

Sentencia T-911/09

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar reconocimiento y pago de pensiones

REGIMEN PATRIMONIAL DE COMPAÑEROS PERMANENTES-Parejas homosexuales/**PAREJAS HOMOSEXUALES Y UNION MARITAL DE HECHO**-Protección patrimonial

PAREJAS HOMOSEXUALES-Exclusión del derecho a la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo resulta discriminatoria

CORTE CONSTITUCIONAL-Línea jurisprudencial en materia de derechos de parejas homosexuales

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Necesidad de acreditar una relación de compañeros permanentes

Destaca la Sala, aunque es apenas evidente, que a partir de los pronunciamientos de esta Corte de las parejas del mismo sexo, es la efectiva existencia de una pareja, es decir una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Prueba mediante declaración ante notario sobre la unión marital de hecho entre personas del mismo sexo

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

PAREJAS HOMOSEXUALES-La acreditación de la relación de compañeros permanentes no es una exigencia irrazonable o desproporcionada

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Declaración ante notario de la voluntad del fallecido de conformar unión marital de hecho

DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES-Efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos hacia el futuro a menos que la Corte decida lo contrario

DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES-No es posible aplicar la sentencia C-336 de 2008 ya que esta fue posterior al fallecimiento del compañero del actor

CONDICION DE HOMOSEXUAL-No confiere prelación para obtener el reconocimiento de una pensión

Referencia: expediente T-2.324.790

Peticionario: Juan Carlos Corredor Palacios

Procedencia: Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de mayo de 2009, confirmatorio del dictado por el Juzgado 5° de Familia de la misma ciudad el 30 de abril de 2009, dentro de la acción de tutela presentada mediante apoderada especial por el señor Juan Carlos Corredor Palacios contra el Instituto de Seguros Sociales.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número ocho ordenó revisarlo, mediante auto de agosto 21 de 2009.

I. HECHOS Y NARRACIÓN EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

El señor Juan Carlos Corredor Palacios entabló el 23 de febrero de 2009 acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales al considerar que esa entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, por las razones que pueden ser resumidas como sigue:

1. El actor dice que convivió como compañero permanente por espacio de más de 26 años con el señor José Valdemar Sánchez Prada, hasta el fallecimiento de este último, ocurrido en Bucaramanga el día 6 de julio de 2007.

2. Previamente, mediante resolución 855 fechada el 15 de agosto de 2003, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció a José Valdemar Sánchez Prada pensión de jubilación, de la cual se encontraba disfrutando para el momento de su fallecimiento.

3. A la convivencia mencionada en el hecho 1 anterior se hace referencia en las declaraciones juramentadas rendidas extra-proceso ante la Notaría 6ª de Bucaramanga el día 20 de septiembre de 2007, por los señores Carlos Uriel Díaz Pardo y Guillermo Sánchez Prada, cuya copia auténtica se anexó a la demanda de tutela.

4. El 21 de septiembre de 2007 el señor Juan Carlos Corredor Palacios solicitó al Instituto de Seguros Sociales *reclamación de pensión de sobreviviente*, la cual sustentó en la circunstancia reseñada en el hecho 1 anterior, a lo cual agregó que dependía económicamente de su compañero fallecido.

5. La anterior solicitud fue resuelta por la entidad accionada mediante resolución 0263 del 12 de febrero de 2008, por la cual se concedió el disfrute de la pensión a que se refiere el hecho 2 anterior al señor Javier Mauricio Sánchez Cubides, **hijo del pensionado fallecido**, y consecuentemente se negó ese mismo derecho al aquí tutelante.

En relación con esto último se explicó en la mencionada resolución que la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la “*sustitución pensional*”¹.

6. Contra esta decisión el señor Corredor Palacios interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante resolución 1983 del 17 de junio de 2008, por la cual el Instituto de Seguros Sociales resolvió

¹ El término *sustitución pensional* no es utilizado en la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias frente a situaciones como la planteada en el presente caso, en las que se habla simplemente de *pensión de sobrevivientes* (arts. 46 a 49 y 73 a 78). Sin embargo, en la medida en que este término ha sido empleado por varias de las autoridades intervinientes, será mencionado en varios apartes de esta providencia, debiendo entenderse en todos los casos, que se alude a la pensión de sobrevivientes.

confirmar el anterior acto administrativo y declarar agotada la vía gubernativa, ante la no procedencia del recurso de apelación.

En esta última decisión la accionada tuvo en cuenta el entonces reciente fallo C-336 de 2008 de esta corporación que declaró exequibles las expresiones demandadas de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 *“en el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las parejas sobrevivientes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales”*.

Sin embargo, la decisión confirmatoria obedeció precisamente al hecho de que la condición de pareja del mismo sexo no se acreditó debidamente en vida del pensionado, en la forma prevista en la sentencia C-521 de 2007 allí citada.

7. Contra el anterior pronunciamiento se interpuso también el recurso de queja, el cual fue decidido de manera negativa mediante resolución 4668 de noviembre 12 del mismo año 2008, la cual, según manifiesta la apoderada del accionante, no había sido notificada a éste para la fecha en que se presenta la tutela que ahora se decide.

8. Paralelamente, el accionante inició también un proceso judicial ordinario de declaración de unión marital de hecho y declaración de sociedad patrimonial contra los herederos determinados e indeterminados del señor José Valdemar Sánchez Prada, el cual cursa en el Juzgado 2° de Familia de Bucaramanga.

II. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

En la demanda se pide al juez de tutela amparar los derechos fundamentales invocados, planteando las siguientes pretensiones:

1. Que se ordene al Instituto de Seguros Sociales conceder la pensión de sobrevivencia del señor José Valdemar Sánchez Prada al accionante Juan Carlos Corredor Palacios, quien fue su compañero permanente por espacio de más de 26 años.
2. Revocar la resolución 0263 de febrero 12 de 2008, por la cual se negó este derecho a Juan Carlos Corredor Palacios.
3. Ordenar el pago de la referida pensión desde el día 6 de julio de 2007, fecha del fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada.
4. Que se requiera a la entidad demandada para que en el futuro no vuelva a incurrir en las mismas conductas que generaron esta violación.

III. TRÁMITE JUDICIAL EN INSTANCIAS

La acción que ahora se decide fue repartida al Juzgado 5° de Familia de Bucaramanga, despacho que la admitió mediante providencia fechada el 25 de febrero del presente año, en la que además ordenó citar al accionante para

oírlo en ampliación de hechos, solicitar una certificación sobre el proceso al que se refiere el hecho 8 arriba reseñado, y notificar a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa.

En respuesta a lo solicitado, el Juzgado 2° de Familia de Bucaramanga remitió el día 2 de marzo de 2009 una certificación en la que hace constar la existencia del proceso a que se refiere el hecho 8 de la demanda e informa que para esa fecha el proceso se encuentra para abrir a pruebas la actuación.

Declaración del accionante Juan Carlos Corredor Palacios

En cumplimiento de lo ordenado, el accionante se presentó ante el juzgado de conocimiento el día 3 de marzo de 2009 para ampliar los hechos expuestos en la demanda de tutela. Preguntado por sus generales de ley informó que tiene **41 años** de edad, que **es ingeniero profesional**, mientras que el señor José Valdemar Sánchez Prada era **médico cirujano pediatra**. Dijo que comenzaron la convivencia desde el año 1981 cuando él tenía 13 años de edad, e informó los lugares específicos en los que residieron. Refirió que tiempo después el señor Sánchez Prada “*tuvo una infidelidad*”, producto de la cual nació el niño Javier Mauricio Sánchez Cubides, pero que el padre de éste, es decir José Valdemar Sánchez Prada nunca convivió con la madre. Agregó que cuando el niño tenía aproximadamente un año de edad, la madre de éste se los dejó a ellos, y que él, Juan Carlos Corredor Palacios, se hizo cargo de la crianza del menor, y fue su acudiente para todos los efectos, ya que el padre, esto es el señor Sánchez Prada, trabajaba de tiempo completo con un horario muy exigente. Informa que el niño convivió con ellos aproximadamente hasta los 18 años, época en que el padre lo echó de la casa por haber cometido una falta, y aquél pasó a residir con su señora madre.

Precisó que desde esa época hasta la muerte del señor Sánchez Prada continuó su convivencia como pareja, pero que mientras el niño Sánchez Cubides vivió con ellos, lo respetaron y procuraron que no se diera cuenta sobre el tipo de relación existente entre los dos hombres. Anota también que en alguna época y por corto tiempo, vivió con ellos el señor Guillermo Sánchez Prada, hermano del hoy fallecido, y que en los años finales tuvieron una empleada doméstica de nombre Magda Forero. Preciso que en vida del señor Sánchez Prada nunca acudieron ante alguna autoridad a efectos de dejar constancia de su relación de pareja, omisión que explica en el hecho de desconocer los efectos jurídicos de la misma, de lo cual sólo habría tenido claridad con posterioridad a la muerte de su compañero.

Preguntado acerca de si ha iniciado alguna otra acción legal a propósito de los hechos que dan lugar a la solicitud de tutela, ratificó lo relacionado con el proceso que cursa ante el Juzgado 2° de Familia de Bucaramanga, e informó que dentro del mismo se realizó audiencia de conciliación, en la que propuso a Javier Mauricio Sánchez Cubides un acuerdo para compartir por mitades los bienes del causante, a lo que este último se negó, fracasando entonces la conciliación. También relató nuevamente el trámite seguido ante el Seguro Social a propósito de la solicitud por él presentada para obtener la pensión de

sobrevivientes, así como la imposibilidad en que se encuentra para dar cumplimiento a la formalidad que se le exige, ya que cuando se pronunció el fallo C-336 de 2008 que permite la pensión de sobrevivientes entre compañeros homosexuales y establece este requisito probatorio, el señor José Valdemar Sánchez Prada ya había fallecido. Finaliza diciendo que considera injusta la negativa que ha recibido, por lo cual interpuso esta acción de tutela, y que a la fecha se encuentra viviendo de la colaboración de sus vecinos y familiares, ya que no tiene trabajo.

Respuesta de la entidad accionada

El día 2 de marzo de 2009 el Seguro Social respondió a la demanda de tutela y se opuso a lo solicitado en ella, en los siguientes términos:

En primer lugar, efectuó un recuento sobre el contenido original de las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y los posteriores pronunciamientos de esta Corte relativos al tema de las parejas homosexuales, incluyendo los fallos C-075 de 2007 y C-336 de 2008, así como la remisión que este último hizo a la sentencia C-521 de 2007, en lo referente a la forma en que debería acreditarse la convivencia que da lugar al pretendido derecho pensional. A partir de lo anterior, y visto que la diligencia requerida no se realizó en vida del señor José Valdemar Sánchez Prada, señaló entender que la negativa resulta justificada y ajustada a los parámetros trazados por la jurisprudencia de esta corporación.

A partir de estas consideraciones explicó también que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, especialmente la honra y el libre desarrollo de la personalidad, ya que es respetuosa de su condición sexual. Tampoco la igualdad o la seguridad social, por cuanto sólo cabe esperar trato igual en cuanto existan las mismas circunstancias fácticas, situación que en este caso no se presenta, y porque la decisión negativa rebatida por el actor se basó en la debida aplicación de las normas y criterios jurisprudenciales pertinentes, los cuales transcribe y reitera, y en ningún caso en una medida discriminatoria en contra de aquél.

Sentencia de primera instancia

Con base en los anteriores elementos de juicio, el Juzgado 5° de Familia de Bucaramanga emitió el 9 de marzo de 2009 sentencia en la que resolvió no tutelar los derechos del accionante, por entender que de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación antes referida, la entidad accionada procedió correctamente el emitir y ratificar su decisión negativa, teniendo en cuenta que no se acreditó debidamente la convivencia ni la relación de pareja que daría al actor el derecho a la *sustitución pensional*. En la misma línea, consideró no probada la alegada violación de sus derechos fundamentales y agregó que en razón a su edad, estado de salud, preparación profesional y demás condiciones personales, el accionante no podría tampoco invocar la vulneración de su mínimo vital como justificación que conduzca a la concesión del amparo solicitado.

Sin embargo, apelada esta decisión por la apoderada del actor, el Magistrado ponente de la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante auto de abril 15 de 2009 tomó la decisión de declarar nula la actuación cumplida en primera instancia, por no haberse notificado ni vinculado al trámite al señor Javier Mauricio Sánchez Cubides, hijo del causante Sánchez Prada, quien tuvo parte activa en la actuación surtida ante el Seguro Social – Seccional Santander, a propósito de la *sustitución pensional* del último de los nombrados.

En consecuencia, el proceso retornó al *a quo*, el cual después de practicar la notificación ordenada, y vencido en silencio el término del traslado otorgado, profirió nuevamente sentencia el 30 de abril de 2009, cuya decisión y motivación coincide, en lo esencial, con aquella de fecha 9 de marzo que fuera anulada por el *ad quem*.

Intervención del señor Javier Mauricio Sánchez Cubides

Una vez notificado de la sentencia de primera instancia, se pronunció dentro del trámite tutelar el señor Sánchez Cubides, hijo de José Valdemar Sánchez Prada, cuya falta de vinculación causó la anulación de la actuación inicialmente surtida. Manifestó su expreso desacuerdo con la pretendida violación de derechos fundamentales del señor Corredor Palacios, indicando que él convivió con su padre hasta la fecha su fallecimiento, no habiendo observado nunca que tuviera tendencias homosexuales, circunstancia que descartaría la posible existencia del tipo de relación a partir de la cual el tutelante reclama tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

Señaló que el accionante Corredor Palacios fue un protegido de su padre, quien incluso le costó sus estudios, pero nunca mantuvo con él una relación de la naturaleza de la que ahora pretende demostrar, en actitud que considera de mala fe y motivada por la intención de quedarse con los pocos bienes dejados por su padre al momento de su fallecimiento. Resaltó que su padre nunca hizo en vida ninguna manifestación de carácter legal ni de otro tipo de la que pudiera deducirse su condición de homosexual, por lo que serían infundadas las pretensiones que ahora plantea el accionante Corredor Palacios.

Por las anteriores razones, solicita al despacho de conocimiento declarar improcedente la acción de tutela intentada por ausencia total de legitimación en la causa por activa.

Impugnación del accionante Juan Carlos Corredor Palacios

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la apoderada del actor la impugnó en tiempo, en términos también muy semejantes a los planteados respecto de la anulada sentencia de fecha marzo 9 de 2009.

Frente a las razones contenidas en el fallo impugnado, la apoderada del accionante sostuvo que en este caso existe una clara situación de discriminación en contra de él, derivada de su orientación sexual, por lo que el

asunto no se reduce al otorgamiento o no de la pensión de sobrevivientes, aspecto frente al cual reconoce que la procedente sería la acción ordinaria laboral. Frente a este tema, señaló que la jurisprudencia ha reconocido y asumido la existencia de discriminación frente a las personas homosexuales, y consecuentemente, consideró que frente a la necesidad de proteger el derecho fundamental a la igualdad no existe otra acción apropiada dentro de la órbita constitucional, por lo que la tutela es entonces el mecanismo idóneo de protección para el caso concreto.

También explicó que, aún en caso de no aceptarse la procedencia de la tutela frente a la situación discriminatoria que denuncia, aquélla debería proceder al menos como mecanismo subsidiario para proteger con prontitud los derechos que en este caso están siendo afectados, y no someter al interesado a la larga espera que representa la tramitación de un proceso laboral ordinario.

Resaltó que la presente tutela se presentó en forma inmediata y oportuna respecto de los hechos que dan lugar a ella, y especialmente, muy poco tiempo después de conocerse la sentencia C-336 de 2008 de esta corporación, que abrió el camino para el reconocimiento de la sustitución pensional entre los integrantes de parejas del mismo sexo. De cara a lo anterior, indicó que cuestionar la inmediatez de la acción en el presente caso implicaría una segunda victimización del accionante, después de la que va envuelta en la discriminación que afronta, según lo antes explicado.

Finalmente, respecto de las consideraciones efectuadas por el *a quo* en torno al mayor o menor grado de necesidad que en este caso pudiera aquejar al actor y la afectación o no de su mínimo vital, la impugnante reclamó la aplicación del principio de buena fe, conforme al cual el juez o funcionario debería abstenerse de realizar consideraciones subjetivas sobre estos aspectos, acogiendo sin cuestionamientos las manifestaciones de los sujetos procesales, en especial de aquellos que históricamente han sido objeto de discriminación.

Por todo lo anterior, la apoderada impugnante concluyó solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones planteadas en la demanda de tutela.

Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo calendado el 21 de mayo de 2009 la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó íntegramente la sentencia de tutela de primera instancia.

Para ello, el *ad quem* realizó un extenso y detallado recuento de los hechos que dieron lugar a la interposición de esta tutela y de las incidencias procesales ocurridas durante la primera instancia y la impugnación.

Seguidamente, analizó la jurisprudencia de esta corporación en lo relacionado con los derechos de las parejas homosexuales, resaltando que la protección

reconocida durante los últimos años se brinda en condiciones de igualdad o analogía a la otorgada de tiempo atrás a las parejas heterosexuales, consideración que explica la aplicación de la regla sobre declaración conjunta ante notario de los dos integrantes de la pareja, trazada en la sentencia C-521 de 2007 para el caso de aquéllas. Resaltó entonces que el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales supone, tanto como en el caso de las parejas heterosexuales, el cumplimiento de los requisitos que frente a cada situación resulten aplicables.

A partir de lo anterior, y teniendo en cuenta que el actor inició un proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho con efectos patrimoniales, sobre el cual (para la fecha de esa sentencia) aún no se había decidido de fondo, el tribunal de segunda instancia consideró que aquel era el escenario apropiado para decidir sobre los derechos reclamados en este caso, por lo que decidió no acceder a la impugnación solicitada.

IV. TRÁMITE CUMPLIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Durante el trámite de revisión del presente asunto ante la Corte Constitucional, se recibieron en la Secretaría General de esta corporación varios escritos provenientes de terceras personas que, para justificar su participación, invocaron la facultad de intervención ciudadana prevista en el numeral 1° del artículo 242 de la Constitución Política. En varios de estos escritos se realizaron extensas consideraciones conducentes a la concesión del amparo solicitado a nombre del señor Juan Carlos Corredor Palacios.

Aun cuando no resulta acertado considerar que la norma invocada (numeral 1° art. 242 Const.), referida a *“las acciones públicas previstas en el artículo precedente”*, habilite a los ciudadanos en general para ser escuchados dentro del trámite de acciones de tutela iniciadas por otras personas y dentro de las cuales no son parte, en razón a la importancia jurídica del tema de fondo la Sala Séptima de Revisión efectúa a continuación una breve reseña de esas intervenciones:

i) El 22 de octubre de 2009 la ciudadana Marcela Sánchez Buitrago, representante legal de la organización Colombia Diversa, solicitó que por la Sala Plena de la Corte se dispusiera la acumulación, así como el fallo mediante sentencia de unificación, de cuatro distintas acciones de tutela², entre ellas la presentada por el accionante Corredor Palacios, relacionadas con el otorgamiento de pensiones de sobrevivientes a compañeros supérstites del mismo sexo que las personas fallecidas. Esta solicitud fue estudiada y decidida negativamente por el Pleno de esta corporación en sesión del día 3 de noviembre de 2009, en consecuencia, el caso continuó a conocimiento de la Sala Séptima de Revisión, separadamente.

ii) El 23 de octubre de 2009 el abogado Roger Mauricio Noguera Rojas, quien obra como apoderado del ciudadano Omar Luque Bustos, demandante dentro

² Se trata de los expedientes T-2292035, T-2299859, T-2324790 (el presente) y T-2386935.

de otro trámite de revisión de tutela que a la fecha cursa ante la Corte Constitucional, sugirió al Magistrado sustanciador la práctica de unas pruebas, que considera útiles para la decisión que en este caso debe adoptar la Sala.

iii) El 2 de noviembre del presente año el mismo ciudadano Noguera Rojas, invocando su condición de abogado de la ya referida organización Colombia Diversa, presentó un nuevo escrito con el propósito de ilustrar a la Sala de Revisión sobre diversos aspectos, en relación con la tutela que ahora se decide. A partir de ello solicita también a la Corte proceder a la acumulación de este caso con los otros a los que anteriormente se hizo referencia, y acceder en todos esos casos a las pretensiones de los accionantes.

El abogado Noguera Rojas planteó en su escrito, entre otros, los siguientes aspectos: i) la procedibilidad de la acción de tutela, bien sea de manera directa o subsidiaria, para resolver casos como el aquí planteado, ya que en su concepto el tema de fondo es la discriminación a que estaría siendo sometido el accionante, y no tanto el otorgamiento o no de la pensión por él solicitada; ii) el análisis de los elementos probatorios exigidos para acreditar la existencia de una unión marital de hecho entre personas del mismo sexo, y su relación con el debido proceso; iii) la interpretación que en su concepto debe hacerse sobre los efectos en el tiempo del fallo C-336 de 2008; iv) la importancia del derecho a la igualdad frente a las decisiones y conceptos dictados en desarrollo de la referida sentencia C-336 de 2008.

iv) El 4 de noviembre de 2009 se recibió un nuevo memorial suscrito por los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, César Augusto Rodríguez Garavito, Ana María Méndez Jaramillo, Camila Soto Mourraille, Andrea Camacho Rincón y Mauricio Albarracín Caballero, en el que invocando la figura del *amicus curiae*, ponen a consideración de la Corte varias otras reflexiones sobre el tema, algunas de ellas parcialmente coincidentes con las efectuadas en otras de las intervenciones reseñadas³.

Este escrito plantea, en primer lugar, un análisis sobre el que sus autores consideran debe ser el papel del juez constitucional frente a problemas estructurales que afecten el goce efectivo de un derecho. A este respecto llaman la atención sobre las dificultades que con frecuencia afrontan las personas o comunidades favorecidas por decisiones novedosas adoptadas por esta Corte, para hacer efectivos y exigibles los derechos en ellas reconocidos, y citan algunas de las acciones adoptadas por la Sala Plena y/o por varias de las Salas de Revisión, para hacer factible el goce efectivo de tales derechos. Menciona también varios pronunciamientos de comités y organismos internacionales, tanto del Sistema Interamericano como del de las Naciones Unidas, dirigidos a los Gobiernos de distintos Estados, así mismo encaminados a facilitar el disfrute de los derechos reconocidos en la Constitución a los ciudadanos de aquéllos.

³ Este escrito fue dirigido por sus autores de manera simultánea a las distintas Salas de revisión a cuyo conocimiento se encontraban para esa fecha los distintos expedientes cuya acumulación se propuso en una solicitud anterior, esto es los números T-2292035, T-2299859, T-2324790 (el presente) y T-2386935.

En segundo término presentan los que, en su concepto, son los problemas estructurales que afectan el goce efectivo de los derechos reconocidos por la más reciente jurisprudencia de esta corporación⁴ a los integrantes de parejas del mismo sexo. Entre ellos mencionan la desigualdad de los medios de prueba al alcance de las parejas homosexuales frente a aquellos de que disponen las parejas heterosexuales, y más exactamente de los que resultan aplicables al trámite de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en los regímenes de prima media y ahorro individual. En relación con este asunto informan que la organización Colombia Diversa presentó derechos de petición a distintos fondos de pensiones y cesantías, tanto públicos como privados, en relación con los requisitos exigidos en estos casos⁵, cuyas respuestas transcribe parcialmente, además de lo cual adjunta en copia simple los textos completos, resaltando que según se deduce de tales respuestas, la práctica de tales entidades frente a estas solicitudes no es enteramente coincidente.

Explica también que si bien la respuesta dada a la petición de Colombia Diversa por el Instituto de Seguros Sociales reconocería la posibilidad de aceptar pruebas sobre la existencia de la unión marital diferentes a la declaración ante notario hecha en vida de ambos integrantes de la pareja homosexual, esta postura resulta contradicha por las decisiones adoptadas por esa entidad frente a la solicitud presentada por Juan Carlos Corredor Palacios, y avaladas en este caso por los jueces de tutela de ambas instancias, quienes consideraron adecuada la exigencia del requisito a que se refirió la sentencia C-336 de 2008 de esta corporación. Al mismo tiempo informa que se tiene conocimiento de algunos casos en los que los jueces de tutela sí han aceptado pruebas sobre la existencia de la pareja distintas a la antes referida, situación de desigualdad que debe ser corregida por la jurisprudencia de esta corporación. Dentro de esta misma línea, analiza el contenido de la sentencia T-1241 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), en la que esta corporación hizo algunas consideraciones sobre la forma como este tipo de convivencia debe acreditarse.

Seguidamente, este escrito menciona el tema relativo a los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008, y particularmente a si ella puede beneficiar a personas cuyo compañero del mismo sexo falleció en fecha anterior a la de este pronunciamiento. A este respecto comenta que, pese a reafirmar que la regla general es que el efecto de las sentencias de constitucionalidad se proyecta únicamente hacia futuro, existen varios casos en los que esta corporación ha reconocido la posibilidad de que los beneficios derivados de una sentencia de inexecutableidad aprovechen a personas cuya situación de hecho generadora de derechos se consolidó con anterioridad a la fecha del respectivo pronunciamiento.

El escrito concluye solicitando a las distintas Salas de Revisión a las que va dirigido adoptar una serie de medidas específicas encaminadas a garantizar los

⁴ Sobre este tema cita las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009.

⁵ Los asuntos sobre los cuales versan estos derechos de petición y sus respuestas coinciden parcialmente con aquellos frente a los cuales el ciudadano Roger Mauricio Noguera Rojas solicitó a la Sala de Revisión decretar pruebas de oficio, en memorial de fecha octubre 23 de 2009, al cual anteriormente se hizo referencia.

derechos a la sustitución pensional por parte de los miembros sobrevivientes de las parejas homosexuales.

v) El día 6 de noviembre del año en curso se recibió otro documento *amicus curiae* suscrito por los abogados Germán Humberto Rincón Perfetti y Giomar Angélica Aguilar González, en el que invocando su experiencia profesional en la tramitación de pensiones de sobrevivientes de integrantes de parejas homosexuales, exponen las fallas estructurales que en su concepto afectan dichos trámites.

A este respecto sostienen que estas personas afrontan dificultades con las que no se encuentran los miembros de parejas heterosexuales, dentro de las cuales mencionan las “*vías de hecho por aplicación de norma inaplicable, por inaplicación de norma aplicable, por exigencia de prueba improcedente, por interpretación contraria a la Constitución, por aplicación de procedimiento diferente y diferenciador, por inaplicación del precedente jurisprudencial y el bloque de constitucionalidad, entre otros*”. Finalmente agregan que en este caso los fondos de pensiones han invertido el principio de la buena fe, aplicando en contra de las parejas homosexuales lo que sería una presunción de mala fe, que les impide el pleno ejercicio de sus derechos.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto en Sala de Revisión, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El asunto que se debate

Como quedó dicho, Juan Carlos Corredor Palacios, residente en la ciudad de Bucaramanga, solicitó al Instituto de Seguros Sociales la sustitución pensional respecto de la pensión que en vida venía disfrutando el señor José Valdemar Sánchez Prada, fallecido en esa ciudad el 6 de julio de 2007, petición que esa entidad despachó desfavorablemente, aduciendo inicialmente que de la sentencia C-075 de 2007 no puede derivarse derecho a la pensión de sobrevivientes entre compañeros del mismo sexo; después, al resolver el recurso de reposición una vez expedido el fallo C-336 de 2008, argumentó que la unión marital de hecho entre compañeros homosexuales que daría lugar al reconocimiento del derecho pretendido no se acreditó debidamente en la forma prevista en esa sentencia, en concordancia con la C-521 de 2007.

Ante esta situación el tutelante alega la imposibilidad en que se encuentra para dar cumplimiento al requisito exigido, teniendo en cuenta el fallecimiento del señor Sánchez Prada, y el hecho de que la sentencia C-336 de 2008 que reconoce el derecho a la sustitución pensional entre compañeros homosexuales y establece el indicado requisito se produjo con posterioridad a ese deceso. Se plantea entonces si en este tipo de casos resultaría válido

aceptar pruebas diferentes a la hasta ahora reconocida por la jurisprudencia constitucional. De otra parte, y a partir de estas circunstancias, tanto el accionante (en la demanda y en la impugnación) como los otros ciudadanos que presentaron intervenciones *amicus curiae*, consideran que el principal aspecto que en este caso debe analizar la Corte es la situación de discriminación a que aquel estaría siendo sometido, resultando entonces secundario lo relativo a las reglas de cuyo cumplimiento depende el otorgamiento de la sustitución pensional.

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.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la solicitud y el reconocimiento de pensiones

Pese al eventual problema de discriminación a que se ha hecho referencia, del cual la Sala se ocupará en la oportunidad correspondiente, no puede perderse de vista que lo que en este caso pretende el tutelante es el reconocimiento de un derecho de carácter pensional. De allí que, previamente al análisis de fondo sobre el caso concreto, deba la Sala referirse a las circunstancias de las cuales dependería la procedencia de esta acción constitucional frente al caso concreto que ahora se decide.

Según lo prescribe el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que señale la ley. Por ello, se podrá acudir ante los jueces en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

Respecto del reconocimiento de derechos pensionales esta corporación ha señalado, de manera consistente y reiterada⁶, que la acción de tutela es en principio improcedente, regla que se aplica tanto al otorgamiento inicial de este derecho en sus distintas modalidades (pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes), como a las demás actuaciones a que posteriormente haya lugar, entre ellas las reliquidaciones de la mesada que conforme a la ley resulten procedentes, o la antiguamente llamada sustitución pensional, en caso de fallecimiento del titular o por otra causa legal.

⁶ Ver sobre este tema, entre muchas otras, y sólo entre los pronunciamientos de los dos últimos años, las sentencias T-640, T-681 y T-1042 de 2008, T-015, T-075, T-086, T-118 y T-121 de 2009.

Las razones que sustentan esa general improcedencia son dos, ambas de gran trascendencia: de una parte, la de tratarse de un derecho que en sí mismo no tiene el carácter de fundamental, pues por el contrario, la Constitución en su artículo 48 clasifica el derecho a la pensión dentro del grupo de los derechos sociales, económicos y culturales, y según lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2005, lo sujeta a “*los requisitos (...) establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones*”; de otra, el hecho de que en todos los casos la persona interesada dispone de una acción judicial apropiada para perseguir el reconocimiento de tales derechos (sea ante los jueces del trabajo o ante los contencioso administrativos), acciones que por la naturaleza del derecho pretendido no están sujetas a prescripción, lo que le sitúa por fuera de los supuestos constitucionales de procedencia de la acción de tutela, ya que de conformidad con el inciso 3° del artículo 86 superior “*esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial*”, es decir, está sujeta al principio de subsidiariedad.

Sin embargo, no es menos cierto que, de manera igualmente unánime y reiterada, se ha reconocido también que la tutela es excepcionalmente procedente para estos propósitos, frente a circunstancias así mismo excepcionales, como sería la existencia de un vínculo directo entre el derecho pensional pretendido y el disfrute efectivo de uno o más derechos fundamentales, o la insuficiencia del medio judicial ordinario para proteger ese derecho de manera oportuna y eficaz, vista la especial y particular situación, usualmente de debilidad manifiesta, en que se encuentra la persona interesada, en especial si se está afectando su mínimo vital. En todos estos casos la procedencia de la tutela frente a este tipo de dificultades requiere la adecuada comprobación de los supuestos, extremos e inusuales, que la justifican.

Esas reglas de improcedencia general y procedencia excepcional han sido resumidas y sustentadas por esta corporación de la siguiente manera:

“Los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal - que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

En efecto, ante este tipo de situaciones excepcionales, el conflicto planteado puede trascender el nivel legal para convertirse en un problema de rango constitucional, por lo que el juez de tutela está obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.”⁷

La mayoría de los casos en los que el juez constitucional ha admitido la procedencia de la tutela frente al reconocimiento del derecho a la pensión encuadran en alguna de las dos hipótesis antes referidas, o simultáneamente en ambas, pues normalmente se trata de situaciones en las que se encuentra en comprobado peligro el mínimo vital de la persona interesada, y eventualmente el de otras personas que dependen económicamente de ella, eventos en los cuales no resulta tolerable la espera relativamente prolongada que supone el ejercicio de los medios judiciales ordinarios, razón por la cual éstos se tornan insuficientes frente al caso concreto. En estos casos la tutela procede, generalmente como mecanismo transitorio, siendo necesario entonces que el demandante ejerza paralela o posteriormente la otra acción procedente, y aún más excepcionalmente como protección definitiva, cuando la claridad del asunto y las circunstancias particulares del caso así lo justifican.

De otra parte, también ha destacado la Corte que para considerar procedente la tutela para el reconocimiento de derechos pensionales que son perseguibles mediante otras vías procesales, es necesario que la situación fáctica relativa a la titularidad del derecho sea suficientemente clara, esto es, “*que no exista controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho*”.⁸

Así las cosas, se reitera que la acción de tutela es generalmente improcedente como mecanismo directamente encaminado al reconocimiento de un derecho pensional, y que su procedencia, siendo excepcional, depende de la debida acreditación de las circunstancias, así mismo extraordinarias, que la doctrina de esta corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos.

4. Los derechos reconocidos a las parejas integradas por dos personas del mismo sexo

Tal como lo han señalado en este caso tanto el actor como los jueces de instancia y los terceros intervinientes, en años recientes tuvo lugar en esta corporación un cambio de jurisprudencia, producto del cual se han reconocido a las parejas homosexuales ciertos derechos en circunstancias análogas a los que, dentro del marco de la Constitución y la Ley, se reconocen a los integrantes de parejas heterosexuales.

7 Sentencia T-076 de 2003 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), reiterada en múltiples oportunidades, entre las más recientes en las sentencias T-1042 de 2008, T-118 y T-121 de 2009.

8 Cfr. sentencias T-878 de 2006 y T-118 de 2009 (en ambas M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

4.1. El referido viraje jurisprudencial tuvo su inicio en la sentencia C-075 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil)⁹, la cual se pronunció sobre la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, con las reformas permanentes introducidas por la Ley 979 de 2005. En esa ocasión la Corte Constitucional realizó un estudio integral sobre la validez constitucional de las disposiciones de las dos leyes antes mencionadas, a propósito del hecho de que los artículos 1° y 2° de la primera de ellas restringieran, desde sus definiciones, las figuras de la *unión marital de hecho* y de la *sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*, a la unión conformada por un **hombre** y una **mujer**, dejando implícitamente de lado, desprovistas del efecto protector otorgado por estas leyes, a las uniones permanentes conformadas por dos personas del mismo sexo.

Al abordar este tema la Corte encontró que si bien la Constitución protege la autonomía personal y la diversidad de preferencias sexuales y proscribiera cualquier forma de discriminación determinada por estas circunstancias, lo que resguarda adecuadamente los derechos de las *personas* homosexuales, no existía realmente un reconocimiento jurídico de las *parejas* homosexuales, las cuales en tanto tales, estaban entonces privadas de toda consecuencia generadora de derechos. Observó también la Corte que esa ausencia normativa inducía a los integrantes de parejas homosexuales a regular sus relaciones jurídicas mediante figuras diseñadas para otro tipo de situaciones, entre ellas la de la sociedad de hecho, lo que a su turno planteaba un obstáculo o al menos un desestímulo para el pleno y libre ejercicio de tales preferencias.

Frente a lo anterior la sentencia C-075 de 2007 señaló que si bien no resulta constitucionalmente imperativo que por Ley se conceda a las parejas homosexuales exactamente el mismo grado de protección jurídica que se otorga a las heterosexuales, pues el legislador es autónomo para definir los alcances de dicha protección, pueden existir espacios específicos en los que la exclusión de las primeras del goce de determinados derechos reconocidos a las segundas implique lo que allí se denominó un *déficit de protección* en contra de aquéllas. En todo caso, el mismo fallo reconoció también que en virtud de las innegables diferencias fácticas existentes entre los dos tipos de pareja, no toda diferencia normativa entre ellas resulta inadmisibles, aunque sí sería en principio sospechosa. En suma, podría entonces considerarse válido que frente a determinadas situaciones el legislador establezca reglas diferentes para cada tipo de pareja, siempre que para el caso exista un criterio de razón suficiente que justifique de manera satisfactoria la distinción introducida¹⁰.

A partir de los anteriores criterios, y teniendo en cuenta que las personas integrantes de parejas homosexuales afrontan al terminar la cohabitación el mismo peligro de desprotección patrimonial que normalmente experimentan en ese mismo escenario las parejas heterosexuales, perspectiva que en su

9 Con salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería y aclaraciones de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla y del mismo Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, estos tres últimos de manera conjunta.

10 Como sustento de estas conclusiones se citaron, entre otras, las sentencias T-097 de 1994, C-098 de 1996 y C-1043 de 2006 de esta corporación.

momento dio lugar al establecimiento de la Ley 54 de 1990, encontró la Corte que la no consideración de las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo como beneficiarias de la protección jurídica resultante de las figuras denominadas *unión marital de hecho* y *sociedad patrimonial entre compañeros permanentes* carecía de razón suficiente, y en esa medida resultaba discriminatoria frente a las parejas homosexuales y sus integrantes. En consecuencia, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 entonces demandada, “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*”.

4.2. Meses después, mediante la sentencia C-336 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández)¹¹ se decidió una nueva demanda contra varias normas de carácter legal, que consecuentemente excluían a las parejas homosexuales de ciertos beneficios jurídicos reconocidos a las parejas permanentes. Frente a dos de tales normas la Corte dispuso estarse a lo resuelto en previas decisiones de constitucionalidad, y centró su análisis en la expresión “*la compañera o compañero permanente*”, varias veces incluida en el texto de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, relacionados con el derecho a obtener la pensión de sobrevivientes, preceptos ambos modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En este caso los actores apoyaron su demanda de manera determinante en el precedente sentado por esta Corte a partir de la sentencia C-075 de 2007, que aquí ha sido ampliamente explicado, y concretamente en el reconocimiento que en esa oportunidad se dio respecto de la posibilidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo sean beneficiarias de la protección relacionada con la “*sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*” establecida en la Ley 54 de 1990.

De igual manera la Corte, para resolver sobre lo planteado, comenzó por rememorar esa misma línea jurisprudencial, con ocasión de lo cual se refirió al concepto de Estado social de derecho, a la dignidad humana como principio fundante del mismo, al derecho a la igualdad y la prohibición de los tratos discriminatorios y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, conceptos todos determinantes para el análisis de los derechos hasta entonces reconocidos a los integrantes de parejas del mismo sexo. Igualmente analizó varios pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en los cuales se protege a personas homosexuales frente a situaciones consideradas discriminatorias, resaltando que, tanto a ese nivel como dentro de Colombia, la prohibición de discriminación “*por razones de sexo*” comprende también la discriminación derivada de la orientación sexual.

Posteriormente, y a propósito del contenido de las normas demandadas en ese caso, la Corte realizó una completa reflexión sobre el propósito y sentido de la pensión de sobrevivientes, antiguamente denominada sustitución pensional, resaltando los valores constitucionales que esta institución pretende

¹¹ Con sendos salvamentos de voto, desde distintas perspectivas, de los Magistrados Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla

resguardar. Recordó después, en plena concordancia con la jurisprudencia antes reseñada, que el derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto como los demás beneficios del sistema de seguridad social, es de carácter prestacional, aun cuando por excepción puede ser considerado fundamental.

En la misma línea, analizó la Corte los alcances del margen de configuración normativa de que goza el legislador en relación con esta materia, resaltando que si bien éstos son relativamente amplios, no puede llegarse al extremo de ignorar los criterios mínimos que conforme a los preceptos constitucionales aplicables¹² inspiran el sistema de seguridad social como son, entre otros: (i) su carácter de derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional; (ii) el hecho de tratarse de un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado; (iii) la posibilidad de que sea prestado tanto por entidades públicas como por personas particulares; (iv) el sometimiento del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (v) el principio de sostenibilidad financiera.

A propósito de estos límites, y en especial del que ha quedado referido en primer lugar, resaltó la Corte que el legislador no puede entonces incorporar en las normas que desarrollen los servicios de la seguridad social, y entre ellos la pensión de sobrevivientes, distinciones de carácter discriminatorio que limiten el acceso a estos servicios, por lo que toda regla basada en uno de los determinados criterios sospechosos (entre ellos el *sexo*, y como ha quedado dicho, la *orientación sexual*), debe ser objeto de un examen de constitucionalidad riguroso y exigente.

Con base en estas consideraciones concluyó esta corporación que, también en este caso, existía un déficit de protección en contra de la población homosexual, ya que la poca claridad de la norma legal que establece el derecho a la pensión de sobrevivientes daba lugar a que en la práctica se negara este beneficio al compañero(a) supérstite del mismo sexo que la persona fallecida, a partir de la presunción de que las parejas cuyos integrantes tienen derecho a esta pensión son sólo aquellas conformadas por un hombre y una mujer. Por lo anterior, se declaró entonces la exequibilidad condicionada de las normas demandadas *“en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo”*.

En esta sentencia, y teniendo en cuenta que no existe norma que regule la forma en que los compañeros del mismo sexo deben acreditar la convivencia permanente que les daría derecho al beneficio esclarecido en este fallo, la Corte planteó entonces un criterio probatorio al respecto. Para estos efectos se apoyó en una regla para entonces recientemente establecida (sentencia C-521 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández)¹³, por la cual esta corporación declaró inexecutable la exigencia contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 sobre convivencia mínima de los compañeros por más de dos años para tener derecho a hacer parte del grupo familiar de beneficiarios del Plan

12 Art. 48 de la Constitución Política con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005.

13 Con salvamento de voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

Obligatorio de Salud. La necesidad de esta regla fue sustentada por la Corte en la siguiente forma:

“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, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.”

Así las cosas, la Corte señaló que para que una pareja del mismo sexo pueda tener derecho a la pensión de sobrevivientes ocurrida la muerte de uno de ellos, es necesario que tales personas, durante el tiempo de su convivencia, acudan a un notario con el fin de dejar pública constancia sobre la existencia de la pareja que conforman, que es precisamente el hecho que posteriormente justificará el derecho que la sentencia C-336 de 2008 les confiere.

4.3. Antes y después de la sentencia reseñada en el punto anterior, la Corte ha emitido al menos tres fallos más de constitucionalidad en los que, en aplicación de esa misma línea jurisprudencial, se ha declarado la exequibilidad condicionada de diversas normas legales para precisar que en los casos en que se hable de compañeros permanentes deberán siempre tenerse como tales a las personas del mismo sexo que integran parejas estables, en condiciones semejantes a las personas heterosexuales. Se trata de las sentencias C-811 de 2007 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) en la que esa decisión se adoptó respecto de las normas de la Ley 100 de 1993 que señalan los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud, C-798 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) acerca de las disposiciones que tipifican el delito de inasistencia alimentaria y C-029 de 2009 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), en la cual la Corte decidió sobre más de 20 normas de carácter legal de muy diverso contenido, incluyendo disposiciones sobre obligaciones recíprocas, varios tipos penales, normas sobre inhabilidades para el acceso a cargos públicos o para celebrar contratos con el Estado, normas sobre beneficios sociales, etc.¹⁴.

4.4. Recapitulando lo expuesto en los puntos anteriores, destaca esta Sala que la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones en cabeza de

¹⁴ Todas estas sentencias tuvieron también el salvamento de voto del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, quien obra como ponente de la presente decisión, así como salvamentos o aclaraciones parciales de los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Catalina Botero Marino.

los integrantes de parejas no casadas¹⁵, pero que resultaban o parecían redactadas sólo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicán, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo.

Significa lo anterior un importante reconocimiento, a esta altura de muy extenso alcance, a los derechos de las personas homosexuales, no apenas en su dimensión personal e individual, reconocida desde épocas muy anteriores, sino desde la perspectiva de la pareja conformada por dos personas del mismo sexo, faceta que como acertadamente lo resaltó esta corporación en la sentencia C-075 de 2007, estuvo hasta hace poco desprovista de todo reconocimiento normativo o jurisprudencial.

Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir los heterosexuales.

Así las cosas, resalta la Sala que el reconocimiento de prestaciones o derechos específicos en cabeza de estas personas está sujeto a los mismos requisitos que conforme a las normas aplicables resultan exigibles frente a la generalidad de las personas, de los cuales no podrán ser exonerados únicamente en atención a su condición de homosexuales. Es precisamente este el estándar a cuya preservación y defensa apunta la jurisprudencia constitucional aquí reseñada.

5. La necesidad de acreditar una relación de compañeros permanentes como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes

Frente a las conclusiones vertidas en el punto 4.4 inmediatamente anterior, destaca la Sala, aunque es apenas evidente, que el primero de los requisitos de los cuales depende la concreción de cada una de las situaciones benéficas (así

¹⁵ La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que “*la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla*”, consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

como de las cargas y demás consecuencias jurídicas) que las leyes establecen respecto de las parejas no casadas, y a partir de los pronunciamientos de esta Corte de las parejas del mismo sexo, es la efectiva existencia de una **pareja**, es decir una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia. Para estos efectos puede también considerarse pareja el concepto que la Ley 54 de 1990 establece respecto de la llamada *unión marital de hecho*, esto es, la unión de dos personas¹⁶ *que sin estar casadas, hacen una comunidad de vida permanente y singular*.

Insiste entonces la Sala en que tales situaciones se predicen exclusivamente de la **pareja** y de sus integrantes, por lo que para estos efectos no basta apenas la convivencia de dos personas bajo un mismo techo, hecho que puede obedecer a muy distintas situaciones sociales que no tienen la particular connotación a que se ha hecho referencia, ni justifican el reconocimiento de los distintos derechos que el legislador y esta Corte le han otorgado a los *compañeros permanentes*, a partir de la igualdad de derechos establecida en el artículo 42 superior, y atendida la gran semejanza fáctica existente entre la relación que los une y el especial vínculo que ata también a los cónyuges¹⁷. La necesaria existencia de una **pareja**, o en los términos de la Ley 54 de 1990, de una *unión marital de hecho*, subyace en todos los eventos en que las normas tengan como sujeto de derechos u obligaciones al *compañero o compañera permanente*, pese a que este aspecto no haya sido expresamente mencionado en todos los casos en los que esta corporación, y en general los jueces, resuelven situaciones atinentes a ellos.

En algunos casos, pero siempre dentro de esta misma línea, las leyes exigen además que se acredite un determinado tiempo mínimo de convivencia, o lo que es lo mismo, que algunos de los derechos que nacen de la existencia de la unión marital no se generen sino después de transcurrido un tiempo específico desde el inicio de la convivencia¹⁸.

Así por ejemplo, para el caso concreto de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un pensionado, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 previeron la necesidad de que los compañeros permanentes, e incluso los cónyuges, hubieren convivido con el fallecido “*no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte*”, exigencia que sin duda apunta en la misma dirección antes indicada, en el sentido de que debe existir entre el fallecido y el sobreviviente un vínculo real, particular y exclusivo, el que caracteriza las relaciones de **pareja**, que habilita a este último para

16 Se habla de *dos personas* y no de *un hombre y una mujer* (como lo establece el texto legal) precisamente en desarrollo de lo decidido por esta corporación mediante la sentencia C-075 de 2007.

17 La sentencia C-098 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) contiene en su fundamento 4.2 una reflexión sobre las diferencias existentes entre una *unión marital de hecho* y otras posibles situaciones de convivencia entre dos o más personas bajo un mismo techo, a partir de las cuales se explica por qué no se extienden a ese tipo de eventos las regulaciones contenidas en la Ley 54 de 1990 y en las demás normas sobre el mismo tema que posteriormente se han expedido.

18 Por ejemplo los resultantes de la *sociedad patrimonial entre compañeros* (Arts. 2° de la Ley 54 de 1990 y 1° de la Ley 979 de 2005) o los de la inclusión en el grupo familiar del *Plan Obligatorio de Salud* (artículo 163 de la Ley 100 de 1993, declarado inexecutable en lo relativo a esta exigencia, mediante sentencia C-521 de 2007).

hacerse acreedor a esta prestación. Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 incrementó el requisito de convivencia continua y previa al fallecimiento a cinco (5) años, regla que al menos en el caso del artículo 47 ha sido ya examinada por esta Corte y encontrada acorde a la Constitución¹⁹ en cuanto constituye un mecanismo legítimo para evitar las convivencias de última hora con personas que estarían próximas a fallecer, pues en ese caso no se observa claramente esa particular relación de afecto y solidaridad entre los dos sujetos, y además podrían facilitarse las uniones fraudulentas motivadas apenas por la expectativa de poder obtener esta prestación.

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

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

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

19 Sentencia C-1094 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

La Sala no comparte este entendimiento y no puede obviar la necesidad de dar cumplimiento a este requisito, por varias importantes razones: Una de ellas es el hecho de que fue la Sala Plena de esta corporación la que al analizar la posible inexecutable de las normas que establecen el derecho a la pensión de sobrevivientes, esclareció que éste debe reconocerse a los compañeros del mismo sexo, siempre que acrediten su condición de pareja en la forma indicada en la sentencia C-521 de 2007, circunstancia que impide a una Sala de Revisión variar ese criterio²⁰. A lo anterior se suma el considerar que la exigencia de este requisito es necesaria, además de plenamente justificada, frente a las circunstancias particulares que esta específica situación plantea, tal como pasa a explicarse.

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

De otro lado, si bien es cierto que cualquier revelación de estas circunstancias supone también una innegable e inevitable afectación al derecho a la intimidad de las personas interesadas, aquella puede entenderse justificada en la necesidad de acreditar de manera suficiente los supuestos de los cuales depende la titularidad de los derechos que la situación asumida genera. Adicionalmente, resalta la Sala la gran dificultad existente para reconocer derechos derivados de este tipo de relaciones cuando una de las personas que la conformaba ha fallecido, sin reconocerlo ni dejar prueba de ello.

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

Considérese también que, si bien la diligencia requerida ciertamente supone la voluntaria declaración ante el funcionario notarial de hechos que pertenecen a

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

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

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

Finalmente, frente a las objeciones planteadas en torno a la igualdad para las parejas del mismo sexo respecto de los requisitos normalmente exigidos a las parejas heterosexuales para la obtención de la pensión de sobrevivientes, debe la Corte anotar que si bien no existe norma ni pronunciamiento judicial que exija que en este caso se adelante también la indicada diligencia²¹, no entiende que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones sociales y personales que, según lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual.

Así las cosas, la Sala de Revisión ratifica la necesidad de que para que una persona pueda reclamar, dentro del marco de lo decidido en la sentencia C-336 de 2008, el derecho a la pensión de sobrevivientes frente al fallecimiento de un compañero permanente del mismo sexo, 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.

6. Los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008

Presentado el estado de la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos reconocidos a los integrantes de parejas homosexuales, es necesario resaltar que la pretensión del actor se deriva directamente de la decisión de exequibilidad condicionada contenida en la sentencia C-336 de abril 16 de

²¹ En este caso se aplicaría lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994.

2008, que abrió las puertas al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes a las personas integrantes de parejas del mismo sexo.

Teniendo en cuenta que este pronunciamiento se produjo cuando estaba ya en curso la actuación administrativa mediante la cual el actor solicitó al Instituto de Seguros Sociales dicho reconocimiento, la referida sentencia fue mencionada en la resolución 1983 de junio 17 de 2008 que resolvió sobre el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, y posteriormente, tanto la apoderada del demandante como los terceros intervinientes han formulado diversas interpretaciones sobre los efectos en el tiempo de esa decisión y del requisito allí establecido sobre comprobación de la convivencia como pareja del mismo sexo.

Sin embargo, para esta Sala es claro que esa decisión de constitucionalidad sólo tiene efectos hacia futuro, a partir de la fecha de su pronunciamiento, precisión que se deriva de lo establecido en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*, como también de lo planteado a este respecto por esta misma corporación en las sentencias C-113 de 1993 (M. P. Jorge Arango Mejía) y C-037 de 2006 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

A propósito de la posibilidad de que la Corte Constitucional decida darle a una de sus sentencias un efecto diferente, bien sea retroactivo o ultra-activo, según las pautas que en cada caso se establezcan, es evidente que en el caso que se comenta la Corte no hizo uso de esta facultad, pues ni en la parte motiva ni en la resolutive existe ninguna referencia a este respecto. Tampoco se encuentra indicación alguna en este sentido en el texto del auto A-163 de 2008, por el cual la Sala Plena resolvió sobre una solicitud de aclaración de esta sentencia, presentada por varios ciudadanos. El silencio de estas providencias respecto a este tema es claramente elocuente, en vista de la existencia de la facultad a que se ha hecho referencia y del hecho de que esta corporación la ha ejercido en un buen número de oportunidades²². Así las cosas, es forzoso concluir que en este caso se sigue la regla general de efectos únicamente hacia el futuro.

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

²² Entre ellas en todos los casos citados, en varias de las intervenciones ciudadanas reseñadas, como antecedente que justificaría reconocer en estos casos y por vía de tutela, efecto retroactivo a lo decidido mediante sentencia C-336 de 2008, esto es, los casos resueltos mediante las sentencias C-309 de 1996, C-482 de 1998, C-464 y C-1126 de 2004.

producido con posterioridad a la expedición de dicha providencia, la cual tuvo lugar el 16 de abril de 2008.

7. Caso concreto

El ingeniero Juan Carlos Corredor Palacios presentó esta acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por cuanto esa entidad le negó el derecho a la pensión de sobrevivientes derivado del fallecimiento del médico cirujano pediatra José Valdemar Sánchez Prada, de quien afirma haber sido compañero permanente por espacio de más de 26 años. Esta negativa y su posterior confirmación se produjeron pese a que el interesado allegó, como prueba de la alegada convivencia, dos declaraciones extra-juicio emitidas con posterioridad al fallecimiento del señor Sánchez Prada.

Desde este punto advierte la Sala que, con apoyo en las consideraciones vertidas en los puntos anteriores, no resulta procedente acceder al amparo solicitado para el señor Corredor Palacios. Las razones que justifican esta negativa, de cara al caso concreto, pueden sintetizarse así:

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.

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. No obstante, la Sala considera pertinente e ilustrativo hacer en este punto una breve mención de ellas:

Tal como se expuso en páginas precedentes, es claro que la acción de tutela es en principio improcedente como mecanismo para obtener el reconocimiento del derecho a una pensión, y si bien la jurisprudencia ha reconocido la existencia de eventualidades que por excepción habilitan esta vía procesal para el logro de ese propósito, observa la Sala que ninguna de ellas concurre en el presente caso. Lo anterior es claro al recordar que el solo hecho de tratarse de una persona homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como esta, aunque sin duda, tal como la Corte tuvo oportunidad de precisarlo en la sentencia C-336 de 2008, tampoco debe implicar un obstáculo para la obtención de la referida pensión, siempre que se cumplan los requisitos de ley.

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.

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.

Por lo anterior, una vez atendidos los distintos asuntos que en este caso fueron planteados, con fundamento en tales reflexiones y sin necesidad de ulteriores razonamientos, la Sala confirmará la decisión negativa de segunda instancia.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

Primero: CONFIRMAR el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de mayo de 2009 que había confirmado el dictado por el Juzgado 5° de Familia de la misma ciudad el 30 de abril de 2009, en el sentido de **DENEGAR** la tutela solicitada.

Segundo: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Tercero: Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA T-911 de 2009

Referencia: expediente T-2.324.790

Acción de tutela interpuesta por Juan Carlos Corredor Palacios contra el Instituto de Seguros Sociales ISS.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura argumentativa mayoritaria de la Sala Séptima de Selección, el suscrito Magistrado procede a sustentar la presente aclaración de voto respecto de la sentencia T-911 de 2009.

2.- La sentencia en mención decidió en sede de revisión negar el reconocimiento de la sustitución pensional al demandante (*mortis causa*), respecto de la pensión que venía disfrutando su pareja del mismo sexo. Las razones aportadas por la mayoría fueron tres: (i) incumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales para que sea el juez de tutela el que decida de fondo sobre la solicitud, lo que desautoriza desplazar al juez laboral en dicha tarea; (ii) incumplimiento del requisito jurisprudencial de acreditación probatoria de la categoría de compañero permanente, consistente en la suscripción de una escritura pública ante notario, por mutuo consentimiento de los compañeros; y (iii) teniendo en cuenta que la solicitud en mención del actor se hizo con anterioridad (21 de septiembre de 2007) a la fecha de la sentencia C-336 de 2008 (16 de abril), que dispone la posibilidad de reconocimiento del derecho de sustitución pensional en el caso de parejas del mismo sexo, entonces no es posible aplicar dichos efectos en el presente caso pues ello implicaría adjudicarle efectos retroactivos a la mencionada sentencia de control de constitucionalidad, lo que resultaría contrario a las reglas generales de efectos en el tiempo de este tipo de sentencias.

3.- Los motivos de mi aclaración se resumen en que, estoy de acuerdo con la decisión consistente en negar el reconocimiento de la sustitución pensional al demandante, pero en mi opinión, el argumento (i) debió ser el único sustento de tal negativa. En efecto, aparte de que no había por qué desarrollar los argumentos (ii) y (iii), en tanto una vez verificada la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo principal no es necesario desarrollar análisis de fondo propios del juez ordinario, resultan dichos argumentos en la determinación de interpretaciones equivocadas - a mi juicio- de la jurisprudencia constitucional.

4.- A continuación precisaré los puntos anteriores. En primer término, considero contradictorio que en la parte motiva de la presente sentencia, se afirme –con razón- que el actor no cumple los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para que en sede de tutela se resuelva de fondo la solicitud de sustitución pensional, y a la vez se presenten razones de fondo por las cuales dicha sustitución no es procedente. Y, resulta contradictorio porque la conclusión derivada de lo primero es que corresponde al juez ordinario analizar las razones de fondo que justifiquen el reconocimiento o negativa de la solicitud, lo cual no parece posible en este caso pues la Corte ya hizo el mencionado análisis de fondo.

Si la Corte Constitucional, como *tribunal de cierre* en materia de tutela, encuentra que algún asunto debe ser resuelto por el juez ordinario en su correspondiente jurisdicción, carece de sentido que presente razones de fondo sobre el asunto, dirigidas a conceder o negar la solicitud. Como si simultáneamente se buscara que el estudio se haga en otra jurisdicción, pero en un sentido *pre-determinado* por la misma Corte. Esta situación vulnera el principio de independencia judicial, que tanto se ha tratado de preservar y desarrollar, para hacerlo

compatible, entre otros, con la jurisprudencia sobre la posibilidad constitucional de tutela contra providencias judiciales.

De igual manera se exceden las competencias del juez de revisión pues la Corte Constitucional, que no sólo está autorizada sino que ostenta el deber de pronunciarse en todos los conflictos jurídicos tramitados en sede de tutela en donde haya derechos fundamentales en juego, no lo está en cambio para orientar *ex profeso* a otros jueces sobre cómo fallar. Por supuesto, los jueces están obligados a dar cuenta de la jurisprudencia constitucional, pero son libres para interpretarla. Justamente, el hecho de que este Tribunal Constitucional pueda emitir sus propios fallos, incluso revocando excepcionalmente otros de otras jurisdicciones, indica que las competencias de revisión y unificación de jurisprudencia constitucional, no pueden confundirse con una labor de orientación entendida como remisión de casos para que sean fallados con base en preconceptos. La labor de orientación de esta Corte surge del deber de acatar su jurisprudencia y no de la imposición de patrones de decisión. Por ello en el presente caso –insisto–, pese a que se dijo que el juez ordinario no podía ser apartado y debía decidir el asunto, dicho juez parece no tener muchas opciones de análisis, en consideración a que el análisis ya se hizo, y ha quedado plasmado en una sentencia de revisión.

5.- Adicional a lo anterior, las razones de fondo aportadas por la mayoría para negar la solicitud del caso, incurren en varias imprecisiones. En relación con el incumplimiento del requisito presuntamente esencial y único para acreditar la condición de compañero permanente, consistente en elevar a escritura pública una declaración en dicho sentido, debo aclarar algunos puntos. Para empezar, la interpretación de la jurisprudencia constitucional cuya conclusión es que resulta necesario realizar una declaración ante notario, con el concurso de los miembros de la pareja homosexual, expresando la voluntad de conformar una unión marital, es una interpretación equivocada de los distintos pronunciamientos de la Corte, entre otras cosas porque es una interpretación restrictiva.

El argumento de la mayoría consiste en que, en 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, la Corte afirmó 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 (...)”*²³. Teniendo en cuenta la anterior afirmación, en sentencia C-336 de 2008, a propósito de la declaratoria de executable condicionada de algunos contenidos normativos relativos a derechos de los compañeros permanentes de parejas heterosexuales en el sentido de extender estos derechos a las parejas homosexuales, 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”*²⁴. Y en la parte resolutive de este mismo pronunciamiento se sostuvo que las normas que regulaban el derecho de sustitución pensional se declaraban executable *“en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.”*²⁵

²³ C-521 de 2007, fundamento jurídico 5.2.

²⁴ C-336 de 2008, fundamento jurídico 8.1.

²⁵ *Ibidem*, numeral primero de la parte resolutive.

De acuerdo a lo anterior, para la opinión mayoritaria, existiría una condición impuesta por la jurisprudencia constitucional, según la cual la única manera de acreditar la existencia de una pareja homosexual es mediante una escritura pública suscrita por sus miembros. Esta conclusión, es sin embargo errada. En primer lugar, porque es contraria a la esencia de la categoría jurídica del compañero(a) permanente, así como a la naturaleza de la figura de la unión marital. Ésta 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, entonces 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. Y, cuando la anterior consecuencia, que es equivocada, se aplica a un caso como el del derecho de sustitución pensional, cuyo presupuesto fáctico es precisamente la necesidad de probar la condición de compañero a partir del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, entonces se estaría planteando una situación imposible de demostrar, si es que la pareja no cumplió con el requisito probatorio presuntamente impuesto por la jurisprudencia antes del fallecimiento.

A su turno, la anterior situación, no solo no es coherente con el sentido jurídico de la figura de la unión marital, sino que además impone una carga desproporcionada en cabeza de las parejas homosexuales. Esta carga, que no la tienen las parejas heterosexuales, supone que la pareja homosexual produce efectos jurídicos sólo a partir de la suscripción formal del requisito, tal como el matrimonio produce efectos sólo a partir de su celebración.

Quiero insistir en que en el caso de las parejas heterosexuales esto no resulta así. No existe norma alguna hasta el momento en nuestro ordenamiento, que imponga como único y necesario 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 (art. 2º Ley 54 de 1990), para fines de adopción la inscripción del(a) compañero(a) en las cajas de compensación, declaración ante notario, registro civil de nacimiento de los hijos de los compañeros (parágrafo art. 124 Código de Infancia y Adolescencia), para efectos de la pensión la inscripción del(a) compañero(a) en el

registro de la entidad administradora (art. 11 D.1889 de 1994), entre otros. 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 compañeros²⁶. 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.

Ahora bien, de acuerdo a lo expresado la regla general consiste entonces, en que la certeza jurídica de la calidad de compañeros permanentes se configura mediante la suscripción de una escritura pública ante notario o un acta de conciliación o una sentencia judicial (art. 2° Ley 54 de 1990); y tratándose de seguridad social en pensiones 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 conformidad con lo anterior, no parece haber suficientes razones jurídicas en la regulación del manejo probatorio de la demostración de la existencia de una unión marital, para concluir que es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de tal condición, 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, **1.** escritura pública ante notario, **2.** acta de conciliación, **3.** sentencia judicial, **4.** inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones, y **5.** por cualquier medio probatorio previsto en la ley.

Por ello, tal como lo anticipé, la interpretación de la Corte a este respecto no puede ser la que se ha acogido en la presente sentencia. No es de esperarse que la Corte Constitucional decida, sin hacer un profundo y concienzudo test de igualdad, que las parejas homosexuales sólo tienen una forma de acreditar su existencia, para efectos de reclamar los derechos correspondientes. Mientras, los compañeros permanentes pertenecientes a parejas heterosexuales cuentan con un amplio espectro de medios de acreditación probatoria. Por ello, lo afirmado en las sentencias C- 521 de 2007 y C-336 de 2008, tiene una cualidad hermenéutica distinta a la que se ha afirmado. Veamos.

Si bien en sentencia C-521 de 2007, independientemente de mi posición particular manifestada en su momento en mi salvamento de voto²⁷, se encuentra

²⁶ 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.

²⁷ Al respecto del requisito analizado manifesté lo siguiente en mi salvamento a la sentencia C-521 de 2007: *“Finalmente, en relación con lo anterior cabe anotar que la mayoría de la Sala Plena consideró desproporcionado el requisito de los mencionados dos años, pese a que éste no implicaba en realidad carga alguna adicional, luego no configuraba trato discriminatorio para la figura del compañero permanente. Pero, sí aseveró que la condición de compañero(a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario y con la comparecencia de quienes conforman la pareja. Requisito que antes de la presente sentencia no se encontraba estipulado de esta manera, pues la modalidad descrita era una de varias mediante las cuales se podía suscribir la declaración en cuestión. Por ejemplo, ya no será válida la declaración en el sentido referido ante la autoridad en salud, sino que en cumplimiento*

consignada en la parte motiva la afirmación según la cual *“la condición de compañero(a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario”*, se debe tener en cuenta el contexto en el que la Corte realizó la mencionada aseveración.

Dicho contexto es el siguiente: el problema jurídico analizado consistió en responder a la pregunta de si resultaba un requisito desproporcionado la exigencia de dos (2) años de convivencia a una pareja (heterosexual), para que alguno de sus miembros inscribiera al otro como beneficiario en salud, teniendo en cuenta entre otras cosas, que la regulación civil sólo exigía dicho requisito para otorgar efectos de sociedad patrimonial a la unión marital. La Corte en efecto consideró que era desproporcionado y en la reflexión final, en el fundamento jurídico número 5, hizo referencia a que en algunas intervenciones de entidades estatales en el asunto discutido, se habían planteado reservas sobre los efectos de la inexecutable del requisito en cuestión. Éstas, consistían en que presuntamente la eliminación de la exigencia mediante la inexecutable solicitada en la demanda podría dar lugar al abuso de algunos cotizantes, en el sentido incluir como beneficiarios en condición de compañeros a personas que en realidad no ostentaban tal calidad, *“generándose una especie de ‘carrusel’ que podría hacer insostenible económicamente el sistema.”*²⁸

En el párrafo siguiente la Corte recuerda que a todo tipo de actuación administrativa y entre particulares, tal como la de la inscripción de un beneficiario en salud, debe mediar el respeto por el principio constitucional de buena fe (art. 83 C.N); y recalca que su incumplimiento puede dar lugar a sanciones. Como es obvio, el incumplimiento al que se refiere este argumento es el del usuario que pretenda realizar un *‘carrusel’* en el sentido señalado.

Luego, en el párrafo inmediatamente posterior, que es el último de la motivación de la providencia en mención, se afirma 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; por lo tanto el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento.”*²⁹ Por supuesto la anterior afirmación la hizo la Corte a propósito de los casos en que los usuarios efectivamente pretendan incurrir en un *‘carrusel’* de inscripciones. En otras palabras, la Corte consideró que ante situaciones que generen duda sobre si el beneficiario en calidad de compañero, ostenta o no tal condición, resulta pertinente utilizar modalidades de acreditación de la existencia de la unión marital cuya defraudación acarree consecuencias sancionatorias, plenamente justificadas en razón a que el usuario se habría aprovechado de la

de lo afirmado por la Corte en esta sentencia se deberá acudir al notario. Surge pues la pregunta de si, más bien es esta determinación de la Corte, la que podría configurar una carga adicional a la figura del compañero(a) permanente, respecto de la del cónyuge.”

²⁸ C-521 de 2007 (fj # 5)

²⁹ *Ibidem*

presunción de buena fe que enmarca este tipo de actuaciones. Una de las varias fórmulas que cumple con esta expectativa de la Corte, en atención a la preocupación de los entes estatales al respecto, es la declaración ante notario.

Por la razón expuesta la Corte hizo mención a esta modalidad de acreditación probatoria, sin que ello signifique la implantación jurisprudencial de un requisito que no está en la ley y que resulta completamente contrario a la regla general probatoria en estos casos, según lo he explicado más arriba. De otro lado, aquella interpretación en que la Corte supuestamente impone el requisito referido en todos los casos, resulta restrictiva en relación con los derechos de los compañeros y con el acceso a las garantías de seguridad social. Y, es también contraria a la lógica, porque si el(la) cotizante pretende afiliarse en calidad de beneficiarios no solo a su compañero(a) sino a los hijos que tiene con éste(a), por ejemplo, y para ello se le solicita el registro civil de nacimiento de los menores, en dicho caso carecería por completo de sentido exigir también la escritura pública. Ello ratifica la conclusión según la cual la Corte aludió a la necesidad de acudir al notario para demostrar la existencia de la unión marital, no en todos los casos, sino en aquellos en que se advierta uso inadecuado de la figura de los beneficiarios en calidad de compañeros.

La perspectiva anterior debe ser igualmente aplicada al análisis de la sentencia C-336 de 2008; en consecuencia, como bien se plantea en fundamento jurídico número 8 de ésta, respecto de las parejas heterosexuales en lo relativo a la pensión de sobrevivientes, resultan “*extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo*”. Pero, ello en el contexto que se acaba de explicar, pues se insiste en que la Corte no pretendió imponer un único y necesario requisito para acreditar la condición de compañero, ya que sería contrario a la Constitución y las normas legales y reglamentarias que regulan el tema, según lo he explicado. Entonces, la afirmación consignada a continuación en la citada C-336 de 2008, según la cual “*a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición, para lo cual deberán acudir ante un notario*”, debe interpretarse de igual manera, referida a que lo propio se debe hacer sólo cuando existan dudas sobre si el beneficiario ostenta o no la categoría de compañero, o pretende defraudar al sistema. Esta interpretación se confirma en el párrafo siguiente de la C-336 de 2008, mediante la afirmación de que cuando se acuda al notario la declaración se entenderá bajo juramento y la falsedad o fraude en la misma acarreará consecuencias jurídicas negativas.

Más claro aún resulta lo consignado en la parte resolutive de la referida sentencia C-336 de 2008, en la que se afirma que las normas que otorgan derechos a los compañeros permanentes de parejas heterosexuales en materia de seguridad social son exigibles en el entendido que estos efectos se concederán también a las parejas homosexuales, cuya condición de compañero deben acreditar en los términos de la sentencia C-521 de 2007. Y, en mi opinión es claro que los términos de la sentencia C-521 de 2007, están referidos a la posibilidad de exigir la declaración ante notario como prueba de la existencia de una unión marital, en los eventos en que exista duda sobre si quien pretende ser inscrito como beneficiario en seguridad social no ostenta realmente la calidad de compañero

permanente. Pero, esta sentencia, como lo he afirmado varias veces, no establece una obligación en dicho sentido.

En conclusión, no es posible afirmar que las distintas aseveraciones en la jurisprudencia constitucional analizada, tienen como consecuencia que sólo es posible acreditar la existencia de una pareja homosexual, mediante la declaración ante notario. Con el agravante, como en el presente caso, de establecer como premisa complementaria aquella que dice que los derechos de que son titulares los miembros de dicha pareja sólo se podrán reconocer ante el cumplimiento de tal requisito. Lo anterior no solamente vulnera el principio de igualdad, en consideración a que la regulación del asunto permite concluir que una pareja heterosexual tiene múltiples alternativas probatorias, sino que además contradice el artículo 11 del decreto 1889 de 1994, que de manera especial regula el asunto en el caso de pensiones, y según el cual se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora, e igualmente se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley. Frente a lo anterior, no se puede olvidar que el sentido de la sentencia C-336 de 2008, fue hacer extensivos los efectos jurídicos en materia de seguridad social de la categoría de compañero(a) permanente perteneciente a una pareja heterosexual, a los compañeros(as) de las parejas homosexuales. Y, no parece haber muchas razones para aplicar el reglamento en mención solamente a unas parejas y no a las otras.

6.- De otro lado, la sentencia de cuya motivación me he apartado, considera que como el actor solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional con anterioridad (21 de septiembre de 2007) a la fecha de la sentencia C-336 de 2008 (16 de abril), no es posible aplicar los efectos de dicha sentencia en el presente caso pues ello implicaría adjudicarle efectos retroactivos a la última. El efecto de la sentencia en mención consiste justamente en la posibilidad de reconocimiento del derecho de sustitución pensional a miembros de parejas del mismo sexo. Sobre esto es imperativo explicar que el anterior argumento confunde los efectos retroactivos y los efectos retrospectivos, por lo cual llega a una conclusión errada respecto de la aplicación de la sentencia de control al caso concreto. Paso a la explicación respectiva.

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.”*³⁰ Una interpretación sistemática de las normas reseñadas³¹

³⁰ T-389 de 2009. Fundamento jurídico número 13

³¹ *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 inexecutable 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 executable 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.”

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, y (ii) siempre que la sentencia (o la norma) no dispongan otro efecto temporal, esto es, que quien produce la providencia o la disposición normativa tiene *prima facie*, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

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

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

En el caso concreto, para la fecha de la sentencia cuyos efectos se niega aplicar, el proceso de solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes estaba en curso, pues no se había agotada la vía administrativa para la reclamación. De hecho, tal como lo advierte la sentencia, en la discusión trabada en la etapa de la resolución del recurso de reposición, se hace alusión a la alternativa de aplicar los efectos de la sentencia C-336 de 2008, al presente caso. De conformidad con esto, no resultaba acertado afirmar en el caso *sub judice* que aplicar los efectos de la sentencia de control en cuestión implicaba otorgarle efectos retroactivos a la misma, ya que no existe ninguna situación jurídica consolidada respecto de la solicitud del actor, que deba excluirse de los nuevos efectos derivados del pronunciamiento judicial de constitucionalidad.

7.- Por último, encuentro pertinente aclarar mi posición frente al contenido de algunas afirmaciones consignadas en la parte motiva de esta sentencia. El sentido de mi aclaración tiene como fundamento, la idea de que las construcciones

interpretativas de la Corte Constitucional tienen incidencia importante e inmediata en la configuración de la representación que la comunidad se hace del alcance de la Constitución y de sus derechos. En esa medida, surge una responsabilidad determinante en cabeza de esta Corporación, consistente en evitar el desarrollo de nociones o conceptos que desborden la autoreferencia a las normas constitucionales que debe tener la labor hermenéutica de los jueces de esta Corte. De este modo, la figuración que la ciudadanía colombiana erige sobre lo que el contenido de la Constitución es capaz de hacer (mantener o transformar), tiene como punto de partida obligado las afirmaciones de los jueces constitucionales.

De este modo, las interpretaciones diseñadas por la Corte están llamadas a responder a la estructura racional de la argumentación jurídica, cuyo pilar primordial, junto a la coherencia, es la pretensión de objetividad. Esta metodología resulta vital en discusiones de una elevada índole constitucional, como lo relativo a los derechos de los homosexuales. Discusiones caracterizadas por el agotamiento de razones normativas, con la consecuente necesidad de acudir a razones extrajurídicas (por fuera del texto literal de los principios constitucionales), que logren por ejemplo dar cuenta de alguna posición definitoria sobre la homosexualidad o la noción de familia. Definiciones, a su vez, que difícilmente pueden concretarse únicamente con textos legales. Luego, en este escenario, el ejercicio racional y constitucional de la elaboración de argumentos, radica en sustentar las distintas conclusiones en premisas construidas sobre la base de que su contenido tiene una relación estrecha con algún texto constitucional, y sobre todo, que resulta ser un contenido cuya resistencia o desacuerdo es mínimo; o lo que es lo mismo, se constituye una premisa que lograría la mayor adhesión posible.

La descripción anterior, que a primera vista parece ubicarse en un nivel de abstracción más alto que aquel desde el cual un juez constitucional adjudica los significados en los que se soporta el imaginario ciudadano del orden constitucional, es por el contrario un ejercicio cotidiano. La Corte asigna constantemente significados soportados principalmente en premisas construidas sobre la base de que nadie estaría dispuesto a negar que su contenido sea uno distinto al propuesto por este Tribunal. A manera de ilustración, la descripción de la jurisprudencia de la condición de desplazado, excede los textos legales y realiza el ejercicio de *objetivación* de la valoración del juez constitucional sobre los conceptos de dignidad e indignidad en estos casos, acudiendo a aseveraciones que difícilmente encontrarían resistencia como juicios de valor. Por ejemplo, el sentimiento de desarraigo como agravante de la situación del desplazado, o el impacto psicológico y emocional del ciudadano que debe desenvolverse intempestivamente en un lugar distinto al de su origen, como premisas que soportan la especial protección constitucional de la población desplazada, representan juicios de valor cuyo alto grado de objetividad depende de la dificultad para rebatirlos como argumentos.

En este orden, se debe tener en cuenta que las aseveraciones de la Corte Constitucional que contienen juicios de valor, deben cumplir con la carga mínima de *objetivación*, mediante la explicación de la estrecha conexión que tiene dicho

juicio con algún texto constitucional y a partir de la presentación de las premisas como contenidos que encontrarían el mayor acuerdo o respaldo posible. De lo contrario, la actividad hermenéutica del juez constitucional se convierte en una actividad de construcción y adjudicación de significados particulares, que obran como referentes errados para la ciudadanía, sobre lo implica la Constitución y los derechos contenidos en ella.

En este punto, voy a referirme concretamente a las afirmaciones contenidas en los párrafos nueve (09) y trece (13) del fundamento jurídico número cinco (5) de la presente sentencia. En curso de la explicación de por qué es importante en general la acreditación probatoria de la existencia de una unión marital, para efectos de reclamar derechos derivados de la categoría de compañero(a) permanente, se afirma que *“en el caso de los derechos reconocidos a los compañeros del mismo sexo, y en razón a las connotaciones que según lo explicado presenta el concepto de pareja, el establecimiento de ese hecho tiene adicional trascendencia, en la medida en que implica la existencia de una orientación homosexual, con importantes implicaciones para ambos miembros de la pareja e incluso para sus familias, particularmente en lo que atañe a su derecho a la intimidad. Por lo anterior no parece razonable ni justo aceptar como probadas estas circunstancias sin la debida intervención y aceptación informada de las personas interesadas”*. Este argumento presupone cuestiones relativas a una cierta valoración de lo que presuntamente implicaría una relación homosexual en nuestra comunidad. Juicios como que la revelación de su existencia genera impacto a los miembros de la pareja y a sus familias, contienen el mensaje de que ello es algo negativo o por lo menos en alto grado inusual, extraño o fuera de lo común. Precisamente, impactante; hasta el punto de involucrar el derecho a la intimidad, para salvaguardar algo que compresiblemente permanece (o debe permanecer) en la clandestinidad. Lo anterior es una posición que no corresponde tomar a la Corte Constitucional. Y, contribuye equivocadamente con la idea colectiva de la determinación de lo que la Constitución puede hacer en relación con los derechos de los homosexuales, y las perspectivas que adopta el juez constitucional frente a las regulaciones que involucren la homosexualidad.

Según la afirmación cuestionada, la Constitución y el juez guardián de la misma, no tienen más remedio que tratar de encajar una situación anómala de entrada, a los contenidos constitucionales diseñados para situaciones que no desborden una presunta normalidad. Insisto en que la construcción de este tipo de hermenéutica representa un mensaje inadecuado porque está basada en premisas que forman parte del debate luego no pueden ser presentadas como ciertas, no guardan relación estrecha con ningún contenido constitucional y no procuran la consideración de todas las posiciones y sino que toma partido por una.

En el mismo sentido, más adelante se afirma que para concluir algún tipo de desigualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales no es suficiente el argumento según el cual existen diferencias entre las regulaciones probatorias para uno y otro caso; luego, *“no (se) entiende que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones*

sociales y personales que, según lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual.” Frente a esto, me pregunto si la Corte Constitucional le debería interesar indagar sobre la existencia de distinciones entre parejas de uno y otro tipo, ajenas a las meras diferencias nominales. Pues, asumir que un elemento relevante para la distinción es lo que la sociedad percibe sobre las relaciones homosexuales, implica presuponer un tipo de sociedad determinada; aquélla que se impacta y reconoce serias implicaciones derivadas de la homosexualidad. La presentación de este modelo de sociedad es parcial y no corresponde a ningún contenido constitucional y mucho menos encuentra poca resistencia de quienes apuestan a la vigencia vigorosa del principio pluralista de nuestro orden constitucional.

En los anteriores términos aclaro el voto.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado