

Sentencia T-860/11

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE SOBREVIVIENTES EN CASO DE ENFERMOS DE VIH-SIDA-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Factores que se deben tener en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso entre el momento en que se vulneran los derechos fundamentales y la interposición de la tutela

Ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

REGIMEN DE PENSION DE SOBREVIVIENTES DE COMPAÑEROS PERMANENTES-Decisión de sentencia C-336/08 se extiende a parejas del mismo sexo

Con fundamento en los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, la Corte incluyó a las parejas permanentes homosexuales dentro de los beneficiarios del régimen de pensión de sobrevivientes hasta entonces previsto para las parejas heterosexuales.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Aplicación retrospectiva de la sentencia C-336/08

Se entiende que el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única

de modificar situaciones de la vida en curso. Por ejemplo si una norma o una sentencia dispone algo en relación con el monto de los salarios en Colombia, ello afecta de manera inmediata y hacia el futuro no sólo a los ciudadanos que a partir de tal disposición inician una relación laboral, sino también a quienes tienen desde antes tal relación. O si el efecto es establecer la edad de dieciséis (16) años para ejercer el derecho al sufragio, a manera de ejemplo también, dicho efecto se extiende no sólo a quienes nazcan después de la providencia hipotética sino también, por supuesto, a quienes tengan dicha edad al momento de la sentencia y hacia el futuro. Esta posibilidad de afectar situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado es lo que se ha denominado efecto retrospectivo, los cuales son bien distintos de los efectos retroactivos cuya prohibición pretende que la sentencia (o la norma) no afecte situaciones jurídicas consolidadas en el pasado. Así las cosas, si no existe en el caso concreto ninguna situación jurídica consolidada, el hecho de que la muerte uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no constituye una razón admisible para negarle al miembro superviviente la pensión de sobrevivientes.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso en que el ISS niega reconocimiento argumentando que antes de la sentencia C-336/08, no tenían el derecho

REGIMEN PROBATORIO PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A MIEMBRO SUPERSTITE DE UNA PAREJA DEL MISMO SEXO-Goza de todos los medios probatorios para las uniones maritales de hecho heterosexuales

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Sentencia C-336/08 no exige declaración ante notario como condición para reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Procedencia para acceder al reconocimiento y pago en igualdad de condiciones a parejas heterosexuales

No hay razones constitucionalmente válidas para concluir que es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales dispone cinco alternativas para ello en el caso de la

adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (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.

Referencia: expediente T-3.130.633

Acción de tutela instaurada por AA
contra el Instituto de Seguros Sociales

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

En el presente caso, por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad del accionante, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación y ordenar a los jueces de instancia y a la Secretaría de esta Corte que guarden estricta reserva respecto de la identidad del mismo.

El pasado tres (3) de mayo de dos mil once (2011) el ciudadano AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social los cuales, en su opinión, han sido vulnerado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- El señor AA mantuvo una relación de pareja con el señor BB por más de diez años hasta el fallecimiento de éste último el dieciocho (18) de diciembre de 1998¹. Se anexan al escrito de tutela declaraciones ante notario de tres personas –dos de ellas hermanos del actor- quienes afirman haber conocido a BB y ser testigos de la convivencia estable y permanente como pareja entre éste y AA, desde 1987 hasta la muerte del primero².

2.- El diecisiete (17) de marzo de 1999, ante la muerte de su compañero, el peticionario solicitó al ISS la pensión de sobrevivientes³.

3.- Mediante resolución 01603 del 9 de marzo de 2001 el ISS negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al accionante. Como fundamento de la decisión expresó que el señor AA *“no reúne la calidad de beneficiario, por cuanto nuestra Constitución Colombiana en su Artículo 42, reconoce como integrantes del vínculo familiar a la relación voluntaria entre un hombre y una mujer, no reconocido el vínculo marital entre personas del mismo sexo. Con base en esta legislación no hay lugar a reconocer la prestación económica solicitada”*⁴.

4.- El señor AA sufre de VIH-SIDA desde 1996⁵ y asegura que por ello no le ha sido posible conseguir un empleo ni tiene renta alguna. Afirma que vive en precarias condiciones *“de la asistencia social y familiar”*⁶. Esta afirmación es corroborada por tres personas –dos de ellas hermanos del accionante- mediante declaración ante notario⁷.

Solicitud de Tutela

¹ Folio 5, cuaderno 1.

² Folios 10 y 11, cuaderno 1.

³ Folios 2, 4 y 5, cuaderno 1.

⁴ Folios 5 y 6, cuaderno 1.

⁵ Folios 7-9, cuaderno 1.

⁶ Folios 14 y 1, cuaderno 1.

⁷ Folios 10 y 11, cuaderno 1.

5.- Con base en los hechos narrados, el ciudadano AA solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social que considera han sido vulnerados al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual. En consecuencia pide ordenar al ISS el reconocimiento de la misma⁸.

Respuesta de la entidad demandada

6.- A pesar de haber sido notificado de la tutela interpuesta por el señor AA el seis (6) de mayo de 2011, el ISS no se pronunció al respecto⁹.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

7.- El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá resolvió negar el amparo solicitado el diecisiete (17) de mayo de 2011.

Argumentó, en primer lugar, que *“pese a las circunstancias del actor (persona con diagnóstico de VIH positivo, sin empleo y renta alguna), se advierte que la súplica constitucional deprecada, no puede prosperar (...) porque es indiscutible que el requisito de la inmediatez, resulta esencial característica de la acción de tutela (...) el cual no se aviene en el presente asunto, toda vez que, si se miran bien las cosas, el término transcurrido entre la fecha en que al accionante le ocurrieron las circunstancias que dieron origen a la acción de tutela (9 de marzo de 2001) a la presentación de la misma (3 de mayo de 2011), incumple ese presupuesto”*.

Sostuvo, en segundo lugar, que *“el accionante cuenta o contaba con otros medios de defensa judicial (...) Es más, si las condiciones han cambiado, como se afirma, puede, incluso, solicitar nuevamente se estudie su caso ante la entidad accionada, circunstancia que no se ha hecho, o por lo menos, no se acreditó”*. Agregó que ni siquiera era dable conceder la tutela como mecanismo transitorio ya que *“es evidente que aún bajo la óptica de tan específico contexto, tampoco es posible acceder a la súplica de ésta acción en la medida en que, en todo caso, los efectos que se dice apareja la decisión de la entidad accionada, en estrictez, no genera un daño grave constitutivo de la noción de perjuicio irremediable*

⁸ Folio 12, cuaderno 1.

⁹ Folios 38 y 39, cuaderno 1.

(...) pues los aspectos señalados caen de otros, como el económico, amén que, se advierte que el señor AA no acudió en el tiempo debido, ante la vía judicial para demostrar su inconformidad en contra de la resolución que le negó su petición (...)”.

Impugnación

8.- El diecinueve (19) de mayo de 2011 el accionante impugnó el fallo de primer grado.

Sobre la falta de inmediatez, indicó que para la época en la cual le fue negada la pensión -2001- *“ninguna entidad pensional otorgaba este beneficio a las parejas del mismo sexo. Lo mismo sucedía con el trámite judicial interno en Colombia (...) fue sólo hasta este año 2011 que se dio a conocer al público la sentencia T-051 de 2010, razón por la cual, el accionante acude, en apoyo a estos fallos (sic), a la acción de tutela”*. Añadió que *“la vulneración a los derechos del accionante no ha cesado, sigue actualmente, él ha sobrevivido, pero no con calidad de vida, no con el respeto a su dignidad humana, y ahora, con el pronunciamiento de la Corte cuyo fallo fue publicado en este 2011, se le pueden restablecer los derechos fundamentales”*.

Acerca del incumplimiento del principio de subsidiariedad, señaló que cualquier acción *“sería ineficaz, toda vez que es de público conocimiento que estos asuntos tardan años en resolverse”*.

Sentencia de segunda instancia

9.- El nueve (9) de junio de 2011 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá decidió confirmar la sentencia de primera instancia usando idénticos argumentos –subsidiariedad y falta de inmediatez-.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social del peticionario al negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (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. Luego, (vi) resolverá el caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia

4.- De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación¹⁰, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como la pensión de sobrevivientes.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución¹¹, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social¹².

¹⁰ Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-184 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.

¹¹ “Esta acción [la de tutela] sólo 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”.

¹² ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

5.- Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación, con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia¹³.

En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto. La Corte ha considerado que los mecanismos laborales ordinarios, aunque idóneos, no son eficaces cuando se trata de personas que reclaman el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución)¹⁴ por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras¹⁵. Frente a estas circunstancias, las acciones laborales ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social¹⁶.

Esta Corte ha dado aplicación al criterio descrito en el caso de las personas que padecen de VIH-SIDA. Así, en la sentencia T-021 de 2010 se concedió de manera definitiva la pensión de sobrevivientes a una mujer que padecía esta enfermedad pues ésta *“genera un detrimento significativo en la salud de la actora. La circunstancia antedicha enmarca a la accionante en el grupo sujetos considerados de especial protección constitucional, para los cuales el Estado tiene el deber de protegerlos y de sancionar cualquier abuso que se cometa en contra de ellos. Adicionalmente se encuentra probado que la actora carece de otros medios para garantizarse su propia subsistencia, pues la enfermedad que padece, le impide desarrollar alguna actividad productiva y debido a esto la peticionaria no ha podido sufragar los gastos que conlleva su enfermedad, ni satisfacer sus necesidades básicas”*.

Similares consideraciones se hicieron en la sentencia T-592 de 2010 en la que se concedió, también de forma definitiva, la pensión de sobrevivientes a un hombre que sufría esta enfermedad. En concreto se

¹³ Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-184 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.

¹⁴ En este sentido, sentencia T-630 de 2006.

¹⁵ Ver las sentencias T-401 de 2004, T-971 de 2005, T-836 de 2006, T-692 de 2006, T-129 de 2007, T-236 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.

¹⁶ En este sentido, sentencia T-593 de 2007.

señaló 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 (...) 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”*.

6.- En segundo lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable, el cual en este tipo de casos reside en la afectación del mínimo vital del peticionario y/o de su familia por la ausencia de reconocimiento y pago de la prestación referida.

Para determinar la existencia de la violación o amenaza a este derecho fundamental el juez constitucional debe comprobar que *“(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y (ii) los beneficiarios de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”*¹⁷.

La Corte ha indicado que si bien es posible presumir la afectación del mínimo vital en estos casos por el principio de informalidad de la acción de tutela, de todos modos se debe acompañar la afirmación de alguna prueba, al menos sumaria¹⁸, en ausencia de la cual, el juez de tutela debe propender por arribarla al proceso en virtud de su facultad de decretar pruebas de oficio.

¹⁷ Sentencia T-971 de 2005. En el mismo sentido las sentencias T-692 de 2006 y T-129 de 2007.

¹⁸ Sentencias T-236 de 2007 y T-335 de 2007.

Ante la presencia de alguno de los dos supuestos explicados la acción de tutela es procedente –como mecanismo definitivo o transitorio, según el caso- y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza al derecho fundamental a la seguridad social por la falta de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

El requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela y sus excepciones en la jurisprudencia constitucional. Reiteración de jurisprudencia

7.- De conformidad con el denominado requisito de inmediatez, la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia¹⁹.

8.- Desde la sentencia SU-961 de 1999²⁰ esta Corte determinó, a partir de la interpretación del artículo 86 de la Constitución Política, que a pesar de que según esta norma la acción de tutela puede ser interpuesta “*en todo momento*”, de lo que se deriva que no posee ningún término de prescripción o caducidad, ello no significa que no deba interponerse en una plazo razonable desde el inicio de la amenaza o vulneración pues, de acuerdo con el mismo artículo constitucional, es un mecanismo para reclamar “*la protección inmediata*” de los derechos fundamentales.

A partir de allí la jurisprudencia constitucional ha sostenido invariablemente que la ausencia de un término de caducidad o prescripción en la acción de tutela implica que el juez no puede simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo²¹, sin embargo, de la misma forma ha dicho que la finalidad de la tutela como vía judicial de protección inmediata de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con

¹⁹ En este sentido, las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre muchas otras.

²⁰ Reiterada en numerosas oportunidades por las distintas Salas de Revisión de esta Corte, entre ellas las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-594 de 2008, T-265 de 2009 y T-328 de 2010.

²¹ En este sentido las sentencias SU-961 de 1999, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-1084 de 2006, T-594 de 2008, T-265 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado²².

Recuérdese que *“la acción de tutela es una acción ágil y apremiante, diseñada sobre un procedimiento urgente y célere, que permite la protección rápida de derechos fundamentales enfrentados a afectaciones reales y actuales de magnitud tal que el aparato jurisdiccional se ve obligado a hacer a un lado sus tareas ordinarias, a desplazar los procedimientos regulares que se someten a su consideración, para abordar de manera preferente el análisis del caso planteado”*²³. Por lo anterior, la orden del juez de tutela *“debe estar respaldada por la urgencia e inmediatez, en presencia de las cuales la Constitución lo autoriza a modificar una situación de hecho a través de un proceso sumario y expedito en el tiempo”*²⁴, condiciones que podrían verse desestimadas si el afectado ha dejado pasar un tiempo irrazonable para reclamar sus derechos.

9.- Así mismo, según la jurisprudencia constitucional, la exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable²⁵, caso en el que *“se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas”*²⁶. En segundo lugar, impedir que el amparo *“se convierta en factor de inseguridad [jurídica]”*²⁷. En tercer lugar, evitar *“el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia”* en la agencia de los derechos²⁸.

10.- Ahora bien, insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse *a priori*, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con

²² En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-884 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

²³ Sentencia T-594 de 2008.

²⁴ Sentencia T-158 de 2006. Reiterada por la sentencia T-691 de 2009.

²⁵ En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-594 de 2008 entre otras.

²⁶ Sentencia SU-961 de 1999.

²⁷ *Ibidem*. En el mismo sentido, sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, entre otras.

²⁸ Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

los hechos de cada caso concreto²⁹. Es por ello que “*en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso*”³⁰.

11.- En este orden de ideas, surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela, que en principio parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a las particulares circunstancias que rodean el asunto. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado algunos eventos – por supuesto no taxativos- en que esta situación se puede presentar³¹:

(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo³², la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda 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.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que*

²⁹ En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

³⁰ Sentencia T-328 de 2010.

³¹ En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

³² Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Diferentes Salas de Revisión de esta Corte han considerado que acciones de tutela impetradas después de un tiempo considerable contado desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental eran procedentes debido a la presencia de las hipótesis excepcionales antes descritas³³. Un ejemplo de ello es la sentencia T-509 de 2010 en la que se reconoció la pensión de invalidez a un hombre que sufría de esta enfermedad, a pesar de que la resolución que le negaba el derecho se había expedido en 1998. Se señaló que *“en el caso de las personas afectadas por el VIH SIDA (...) la jurisprudencia constitucional ha considerado que, advertida por el juez de tutela que la vulneración de los derechos cuya protección se reclama ha persistido en el tiempo (...), para el cumplimiento de tal derecho la interposición de la acción de tutela (...) conserva toda su validez para reclamar el reconocimiento de un derecho irrenunciable (...)”.*

12.- Ahora bien, para el análisis del cumplimiento de la inmediatez en la interposición de la acción de tutela tiene importancia crucial el momento a partir del cual debe empezar a contarse para determinar si el amparo se solicitó en un plazo razonable. Ya se mencionó que es a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, sin embargo, con posterioridad a ese momento pueden surgir hechos nuevos que den fundamento a la pretensión del accionante y actualicen la posibilidad de lograr la protección de sus derechos fundamentales por vía de tutela.

Por ejemplo, en aquellos casos en que se solicita mediante tutela la indexación de la primera mesada pensional después de haber sido negada en la jurisdicción laboral, esta Corte ha sostenido que el plazo razonable para la interposición del amparo debe contarse desde la expedición de la sentencia C-862 de 2006 y no desde la emisión de las sentencias laborales, al ser esta sentencia un hecho nuevo pues fue la que reconoció, con efectos *erga omnes*, el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, el cual era sistemáticamente negado en la jurisdicción laboral³⁴.

³³ Ver las sentencias T-692 de 2006, T-654 de 2006, T-526 de 2005, T-792 de 2007, T-783 de 2009, T-299 de 2009, T-468 de 2006, T-563 de 2005, entre otras.

³⁴ Sentencias T-696 de 2007, T-1059 de 2007, T-012 de 2008, T-014 de 2008, T-311 de 2008 y T-908 de 2008.

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los miembros de las parejas del mismo sexo en la sentencia C-336 de 2008. Reiteración de jurisprudencia

13.- Mediante la sentencia C-336 de 2008 la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 –específicamente contra la expresiones “*compañero o compañera permanente*”- que establecen quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. El fundamento de la demanda era la violación de los derechos a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), a la seguridad social (artículo 48 *ídem*) y a la dignidad humana, por la falta de inclusión de las parejas homosexuales en el régimen de protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales: la pensión de sobrevivientes.

14.- La Corte declaró exequibles las normas “*en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo (...)*”.

Para justificar su decisión expresó que “*la aplicación de las expresiones demandadas [compañero o compañera permanente] 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*”.

Agregó que este “*trato discriminatorio para las parejas homosexuales (...) conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de*

opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”.

Así, con fundamento en los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, la Corte incluyó a las parejas permanentes homosexuales dentro de los beneficiarios del régimen de pensión de sobrevivientes hasta entonces previsto para las parejas heterosexuales.

La aplicación en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008

15.- Como se advirtió en la sentencia T-592 de 2010, *“las autoridades administrativas y judiciales suelen negar la solicitud 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”*³⁵.

16.- 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 2008³⁶.

³⁵ Esta misma posición se asumió implícitamente en la sentencia T-051 de 2010, en la cual se reconoció la pensión de sobrevivientes a dos personas homosexuales cuyas parejas habían fallecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008.

³⁶ Esta había sido consignada en la aclaración de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la sentencia T-911 de 2009.

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.

La jurisprudencia ha explicado que a los efectos temporales de las sentencias de control de constitucionalidad se aplican los criterios generales que regulan los efectos de las normas en el tiempo. En este orden, se ha sostenido que *“la regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional”*³⁷. Una interpretación sistemática de las normas reseñadas³⁸ permite concluir que el efecto temporal de sentencias de control, que coincide en lo esencial con los efectos en el tiempo de las proposiciones jurídicas, es (i) la aplicación general (*erga omnes*), inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, (ii) siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene *prima facie* la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

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

³⁷ Sentencia T-389 de 2009. Fundamento jurídico número 13.

³⁸ *Ibidem*. “...del artículo 243 de la Constitución se desprende la prohibición a las autoridades de reproducir contenidos normativos, después de que éstos hayan sido declarados inexequibles por la Corte Constitucional. Luego, se entiende que ello sugiere un efecto hacia el futuro de este tipo de sentencias, al menos en lo que corresponde a la prohibición descrita. El artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96), dispone que las sentencias dictadas por esta Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad del artículo 241 superior, “tendrán efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Este contenido fue declarado exequible en sentencia C-037 de 2006, y se fundamentó en la reiteración jurisprudencial según la cual “sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias”.

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

De conformidad con lo anterior, se entiende que el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única de modificar situaciones de la vida en curso. Por ejemplo si una norma o una sentencia dispone algo en relación con el monto de los salarios en Colombia, ello afecta de manera inmediata y hacia el futuro no sólo a los ciudadanos que a partir de tal disposición 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.

El régimen probatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al miembro supérstite de una pareja del mismo sexo

17.- En la sentencia C-336 de 2008 se afirmó en la parte motiva que *“al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable”*³⁹. Y en la parte resolutive de este mismo pronunciamiento se sostuvo que las normas que regulaban el derecho de la pensión de sobrevivientes se declaraban inexequibles *“en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo*

³⁹ C-336 de 2008, fundamento jurídico 8.1.

cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”⁴⁰.

Por su parte, la sentencia C-521 de 2007, a propósito de la declaratoria de inexecutable del contenido normativo de la ley 100 de 1993 que establecía que el(a) compañero(a) permanente podría ser beneficiario en salud siempre que acreditara mínimo dos (2) años de convivencia con el afiliado, indicó que *“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 (...)”*⁴¹.

18.- Con base en lo anterior, algunas entidades del sistema de seguridad social en pensiones y algunos jueces de tutela de instancia, han señalado que la sentencia C-336 de 2008 debe ser interpretada en el sentido de que, en el caso de las parejas del mismo sexo que desean acceder a la pensión de sobrevivientes ante la muerte de alguno de sus miembros, la única prueba admisible para demostrar la existencia de una relación permanente de pareja es una declaración ante notario de ambas personas; interpretación que fue incluso avalada por las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009⁴².

19.- Sin embargo, sentencias posteriores –T-051 de 2010 y T-592 de 2010- han acogido otra interpretación que, además de ser más favorable a los derechos fundamentales involucrados, es la acertada a juicio de la Sala, razón por la cual la reitera y refuerza en esta oportunidad. De acuerdo con esta interpretación el miembro superviviente 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.

Lo anterior porque la postura asumida en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009 *“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”*⁴³. Así, la exigencia de la sentencia C-521 de 2007 *“fue pensada para solicitar la*

⁴⁰ Ibídem, numeral primero de la parte resolutive.

⁴¹ C-521 de 2007, fundamento jurídico 5.2.

⁴² Nótese que el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto aclaró su voto en la sentencia T-911 de 2009, entre otras cosas, por no compartir esta interpretación.

⁴³ Sentencia T-051 de 2010. Reiterada por la sentencia T-592 de 2010.

afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes (...) En el caso de la pensión de sobreviviente, es claro para la Sala (...) que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. De lo contrario, se impone una carga probatoria imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir –y esto sucede tanto respecto de parejas homosexuales como de parejas heterosexuales– que uno de los compañeros permanentes muere sin que haya podido la pareja acudir ante notario para acreditar la unión”⁴⁴.

20.- Al anterior razonamiento la Sala desea agregar otros que refuerzan la postura que se reitera⁴⁵. La interpretación sostenida en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009 es errada por dos razones adicionales.

En primer lugar, recuérdese que la esencia de la categoría jurídica del compañero(a) permanente, así como la naturaleza de la figura de la unión marital, supone justamente la posibilidad de generar derechos y obligaciones propias de los cónyuges al margen del adelantamiento de las formalidades propias del matrimonio. La unión marital es una institución jurídica que cobra sentido en nuestro ordenamiento porque pretende funcionar la mayoría de las veces a prevención. Esto es, sólo cuando se quiere solicitar la adjudicación de consecuencias jurídicas propias de los compañeros resulta relevante probar su existencia; por lo cual su esencia es producir efectos jurídicos antes de ser certificada probatoriamente. Si no fuera de esta manera, sería idéntica a la figura del matrimonio, que solo produce efectos a partir de su celebración formal y, dicha formalidad es precisamente la prueba de su existencia. En este orden, si los criterios jurisprudenciales expuestos se interpretan de la manera descrita, querría decir que se desconoce la posibilidad inherente a la figura de la unión marital, cual es que antes de acreditar jurídicamente la condición de compañero, tal condición existe y produce efectos para el derecho.

Así las cosas, la interpretación que se critica construye una distinción injustificada –violatoria del derecho a la igualdad- entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales pues supone que las

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Estos habían sido consignados en la aclaración de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la sentencia T-911 de 2009.

primeras producen efectos jurídicos sólo a partir de la suscripción formal del requisito.

En segundo lugar, esta interpretación es constitutiva de otra distinción injustificada –también violatoria del derecho a la igualdad– entre las uniones permanentes homosexuales y heterosexuales pues supone que las primeras disponen de un único modo de acreditación de su relación, mientras las segundas cuentan con varias alternativas para ello.

No existe norma alguna que imponga como único medio probatorio para acreditar la condición de compañero acudir al notario para ello. En el caso de las parejas heterosexuales, en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y las normas pertinentes, el tema probatorio de la categoría de compañero se maneja con un listado de formas o fórmulas de acreditación de la existencia de la unión marital contenido en la ley y bajo el principio de libertad probatoria para configurar alguna de dichas fórmulas.

En efecto, la ley ha establecido distintas formas de acreditación, tales como la escritura pública ante notario, el acta de conciliación, la sentencia judicial (artículo 2 Ley 54 de 1990) y para fines de adopción la inscripción del(a) compañero(a) en las cajas de compensación, declaración ante notario y el registro civil de nacimiento de los hijos de los compañeros (parágrafo artículo 124 Código de Infancia y Adolescencia). Específicamente para efectos de la pensión, el artículo 11 del decreto 1889 de 1994 establece que *“se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.”*

De igual manera, para constituir alguna de las referidas fórmulas de acreditar tal condición, existe una regla general de libertad probatoria, tal como se ve en los procesos que la Sala de Casación Civil falla cuando se trata de demostrar la existencia de una unión marital luego del fallecimiento de uno de los compañeros⁴⁶. En resumen, la ley determina por cuáles medios se tiene certeza jurídica de la existencia de una unión marital y a dicha certeza se llega por regla general por los medios probatorios comúnmente aceptados en derecho.

⁴⁶ Ver sentencias de la Sala de Casación Civil, SC-239 de 2001, SC-330 de 2005, SC-383 de 2005, SC-050 de 2007, entre otras.

De conformidad con lo anterior, no hay razones constitucionalmente válidas para concluir que es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales dispone cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (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.

Con las anteriores consideraciones, pasa la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

21.- En el presente asunto, el señor AA considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social por el Instituto de Seguros Sociales, entidad que se negó a reconocerle la pensión de sobrevivientes con fundamento en su orientación sexual homosexual. En consecuencia pide ordenarle el reconocimiento de la misma.

La primera verificación que se debe realizar en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las dos excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes por medio de acción de tutela.

Contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, esta Sala considera que, en esta oportunidad, el mecanismo ordinario laboral no 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-SIDA⁴⁷ y, por ello, no posee empleo ni renta alguna, razón por la cual vive en precarias condiciones “*de la asistencia social y familiar*”⁴⁸. Como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la carencia de ingresos económicos y el mal estado de salud⁴⁹, más específicamente aquel ocasionado por el VIH-SIDA⁵⁰, son razones suficientes para que el amparo proceda de forma definitiva cuando se solicita la pensión de sobrevivientes.

22.- La segunda verificación que se debe adelantar en el asunto de la referencia es la relativa al requisito de inmediatez, pues ambas instancias sostuvieron su incumplimiento debido a que transcurrieron un poco más de diez años entre la expedición de la resolución que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al accionante -9 de marzo de 2001⁵¹- y la interposición de la acción de tutela -3 de mayo de 2011-.

La Sala disiente de tal conclusión pues encuentra que, al igual que se ha hecho en el caso de la indexación de la primera mesada pensional⁵², el momento a partir del cual se debe empezar a contar para determinar si el amparo se solicitó en un plazo razonable es la expedición de la sentencia C-336 de 2008, al ser esta un hecho nuevo pues fue la que reconoció, con efectos *erga omnes*, el derecho a la pensión de sobrevivientes de los miembros de las parejas del mismo sexo. En este orden de ideas, entre la emisión de la sentencia y la interposición de la tutela pasaron un poco más de tres años.

Aunque este lapso pudiera ser considerado irrazonable, debido a las especiales circunstancias que rodean el presente asunto resultan aplicables dos de las excepciones a la exigencia de la inmediatez que, como se vio, ha admitido la jurisprudencia constitucional.

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*

⁴⁷ Folios 7-9, cuaderno 1.

⁴⁸ Folios 10 y 11, cuaderno 1.

⁴⁹ Ver las sentencias T-401 de 2004, T-971 de 2005, T-836 de 2006, T-692 de 2006, T-129 de 2007, T-236 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.

⁵⁰ Ver las sentencias T-021 de 2010 y T-592 de 2010.

⁵¹ Folios 5 y 6, cuaderno 1.

⁵² Sentencias T-696 de 2007, T-1059 de 2007, T-012 de 2008, T-014 de 2008, T-311 de 2008 y T-908 de 2008.

familiar”⁵³. 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-SIDA⁵⁴.

23.- 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 homosexual⁵⁵.

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.

24.- 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

⁵³ Folios 10 y 11, cuaderno 1.

⁵⁴ Sentencia T-509 de 2010.

⁵⁵ Folios 5 y 6, cuaderno 1.

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.

No se ordenará directamente el reconocimiento de la pensión al peticionario pues la Sala considera que no existen en el expediente suficientes elementos probatorios que acrediten la existencia de una relación de pareja permanente entre el señor AA y el señor BB y la duración precisa de la misma, lo cual es indispensable para el análisis del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para otorgar esta prestación. Para demostrar lo anterior, el actor solamente adjunta declaraciones ante notario de tres personas -dos de las cuales son sus hermanos-⁵⁶. Estas pruebas, a pesar de ser idóneas, conducentes y pertinentes, no constituyen, a juicio de la Sala, medios de convicción suficientes para acreditar una relación de pareja permanente -sea esta homosexual o heterosexual- y por ello deben ser complementados con otros elementos probatorios en el trámite que inicie el demandado.

De todos modos, se advertirá al demandado que, en el trámite que inicie, debe tener en cuenta 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.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, para en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, en la acción de tutela instaurada por

⁵⁶ Folios 10 y 11, cuaderno 1.

AA contra el Instituto de Seguros Sociales.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la resolución 01603 del 9 de marzo de 2001 proferida por el Instituto de Seguros Sociales y **ORDENAR** al mismo que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie 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.

Tercero.- ADVERTIR al demandado que, en el trámite que inicie en cumplimiento del numeral anterior, debe tener en cuenta 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.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva de la identidad del peticionario.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General