.
30. G & M de Colombia Abogados. Comunicación de enero 27 de 2009. Firmada por el señor Germán Humberto Rincón.
31. Hoja de vida del doctor René Urueña.
32. Hoja de vida del doctor Carlos López.
33. “Parejas del Mismo Sexo, entre la justicia y la política”. Revista de Estudios Sociales No. 28, rev.estud.soc. diciembre de 2007: Pp. 152. ISSN 0123-885X: Bogotá, Pp.120-123.
34. Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
35. Constitución Política de la República de Colombia.

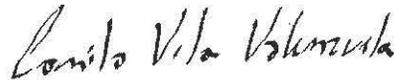
\*\*\*

Quedamos atentos a cualquier inquietud de la H.Corte.

Cordialmente,



JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ  
Agente del Estado



CAMILO VELA VALENZUELA  
Agente del Estado

## ANEXOS

1. Copia del registro del Sistema de Control de Términos de la Secretaría General de la Corte Constitucional colombiana.
2. Decreto 2591 de 1991. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"
3. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-075 de 2007.
4. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-811 de 2007.
5. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-336 de 2008.
6. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-798 de 2008.
7. Corte Constitucional Colombina, Sentencia C-283 de 2011.
8. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-1241 de 2008.
9. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-911 de 2009.
10. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-051 de 2010.
11. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-592 de 2010.
12. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-716 de 2011.
13. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-860 de 2011.
14. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-357 de 2013.
15. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-935 de 2014.
16. Oficio remitido por COLFONCDOS, el 19 de junio de 2014.
17. Comunicaciones remitidas por COLFONDOS al doctor German Rincón Perfetti, el 7 de octubre de 2014 y el 26 de enero de 2015.
18. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-505 de 1992.
19. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-613 de 2008.
20. Corte Constitucional Colombina, Sentencia T-676 de 2012.

21. Ley Estatutaria No. 1751 de 16 de febrero de 2015. "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".
22. Decreto Número 1543 DE 1997. Junio 12. "Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)"
23. Plan Nacional de Respuesta ante el VIH y el SIDA. Colombia 2008-2011. Ministerio de la Protección Social. Dirección General de Salud Pública. ONUSIDA - Grupo temático para Colombia.
24. Ministerio de Salud y la Protección Social. Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021.
25. Ley 972 de 2005. Julio 15. Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, en lo relativo a las multas "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."
26. Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Acuerdo 000260 de 2004. Febrero 4. "Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud."
27. Oficio remitido por el Ministerio de Salud, el 25 de marzo 2015.
28. Oficio remitido por el Ministerio de Salud, el 9 de febrero de 2015.
29. Oficio remitido por COLPENSIONES, el 20 de marzo de 2015.
30. G & M de Colombia Abogados. Comunicación de enero 27 de 2009. Firmada por el señor Germán Humberto Rincón.
31. Hoja de vida del doctor René Urueña.
32. Hoja de vida del doctor Carlos López.
33. "Parejas del Mismo Sexo, entre la justicia y la política". Revista de Estudios Sociales No. 28, rev.estud.soc. diciembre de 2007: Pp. 152. ISSN 0123-885X: Bogotá, Pp.120-123.
34. Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

**35. Constitución Política de la República de Colombia.**