

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO ÁNGEL ALBERTO DUQUE VS. COLOMBIA

**AUDIENCIA PÚBLICA
25 DE AGOSTO DE 2015**

Declaración del perito Rodrigo Uprimny Yepes, Director del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia

Este peritazgo tendrá como objeto declarar sobre el marco jurídico de los derechos de las parejas del mismo sexo, en particular, los derechos patrimoniales y prestaciones sociales y lo relacionado con los efectos de las sentencias de constitucionalidad y tutela. Esta declaración tendrá tres partes. La primera se refiere a la evolución del precedente constitucional sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo desde la negación de sus derechos hasta su protección constitucional actual (**Evolución general del precedente**). La segunda parte está relacionada con la evolución del precedente constitucional sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo, en particular, se hará referencia al debate constitucional que suscitó la interpretación de los requisitos para acceder a este derecho, así como, los efectos en el tiempo de las sentencias (**evolución particular del precedente**). La tercera aborda el valor jurídico del precedente en general y las dificultades de aplicación en el caso concreto (**valor jurídico del precedente**).

En esta declaración mostraré que la Corte ha protegido los derechos de las parejas del mismo sexo a través de sentencias de constitucionalidad y de tutela desde el año 2007 en un proceso gradual y de una larga controversia jurídica. Este cambio institucional ha ocurrido principalmente por la labor del movimiento social de lesbianas, gays, bisexuales y personas trans (en adelante LGBT), a la cabeza de la organización Colombia Diversa, junto con el apoyo en materia de litigio constitucional de Dejusticia.

La implementación de estas decisiones de la Corte Constitucional no ha estado exenta de controversia y de múltiples problemas de interpretación y aplicación en la vida cotidiana de las parejas del mismo sexo. Por esta razón, aunque este precedente tiene valor vinculante para las autoridades administrativas y judiciales, esto no implica necesariamente que se cumpla por todas ellas y bajo todas las circunstancias. Así por ejemplo, Cortes de otras jurisdicciones tienen visiones encontradas sobre la interpretación del precedente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo (por ejemplo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia) u otras instituciones como la Procuraduría General de la Nación se niegan de forma reiterada a aplicar la protección legal completa a las parejas del mismo sexo.

Además, para el caso concreto se mostrará que existe un caso igual al del peticionario que fue negado por las mismas razones en noviembre de 2012, con lo cual se demuestra que los fondos de pensiones, en general y el fondo en cuestión en este caso en particular, tampoco aplica de manera automática el precedente constitucional. Así las cosas, aunque compartimos y defendemos la fuerza vinculante del precedente de la Corte Constitucional, también es cierto que esto no se cumple y por tanto los ciudadanos son sometidos a interponer acciones judiciales adicionales para hacerlo cumplir, lo cual tampoco garantiza que los jueces en su autonomía interpretativa apliquen unívocamente las decisiones de la Corte.

Estos puntos me permitirán mostrar que hay una protección creciente a las parejas del mismo sexo que se ha consolidado por vía judicial; asimismo, hay mayor fuerza vinculante del precedente constitucional pero, simultáneamente, hay unas incertidumbres prácticas que obstaculizan la garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo. Esto último porque es un tema social, política y jurídicamente disputado. Entonces al tener un tema materialmente disputado en un campo formalmente disputado, eso da lugar a algunos de los vaivenes que mostraré más adelante.

I. LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO HAN OBTENIDO PROTECCIÓN LEGAL A TRAVÉS DE UN PROCESO GRADUAL Y CONTROVERTIDO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las personas LGBT y las parejas del mismo sexo en Colombia han sufrido una desprotección legal histórica. Así por ejemplo, los “actos homosexuales” y facilitar espacios públicos y privados para practicarlos fueron un delito hasta el Código Penal de 1980. Junto con esta penalización existieron normas que sancionaban los actos homosexuales en empleos públicos como la docencia (norma declarada inconstitucional en 1998)¹, las fuerzas militares (norma declarada inconstitucional en 1999)², la función notarial (norma declarada inconstitucional en 2002)³. Simultáneamente no existía una norma constitucional ni legal expresa que protegiera la orientación sexual y la identidad de género lo cual llevaba a que se crearán discriminaciones de facto. Junto a las normas discriminatorias y la falta de protección legal expresa, se presentó otro fenómeno normativo: la exclusión de las parejas del mismo sexo de la legislación de familia y de los derechos y obligaciones de las parejas heterosexuales casadas o viviendo en unión marital de hecho.

Este complejo sistema normativo discriminatorio ha sido desmontado por el trabajo de la Corte Constitucional que ha sido impulsado por el movimiento LGBT y la ciudadanía afectada desde los inicios de la vigencia de la Constitución de 1991.

¹ Corte Constitucional, sentencia C- 481 de 1998 M.P Alejandro Martínez Caballero

² Corte Constitucional, sentencia C-507 de 1999 M.P Vladimiro Naranjo Mesa

³ Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2002 M.P Jaime Córdoba Triviño

Pueden identificarse varias etapas de esta intervención judicial: la protección débil (1991 – 1998), la protección individual fuerte con desprotección de la pareja del mismo sexo (1998 – 2007), la protección de las parejas del mismo sexo en derechos y obligaciones básicas (2007 – 2011), protección de las parejas del mismo sexo como familia y la controversia sobre adopción y matrimonio (2011 – 2015).

En los inicios del trabajo de la Corte Constitucional se estudiaron varios casos de discriminación contra población LGBT, en los cuales se garantizó la protección individual de manera débil y en algunas ocasiones contradictoria. En este período la Corte afirmó que la protección constitucional de la orientación sexual estaba protegida por la Constitución pero que podía ser limitada por los derechos de terceros y que si excedían la órbita íntima podrían ser limitadas. En materia de protección la Corte protegió el derecho a cambiarse el nombre por uno de otro sexo (sentencias T-594 de 1993, T-504 de 1994) y protegió el debido proceso de un estudiante de una escuela militar a quien se le acusaba de realizar actos homosexuales (T-097 de 1994).

Sin embargo en el mismo período la Corte avaló la censura de un comercial de televisión para prevenir el VIH-SIDA dónde se besaban dos hombres (T-539 de 1994), validó la sanción disciplinaria de un estudiante trans (T-569 de 1994), negó los derechos de un hombre gay a adoptar una niña, aunque enfatizó en su falta de capacidad económica (T-290 de 1995), no estudió de fondo un caso de discriminación laboral contra un profesor homosexual de un jardín infantil (T-277 de 1996), entre otras decisiones débiles en la protección contra la discriminación, bien fuera analizando asuntos procesales o sustanciales.

La decisión que condensa esta protección débil y con la cual se inician dos líneas jurisprudenciales encontradas fue la sentencia C-098 de 1996. En esta decisión de constitucionalidad la Corte estudió si las parejas del mismo sexo tenían derecho al reconocimiento de la unión marital de hecho en los términos de la ley 54 de 1990⁴. En esa oportunidad la Corte afirmó que la orientación sexual está protegida por la Constitución y que su protección emana tanto del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política, en adelante CP) y del derecho a la igualdad (artículo 13 CP). Sin embargo, no amplió la protección legal de la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo con tres argumentos: el primero, que no existía un imperativo constitucional de darle un igual tratamiento a las parejas del mismo sexo en tanto la familia heterosexual era la protegida por la Constitución; segundo, que el Congreso de la República creó la unión marital de hecho para proteger a la parte más débil de las familias que se conformaban sin estar casadas, en este caso a las mujeres, y que no existía una obligación del Congreso de eliminar todas las injusticias en una misma ley; tercero, y relacionado con el anterior, que los derechos de las parejas del mismo sexo debían ser reconocidos en el Congreso en tanto foro democrático. Agregó

⁴ Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes

la Corte que en la eventualidad que se probará una intención lesiva del Congreso al momento de aprobar esta ley o de un impacto negativo de la norma podría estudiar de nuevo esta ley.

Entre los años 1998 y 2007 la Corte Constitucional estableció una doctrina constitucional fuerte en materia de protección individual y de desprotección de las parejas del mismo sexo con lo cual se dio al interior de la Corte una tensión entre estas dos líneas jurisprudenciales. La doctrina de protección fuerte de la orientación sexual está contenida en la sentencia C-481 de 1998, en la cual se declaró inconstitucional el “homosexualismo” como falta disciplinaria. En esa oportunidad la Corte estableció los parámetros constitucionales para analizar los casos de discriminación por orientación sexual, en particular los siguientes: en primer lugar determinó que la orientación sexual es una categoría doblemente protegida tanto por el derecho a la igualdad (artículo 13 CP) y por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP); en segundo lugar la Corte estableció que todo trato diferente basado en la orientación sexual deberá ser examinado con un test estricto de igualdad por cuanto esta característica se considera un criterio sospechoso de discriminación. Esta robusta doctrina de protección llevó a que declararían inconstitucionales dos leyes adicionales que sancionaban “actos homosexuales” o el “homosexualismo” en el régimen disciplinario de las fuerzas militares (sentencias C-507 de 1999 y C-431 de 2004) y de los notarios (sentencia C-373 de 2002).

Esta doctrina de protección también se aplicó a casos de discriminación en las escuelas (sentencias T-101 de 1998, T-435 de 2002), derecho a la visita íntima de personas LGBT privadas de la libertad (sentencia T-499 de 2003), derecho de las personas LGBT a realizar una marcha del orgullo (sentencia T-268 de 2000), protección de un hombre gay perteneciente a la asociación de Scouts de Colombia (T-808 de 2003), protección contra la violencia policial de las personas LGBT (sentencia T-301 de 2004) y protección un personas LGBT en las cárceles ante casos de violencia sexual (T-1096 de 2004).

A pesar de está doctrina de protección al interior de la Corte se mantuvo un precedente constitucional que desprotegía a las parejas del mismo sexo. En particular dos sentencias de la sala plena consolidaron esta doctrina. La sentencia SU-623 de 2001 negó el derecho de afiliación a la seguridad social en salud de un beneficiario perteneciente a una pareja del mismo sexo. Para ello retomó el precedente de la sentencia C-098 de 1996 y determinó que no existía un imperativo constitucional de darle igual tratamiento a las parejas del mismo sexo teniendo en cuenta que la única familia protegida constitucionalmente era la heterosexual y que la ampliación de este derecho correspondía al margen de configuración del legislador (ver entre otras sentencias T-999 de 2000, T-1426 de 2000, T-618 de 2000).

El precedente sentado en la sentencia C-098 de 1996 y reiterado en la SU-623 de 2001 fue usado para negarle a las parejas del mismo sexo el derecho a pensión de sobreviviente (sentencia T-349 de 2006) y el derecho de residencia a un integrante de

una pareja del mismo sexo en la Isla de San Andrés y Providencia (sentencia T-725 de 2004). La segunda decisión de la sala plena que restringió los derechos de las parejas del mismo sexo fue la sentencia C-814 de 2001 en la cual se estudiaron las normas sobre adopción y la Corte determinó que las parejas del mismo sexo no tienen derecho a adoptar (sentencia C-814 de 2001).

Hasta el año 2007 existían en la Corte dos líneas jurisprudenciales encontradas: una que protegía vigorosamente los derechos de las personas LGBT en tanto individuos y otra que desprotegía a las parejas del mismo sexo. Esta doctrina constitucional fue ampliamente criticada por la minoría de Corte (estas decisiones fueron aprobadas por un margen de votación de cinco votos contra cuatro en la sala plena y de dos votos contra uno en las salas de revisión de tutela), por la comunidad jurídica y la propia Corte en decisiones más recientes ha reconocido que fue contradictoria.

En el año 2007, la Corte Constitucional cambió su precedente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo como consecuencia de una demanda instaurada por la organización Colombia Diversa. En la sentencia C-075 de 2007, la Corte determinó que las parejas del mismo sexo podían conformar una unión marital de hecho y que tendrían derechos patrimoniales derivados de esta institución jurídica. Para llegar a esta conclusión la Corte determinó que las parejas del mismo sexo tenían necesidades análogas que debían ser protegidas por el Estado y que la ausencia de una ley generaba “un déficit de protección constitucional” y por tanto extendió los efectos de la ley 54 de 1990 a estas parejas.

Posteriormente, la Corte tomó decisiones similares en materia de afiliación en salud de las parejas del mismo sexo (sentencia C-811 de 2007), pensión de sobreviviente (sentencia C-336 de 2008), obligación de alimentos mutuos de parejas del mismo sexo (C-798 de 2008) y finalmente se estudió una demanda que incluía un número importante de derechos y obligaciones de carácter civil, social, migratorios, penales, administrativos y de otros contenidos en 28 leyes (sentencia C-029 de 2009). Esta doctrina se ha mantenido al interior de la Corte en decisiones más recientes que protegen los derechos sucesorales (sentencias C-283 de 2011 y C-238 de 2012). La doctrina entre los años 2007 y 2011 reconoció los derechos de las parejas del mismo sexo pero tienen en común dos aspectos: por una parte nunca se reconocieron las injusticias ocurridas antes del año 2007 y por otra parte la Corte tomó estas decisiones sin usar el derecho a la igualdad como fundamento ni hizo referencia al carácter de familia que podrían tener las parejas del mismo sexo. En otras palabras, esta protección se dio sin determinar que existía una discriminación contra las familias del mismo sexo.

El último período de la jurisprudencia inició en el año 2011 cuando la Corte estudió una demanda para determinar si las parejas del mismo sexo tenían derecho al matrimonio. En la sentencia C-577 de 2011, la Corte determinó que las parejas del mismo sexo son una familia constitucionalmente protegida y que la ausencia de un régimen contractual y solemne para protegerlas constituía un déficit de protección

constitucional. Sin embargo, la Corte precisó que el encargado de determinar esta institución jurídica es el Congreso de la República. Adicionalmente, la Corte determinó que este déficit de protección no podía extenderse indefinidamente y que en caso que el Congreso no legislará antes del 20 de junio de 2013, las parejas del mismo sexo podrían presentarse ante jueces y notarios a “formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Esta sentencia marcó un cambio de jurisprudencia respecto al reconocimiento de la familia y ha abierto nuevas discusiones sobre la protección legal de las parejas del mismo sexo.

Esta decisión de la Corte abrió primero un proceso de discusión política en el Congreso que terminó con la no aprobación de un proyecto de ley que reconocía el matrimonio a las parejas del mismo sexo⁵. Posteriormente, se abrió un debate jurídico sobre cómo debían los jueces y notarios proteger a las familias de parejas del mismo sexo a partir de un contrato formal y solemne. En este asunto se crearon tres tendencias interpretativas: (1) no debía brindarse ninguna protección hasta tanto existiera una ley aprobada por el Congreso; (2) debían crearse contratos para cumplir con la sentencia pero sin la protección legal del matrimonio; (3) debían aplicarse las normas del matrimonio en tanto es la única institución disponible en el sistema jurídico actual para proteger a la familia. Estas tendencias interpretativas se han manifestado en decisiones judiciales en los tres sentidos anteriores⁶. En las próximas semanas la Corte Constitucional deberá tomar una decisión sobre la interpretación constitucional de esta controversia de la cual realizó audiencia pública el pasado 30 de julio.

Paralelamente, la Corte Constitucional ha estudiado la cuestión de la adopción por parte personas LGBT de forma individual y de parejas del mismo sexo en decisiones recientes. En la sentencia T-276 de 2012 estudió el caso de un hombre gay a quien se le había otorgado la adopción de dos hermanos y posteriormente se inició un proceso para retirarle la patria potestad en razón de la orientación sexual del padre. La Corte determinó que esta actuación violaba el derecho al debido proceso, los derechos de los niños y el derecho a constituir una familia. Para la Corte la orientación sexual de un padre adoptante no puede ser considerada como una falta de idoneidad para adoptar. Posteriormente, la Corte en las sentencias SU-617 de 2014 y C-071 de 2015 determinó que las parejas del mismo sexo pueden aplicar a la adopción del hijo/a biológico/a del compañero/a permanente del mismo sexo (adopción consentida). La Corte tiene pendiente el estudio de la demanda que solicita que se permita a las

⁵ Hubo cuatro proyectos de ley (P.L) que buscaron regular la materia. P.L 47 de 2012 (unión civil) P.L 67 de 2012 (pacto de unión civil), P.L 58 de 2011 (matrimonio), P.L 113 de 2012 (matrimonio). Dos de ellos con un alcance restrictivo con respecto a la figura del matrimonio existente y otros dos que pretendían extender el alcance de la figura del matrimonio.

⁶ La audiencia pública de matrimonio igualitario el pasado 30 de julio permitió presentar las diversas posiciones. Videos de la audiencia disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=VhQK67EECQw>

parejas del mismo sexo la adopción conjunta como pareja⁷ y el reconocimiento de hijos biológicos nacidos en el exterior de una pareja de hombres⁸.

Este recuento jurisprudencial de los últimos 24 años nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo ha sido un proceso judicial gradual y controvertido. De hecho, algunas cuestiones constitucionales como el matrimonio y los derechos parentales se encuentran pendientes de decisiones finales.
2. La orientación sexual ha adquirido una protección constitucional cada vez más fuerte pero incluso en decisiones de la Corte Constitucional no se respetó el derecho a la igualdad de las personas LGBT.
3. Las parejas del mismo sexo no tuvieron ningún derecho reconocido hasta el año 2007 y sólo fueron reconocidas como familia hasta el año 2011. En otras palabras, hubo amplios períodos de tiempo de desprotección legal que crearon injusticias que incluso han sido analizados por otros órganos de monitoreo como ocurrió con el caso *X contra Colombia* en el Comité de Derechos Humanos⁹.
4. Las controversias interpretativas sobre el precedente de parejas del mismo sexo han existido incluso al interior de la propia Corte y con otras instituciones y jurisdicciones. La aplicación e interpretación de este precedente no es pacífico ni ha sido cumplido automáticamente.

II. LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO TIENEN DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DESDE EL AÑO 2008, PERO LA DISCUSIÓN SOBRE LOS REQUISITOS Y EFECTOS EN EL TIEMPO DE ESTE DERECHO SE MANTIENEN HASTA LA FECHA

Descrita la evolución jurisprudencia general, pasaré a detallar la evolución jurisprudencial particular del derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo en el derecho constitucional colombiano. Para desarrollar este asunto se dividirá en tres partes esta sección: las decisiones previas a la sentencia C-336 de 2008, tanto de la Corte Constitucional como del Comité de Derechos Humanos; la sentencia C-336 de 2008 y la controversia sobre su alcance; las sentencias posteriores a la C-336 de 2008 en lo relativo a los requisitos para acceder al derecho y los efectos en el tiempo de la decisión.

⁷ Expediente D-10371.

⁸ Expediente T-4496228. Acción de tutela formulada por LDVM y RPA, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos S y SVP, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y otros.

⁹ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comunicación 1361/2005.

CCPR/C/89/D/1361/200. Caso X contra Colombia. Disponible en

<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/51537efd406147c3c125730600464373>

Decisiones previas a la sentencia C-336 de 2008

La primera decisión sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de una pareja del mismo sexo se tomó en la sentencia T-349 de 2006. En aquella oportunidad un hombre homosexual que vivía con VIH-SIDA interpuso una acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales por negarle el derecho a la sustitución pensional de su compañero con quien convivió desde el primero de mayo de 1992 hasta el nueve de junio del 2000. El Instituto de Seguros Sociales negó la pensión invocando el artículo 10 del decreto reglamentario 1889 de 1994 que establece que el beneficiario debe ser “persona del sexo diferente del causante”. Los jueces de primera y segunda instancia negaron la acción por razones tanto procesales como sustanciales. La Corte Constitucional confirmó estos fallos y por tanto negó el derecho a la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo. Dijo la Corte en esta decisión:

“En ese régimen no están incluidas las parejas homosexuales, no en razón de la orientación sexual de sus integrantes, sino porque el criterio definitorio adoptado por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, lo cual desarrolla el expreso mandato constitucional que prevé una protección integral a la familia, y se inscribe dentro de la concepción constitucional de familia, esto es la que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla

Esa opción legislativa no es contraria al imperativo de la universalidad de la seguridad social en pensiones puesto que quienes no hagan parte del grupo familiar con derecho a la pensión de sobrevivientes se rigen por el sistema ordinario,(...)”

Adicionalmente a estas consideraciones, la Corte rechazó la posibilidad de aplicar el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso de *Young Vs. Australia* en el cual el Comité determinó que se violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos al negarle la pensión de sobreviviente a una pareja del mismo sexo. Según la Corte:

“En este caso, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se ha reiterado que no cabe una extensión automática a las parejas homosexuales del régimen legal que en materia patrimonial se ha previsto para la protección integral de la familia y que, en materia de pensión de sobrevivientes, no concurren en las parejas homosexuales los presupuestos a partir de los cuales se estableció la prestación”.

Al año siguiente, en decisión del 14 de mayo de 2007, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió el caso presentado por un ciudadano colombiano (X) quien alegaba ser víctima de la violación por parte del Estado colombiano de varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre ellos, el artículo 26. Este ciudadano dependía económicamente de su

compañero del mismo sexo, fallecido tras 22 años de relación y 7 de convivencia. Tras la muerte de su compañero, el 27 de julio de 1993 X presentó una solicitud de sustitución pensional. El 19 de abril de 1995, esta solicitud le fue denegada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, alegando que la ley no permitía otorgar la sustitución pensional a parejas del mismo sexo.

Dicha decisión fue avalada en sede de tutela tanto en primera como en segunda instancia. Asimismo, la Defensoría del Pueblo se negó a pedir a la Corte Constitucional la revisión de la tutela, a pesar de que el actor así se lo solicitó, argumentando que *“a los homosexuales, por ausencia de normatividad legal expresa, no se les permitía ejercer derechos reconocidos a los heterosexuales, por ejemplo, celebrar contrato de matrimonio o invocar la sustitución pensional de su compañero supérstite”*. Finalmente, la tutela tampoco fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión. En el año 2000, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca rechazó una demanda presentada por el actor, y la decisión fue confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado, por razones similares a las antes esgrimidas.

Como se puede apreciar, el argumento que justificaba la negativa por parte de las diferentes instituciones nacionales era la inexistencia de un régimen de protección legal en materia pensional para parejas del mismo sexo.

Considerando agotados los recursos internos, el actor acudió ante el Comité de Derechos Humanos, alegando – entre otras – la violación del artículo 26 del PIDCP. En su concepto, *“el Estado Parte, a través de la decisión del Fondo de Prestaciones y posteriormente con las múltiples acciones judiciales tuvo la oportunidad de evitar la discriminación basada en el sexo y orientación sexual pero no lo hizo”*. Y alegó, *“es deber el Estado solucionar las situaciones de desventaja de sus habitantes, pero en su caso por el contrario, el Estado las ha agravado haciéndole más vulnerable frente a las difíciles situaciones sociales que vive el país”*.

Frente a los argumentos expuestos por el actor y por la defensa del Estado colombiano, el Comité concluyó que el Estado no había presentado (a) ningún argumento razonable y objetivo que justificara la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales, como tampoco (b) ninguna prueba que revelara la existencia de factores que pudieran justificar la distinción. Así, según dijo:

“El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción”
(negrilla fuera del texto original).

Por esas dos razones, el Comité indicó que el Estado parte había violado el artículo 26 del Pacto, en la medida en que había denegado al actor el derecho a la pensión de su compañero permanente sobre la base de su orientación sexual. Por lo tanto, estableció que el actor, como víctima de una violación del artículo 26, *“tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual”*. Y a renglón seguido señaló que *“el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro”* (negrilla fuera del texto original).

Sentencia C-336 de 2008

La Corte Constitucional reconoció el derecho a pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo en la sentencia C-336 de 2008. Esta decisión hace parte del conjunto de sentencias producto del cambio jurisprudencia que inició con la sentencia C-075 de 2007 en la cual se inició el reconociendo legal de las parejas del mismo sexo. La Corte consideró que negar el derecho a la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo era un trato discriminatorio que constituye un déficit de protección constitucional. En palabras de la Corte¹⁰:

“En conclusión, como lo ha considerado esta corporación, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja”.

La Corte extendió la protección de la pensión de sobrevivientes a las pareja del mismo sexo y determinó que *“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”*¹¹. Siguiendo este criterio la Corte decidió que las parejas del mismo sexo podrían acceder a la pensión *“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”*. Esta

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2008. M.P Clara Inés Vargas. párr. 7.8

¹¹ *Ibíd.* Párr 8

expression en la parte resolutive de la decisión que estableció una situación jurídica de difícil cumplimiento y por esta razón solicitamos una aclaración de la sentencia por las razones que se citan extensamente a continuación:

“... el equivoco, duda, ambigüedad o perplejidad que genera la expresión de la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 cuya aclaración se solicita en el presente escrito consiste en que la misma puede ser interpretada en el sentido de que la única manera a través de la cual los miembros de parejas permanentes del mismo sexo pueden acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente. Esta interpretación es inconstitucional y va en contra del espíritu y objetivo de la sentencia C-336 de 2008 consistente en ampliar la protección otorgada a las parejas del mismo sexo, por dos razones fundamentales. De una parte, dicha interpretación genera la imposibilidad absoluta de acceder a la pensión de sobrevivientes en los casos en los cuales las parejas del mismo sexo no logran hacer la declaración ante notario de su voluntad de convivir en pareja antes del fallecimiento de uno de sus miembros, lo cual puede fácilmente suceder en todas aquellas situaciones en las cuales el fallecimiento resulta sorpresivo, imprevisto o imprevisible. (...) De otra parte, la interpretación según la cual la exigencia de la declaración ante notario de la voluntad de convivir en pareja es el único mecanismo para acreditar la condición de pareja permanente en el caso de las parejas del mismo sexo genera una nueva discriminación de estas parejas en relación con las parejas heterosexuales, pues dicha exigencia no es aplicable a estas últimas parejas, que de conformidad con la ley, cuentan con otro mecanismo para acreditar su condición de tales como requisito de acceso a la pensión de sobrevivientes. En efecto, el artículo 11 del Decreto 1889 de 1994 dispone 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’¹².

No obstante, que en nuestra solicitud de aclaración de la sentencia C-336 de 2008 advertimos los problemas interpretativos y de implementación que generaba ese requisito, la Corte Constitucional negó el recurso en el Auto 163 de 2008 y agregó que “los eventuales abusos en que puedan incurrir los operadores jurídicos al aplicar lo dispuesto en la sentencia C-336 de 2008, pueden dar lugar a acciones consagradas en el ordenamiento jurídico”.

¹² Solicitud de aclaración a la sentencia C-336 de 2008 presentada por Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon. 12 de junio de 2008.

Otro asunto que no fue resuelto por la Corte Constitucional fue el relacionado con los efectos de la sentencias. La regla general sobre los efectos está establecida en el artículo 45 de la ley estatutaria de administración de justicia (ley 270 de 1996) que establece:

“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”.

Teniendo en cuenta que la Corte guardó silencio sobre este asunto la controversia interpretativa sobre los efectos de la sentencia quedó abierta. De hecho cuando la Corte ha estudiado casos análogos de discriminación en materia pensional ha tomado decisiones sobre los efectos retroactivos de forma más clara en las órdenes contenidas en la decisión. Así por ejemplo, en la sentencia C-121 de 2010 dónde determinó que era discriminatorio retirar la pensión de sobreviviente a las viudas que contrajeran nuevas nupcias. La Corte tomó la decisión en los siguientes términos:

SEGUNDO. *Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los términos “esposa” y “cónyuge” y de la expresión “cónyuge sobreviviente”, contenidos, los unos o la otra en los literales a), b), c) y d) del artículo 134 del Decreto 613 de 1977; en los literales a), b), c) y d) del artículo 175 del Decreto 2062 de 1984; en los literales a), b), c) y d) del artículo 172 del Decreto 096 de 1989; y en los literales a), b), c) y d) del artículo 173 del Decreto 1212 de 1990. En todos los casos, la declaración de exequibilidad se hace en el entendido de que las normas de las que forman parte los vocablos indicados también se aplican a los compañeros permanentes, a partir del día 7 de julio de 1991.*

De esta manera, los compañeros y compañeras permanentes de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a partir del mencionado 7 de julio de 1991 tuvieron derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a pesar de que los artículo 134 del Decreto 613 de 1977, 175 del Decreto 2062 de 1984, 172 del Decreto 096 de 1989 y 173 del Decreto 1212 de 1990 los excluyeran de ese derecho, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se restablezcan sus derechos conculcados, solicitar ante las autoridades respectivas el reconocimiento de dicha pensión y reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta providencia.

En el citado caso, la Corte dejó fuera de toda duda razonable los efectos de su decisión y estableció que la vigencia del derecho se realizaría a partir de la vigencia del Constitución Política. Este tipo de estructura no está presente en la sentencia C-336 de 2008 y por tanto no quedaron claros los efectos retroactivos ni los retrospectivos de esta decisión.

Decisiones para la implementación en requisitos y efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008

La controversia sobre los mecanismos de prueba para acceder a la pensión de sobreviviente y los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008 ha llevado a que la Corte se pronuncie en diez decisiones de salas de tutela en los últimos siete años (ver sentencias T-1241 de 2008, T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014 y T-935 de 2014) . A continuación se resume este precedente en lo que se considera relevante para el caso bajo estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, la Corte estudió casos de parejas del mismo sexo sobrevivientes que no contaban con el requisito establecido en la sentencia C-336 de 2008. En el caso de un viudo de un sargento del ejército nacional que convivió con su compañero por 30 años y que murió en 1999 la Corte determinó: *"la Sala debe reiterar que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente"* (sentencia T-1241 de 2008).

Posteriormente en la sentencia T-911 de 2009 estudiando un caso de un hombre que convivió por 26 años con su compañero y que falleció en el 2007, la Corte determinó: *"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"*. Además negó los efectos retroactivos de la sentencia en los siguientes términos:

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

En la sentencia T-051 de 2010, la Corte acumuló tres casos los cuales tenían en común o bien la falta del requisito de la declaración conjunta o la discusión sobre los efectos en el tiempo de la sentencia y por tanto de la reclamación del derecho. La Corte determinó que existe "la tendencia de las autoridades administrativas y

judiciales así como de los fondos de pensiones privados a imponer trámites, exigencias o pruebas inexistentes en la legislación con lo cual entorpecen, cuando no niegan de tajo, el acceso de las compañeras y compañeros permanentes de parejas homosexuales al efectivo disfrute de su derecho a acceder a la pensión de sobreviviente”. Y agregó la Corte:

“4.6. En suma: (...) Entre los principales obstáculos de orden jurídico se encuentran, entonces: (i) aplicación de norma inaplicable; (ii) exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) interpretación contraria a la Constitución; (iv) aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; (v) inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad”.

La sala de revisión se apartó del precedente establecido en las sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009 “bajo aplicación del principio de interpretación *pro homine*” y estableció que existía libertad probatoria para acreditar la calidad de compañero permanente para las parejas del mismo sexo como se establece para las parejas heterosexuales y sobre los efectos en el tiempo dijo la Corte que no podía negarse “*el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual – Expediente T-2.299.859*”.

En la sentencia T-592 de 2010, otra sala de revisión estudió el caso de un hombre que convivió con su pareja por 30 años y falleció el 25 de agosto de 2006. En esta decisión la Corte estableció:

“Las autoridades administrativas y judiciales suelen negar la solicitud de sustitución pensional a las personas del mismo sexo a quienes su derecho se causó con anterioridad a la notificación de la sentencia C-336 de 2008, argumentando que para el momento del fallecimiento, legalmente no era viable que aquellas accedieran a dicha prestación social.

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

En dos decisiones posteriores, T-716 de 2011 y T-860 de 2011, la Corte Constitucional se ha referido respecto a los efectos de la sentencia C-336 de 2008. En la sentencia T-716 de 2011 se estudiaron dos casos: el primero se refería a un hombre que convivió con su compañero hasta la fecha de su muerte, el 10 de mayo de 2008, y el fondo de pensiones negó la pensión porque la sentencia C-336 de 2008 se notificó el 22 de junio de ese mismo año; el segundo se refería al caso de una mujer que convivió durante 19 años y 7 meses porque no existía prueba de la relación. Frente a ambos casos la Corte determinó: “A partir del análisis de los casos acumulados en esa oportunidad, se demostró que los fondos administradores de pensiones, en los diferentes regímenes, habían adoptado como conducta sistemática la imposición de trabas al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el caso de las parejas del mismo sexo”. Sobre el comportamiento de los fondos de pensiones determinó que debían cumplir la sentencia C-336 respecto a las solicitudes de pensiones que les presentarán. En palabras de la Corte:

“Debe insistirse que los efectos de la sentencia C-336/08 no son constitutivos de una prestación económica particular, sino declarativos de una discriminación injustificada contra las parejas del mismo sexo. Esto indica que una vez promulgada la sentencia, hecho que acaeció el 16 de abril de 2008, las autoridades del Estado y los particulares, merced de lo ordenado en el artículo 243 C.P., están obligadas a cumplir con lo dispuesto en el fallo. Esto quiere decir que todas las actuaciones que deban adelantarse con posterioridad a la promulgación del fallo, deben tener en cuenta que el régimen legal de la pensión de sobrevivientes es igualmente predicable para los compañeros permanentes del mismo sexo”.

En la sentencia T-860 de 2011 se estudió el caso de un hombre que convivió durante 10 años con su compañero quien murió el 18 de diciembre de 1998. En esta sentencia la Corte reflexionó extensamente sobre la aplicación en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008. En primer término retomó el precedente establecido en la sentencia T-592 de 2010 y consideró que en este caso no se trata de efectos retroactivos, sino retrospectivos, en palabras de la Corte:

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

En los años más recientes la Corte no se ha pronunciado nuevamente sobre la controversia sobre los efectos de la sentencia C-336 de 2008. Sin embargo, la Corte se ha decidido en dos sentencias sobre la inconstitucionalidad de pedirle a las parejas

del mismo sexo una sentencia ejecutoriada de declaración de unión marital por parte de un juez de familia (sentencia T-357 de 2013 y T-327 de 2014).

De esta evolución del precedente referido al derecho de pensión de sobreviviente se puede concluir:

1. La Corte Constitucional antes de 2008 negó el derecho a la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo argumentado que no constituían una familia.
2. El Comité de Derechos Humanos determinó que Colombia violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos al negar la pensión de sobreviviente a una pareja del mismo sexo.
3. La Corte Constitucional reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente en la sentencia C-336 de 2008. La interpretación e implementación dejó abiertas dos controversias: los mecanismos de prueba de la convivencia y los efectos en el tiempo de la decisión.
4. El viraje jurisprudencial resultado de la decisión T-051 de 2010 que buscó solucionar la incertidumbre sobre los efectos temporales y los requisitos jurídicos para acceder a la pensión tiene varias dificultades. Se trata de una sentencia de tutela que intenta modificar lo establecido por una sentencia de constitucionalidad, que tiene efectos *erga omnes*. Además, la decisión tuvo un salvamento de voto, en el cual, un magistrado planteó este problema interpretativo. Esto incrementa las dificultades prácticas mencionadas inicialmente pues la incertidumbre sobre la protección del derecho a la pensión de sobrevivientes subsiste en relación con sus efectos temporales, principalmente.
5. En jurisprudencia posterior de salas de revisión de tutela de la Corte Constitucional se han estudiado casos que se refieren a la controversia sobre la prueba de la relación y los efectos en el tiempo. De una parte existen dos decisiones que establecen una visión restrictiva del precedente y por otra existen siete decisiones que establecen una visión más amplia y garantista.
6. Los fondos de pensiones tienen una práctica generalizada y probada judicialmente que indica que han creado barreras administrativas, probatorias e interpretativas para negar la pensión de sobreviviente como se demuestra incluso en casos fallados por la Corte hasta el 2014.

III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL TIENE UN VALOR VINCULANTE PERO NO ES APLICADO POR TODAS LAS AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido fijado por ella desde las primeras decisiones con un alcance cada vez más preciso. Las razones que han motivado este desarrollo normativo tienen que ver con i) garantizar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema jurídico, ii) proteger el ejercicio de

las libertades ciudadanas, iii) garantizar el principio de igualdad, iv) servir de mecanismo de control a la actividad judicial¹³ y v) garantizar la interpretación legítima de la Constitución que hace la Corte¹⁴. El carácter vinculante del precedente aplica tanto de forma horizontal (respeto por el precedente de la misma corporación) como vertical (respeto por el precedente de las altas cortes).

Los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia han fijado de manera más puntual cuál es el alcance de la vinculatoriedad del precedente de la Corte. A saber, ha establecido que no toda la parte motiva de sus decisiones tiene la misma fuerza vinculante; contrario a esto, únicamente son vinculantes la razón de la decisión – o *ratio decidendi* – y la parte resolutive – o *decisum* –. Más específicamente, solamente forman parte del precedente que debe ser observado el fundamento normativo directo de la parte resolutive (la *ratio decidendi*), tanto de las sentencias de constitucionalidad como de las de tutela, y la decisión sobre la exequibilidad o inexecuibilidad en los casos de estudio de constitucionalidad, pues estas decisiones tienen efectos *erga omnes*¹⁵. En virtud de ello, si un juez se separa sin suficiente motivación del precedente se configura una causal de procedencia de tutela contra sentencia e incluso puede haber lugar al delito de prevaricato por acción al infringir la Constitución¹⁶.

Aunque hemos compartido y defendido esta doctrina constitucional, este criterio no es pacífico en la discusión jurídica nacional. Otras Cortes e instituciones tienen discrepancias sobre el carácter vinculante del precedente. Además existen vacíos y contradicciones en algunos precedentes que hacen que la cuestión sobre qué precedente aplicar incluso sea controversial.

En materia de derechos de parejas del mismo sexo la situación se hace aún más controversial como se puede observar en la evolución anteriormente descrita. Todo derecho construido judicialmente y, especialmente, aquel que se refiere a la eliminación de las discriminaciones normativas y sociales presentes crea vacíos y contradicciones que se resuelven a través del tiempo y no es fácil determinar su consolidación.

A continuación presento tres ejemplos sobre los vacíos y controversias en torno al precedente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo.

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-259 de 2012. M.P Luis Ernesto Vargas

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008. M.P Humberto Sierra Porto

A. SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO APLICA EFECTOS RETROSPECTIVOS A UNIONES MARITALES DE HECHO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO¹⁷

La Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de una sociedad patrimonial resultado de una unión marital de hecho de una pareja del mismo sexo¹⁸. La decisión a la que arribó se centró fundamentó en la improcedencia de efectos retroactivos de la sentencia C-075 de 2007, la cual se relaciona con la existencia y derechos de la unión marital de hecho de parejas del mismo sexo.

La Corte estudió el caso de dos hombres mantuvieron una relación por más de veintisiete años, desde 1979 hasta que se separaron en 2006. A lo largo de su relación se configuraron los requisitos para declarar la unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial. A esta sociedad entraron varios bienes y mejoras resultado de negocios que hizo el demandante (uno de los compañeros permanentes) a favor de la pareja. En 2006 cuando se separaron por dificultades en la relación, el demandado reconoció la existencia de la unión marital y la sociedad patrimonial, pero luego de desacuerdos en el proceso de liquidación, afirmó que dicha sociedad no existía. Dentro del proceso, el demandado alegó la inexistencia del derecho con base en la irretroactividad de las decisiones de la Corte Constitucional. Este argumento fue acogido en primera instancia, pero en la apelación fue desestimado y el juez de segunda instancia reconoció la existencia de sociedad patrimonial y ordenó la liquidación.

En sede de casación, la Corte Suprema de Justicia adoptó el argumento del demandado (quien interpuso el recurso extraordinario de casación) y señaló que desde 1991 la Corte Constitucional misma puede modular los efectos de sus sentencias, y de no hacerlo se entiende que aplican hacia el futuro, como dispone la ley estatutaria de administración de justicia. Señala la Corte Suprema que, en efecto, en la sentencia C-075 de 2007 la Corte Constitucional no moduló los efectos temporales de su decisión, por lo tanto el reconocimiento sobre parejas del mismo sexo hecho en dicha sentencia solo opera una vez ejecutoriada la decisión. Precisó la Corte Suprema que "No se consignó que la aplicación del fallo tuviera efectos hacia el pasado o estableciera un marco temporal para ser tenida en cuenta, de tal manera que se le pudiera hacer extensivo a las uniones que hubieran culminado con anterioridad a su expedición."

¹⁷ Ver Anexo I de este peritazgo.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P Fernando Giraldo Gutiérrez. Exp. 6600131100042007-00425-01

B. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO RECONOCE LAS UNIONES DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

El Procurador General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público, es la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; asimismo, debe defender y asegurar la efectividad de los derechos humanos, los intereses de la sociedad y los intereses colectivos¹⁹. No obstante, en relación con las decisiones sobre derechos de parejas del mismo sexo se ha apartado de los desarrollos hechos por la Corte Constitucional que buscan avanzar en su protección.

A pesar de la sentencia C-075 de 2007, la Procuraduría en el año 2011 a raíz de la decisión C-283 de 2011 que reconoce la porción conyugal a las parejas del mismo sexo señala que de esta sentencia no se extrae que la Corte haya equiparado “el matrimonio o la unión marital de hecho a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”²⁰. Esta interpretación de la Procuraduría se aparta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre parejas del mismo sexo que empezó a consolidarse, como se mostró previamente, a partir de la precitada sentencia del 2007 y afirma que el alcance de esa decisión solo es para limitados efectos patrimoniales. En línea con lo anterior, el Procurador ha sido enfático en reiterar que en su criterio las parejas heterosexuales y las homosexuales no son iguales y tampoco hay un mandato constitucional del que se desprenda la obligación de darles un trato igualitario²¹.

Asimismo, la Procuraduría en múltiples oportunidades ha buscado enfatizar que del texto de la Constitución es imposible derivar el reconocimiento y protección de las parejas del mismo sexo como familias, a pesar de la sentencia C-577 de 2011. El Procurador General en una intervención pública titulada “La familia: estructura, definición legal y protección”²² resaltó que la familia protegida por el ordenamiento nacional e internacional es “la monoparental (sic) y heterosexual”. A partir de esta afirmación el Procurador excluye de la protección a las familias de parejas del mismo sexo y además limita el alcance y la interpretación de la sentencia C-577 de 2011 y obvia las constataciones que hizo la Corte en esa oportunidad sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familias y la desprotección a la que estas están sometidas. Además de esto, en la mencionada intervención, el Procurador hizo un llamado a los jueces y notarios a que ejerzan la objeción de conciencia frente a la

¹⁹ Constitución Política de Colombia, capítulo 2 artículo 277.

²⁰ Procuraduría General de la Nación, Boletín 432. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=net.comtor.cms.frontend.component.pagefactory.NewsComponentPageFactory&action=view&key=46>

²¹ Procuraduría General de la Nación, Oficio del 22 de abril del 2013 relativo a la sentencia c-577 de 2011. Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/090513comunicacion.pdf>

²² Procuraduría General de la Nación, Boletín 1238. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=net.comtor.cms.frontend.component.pagefactory.NewsComponentPageFactory&action=view&key=1422>

orden quinta de la citada sentencia²³ dejando al arbitrio personal el cumplimiento de una orden judicial. De hecho para materializar estas ideas, el Procurador General expidió la Circular 013 de 2013 con lineamientos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional en la sentencia T-444 de 2014 determinó que esta acción violaba los derechos de las parejas del mismo sexo, y dispuso:

“7.4. De igual manera, se declarará que los funcionarios judiciales tienen la facultad de resolver las solicitudes que, con fundamento en lo dispuesto en el resolutive 5° de la sentencia C-577 de 2011, les son sometidas a su consideración por parejas de personas del mismo sexo, en condiciones de autonomía e independencia institucional y funcional, y con arreglo a lo previsto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. Por último, se hará un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que se abstenga de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutive 5° de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuye a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho”.

El rechazo a las familias formadas por parejas del mismo sexo y al reconocimiento de los derechos de estas también se ha extendido a los derechos patrimoniales, como en el caso *sub judice*, sobre derechos pensionales. En la solicitud de nulidad a la sentencia T-716 de 2011, la Procuraduría cuestionó la idea de familia de parejas del mismo sexo como el fundamento para la sustitución pensional. Al respecto señaló que “la Sala Novena de Revisión se arrogó injustificadamente la competencia para modificar la jurisprudencia constitucional en lo relativo a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo y, en especial, el vínculo entre esa materia y la reconceptualización de la definición constitucional de familia”²⁴. Esta posición de la Procuraduría interpreta los avances jurisprudenciales en la materia de forma restrictiva y siempre cuestionando la idea de que las parejas del mismo sexo forman familia y por lo tanto merecen una protección jurídica, a pesar de lo dicho en la decisión C-577 de 2011.

El ejemplo anterior es sólo una muestra de la estrategia jurídica transversal de la Procuraduría: solicitar la nulidad de las decisiones que protegen los derechos de las

²³ VII. DECISION

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

RESUELVE:

(...)

QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

²⁴ Corte Constitucional, auto A-022 de 2013. M.P Luis Ernesto Vargas Silva

parejas del mismo sexo. Eso hizo con las sentencia C-577 de 2011 sobre matrimonio igualitario, la T-716 de 2011 sobre pensión de sobreviviente, la T-444 de 2014 sobre la protección del derecho a la intimidad y al habeas data de las parejas que solicitaron matrimonio, sobre la SU-617 de 2014 y C-071 de 2015 sobre adopción consentida, entre otras. A pesar de los avances jurisprudenciales cada vez más consolidados la posición de la Procuraduría evidencia una – aparente – contradicción jurídica entre las decisiones del alto tribunal y el ordenamiento constitucional. No obstante, la Corte Constitucional ha desestimado las pretensiones de nulidad de la Procuraduría pues, a su juicio, generalmente son infundadas.

C. FONDO DE PENSIONES – COLFONDOS – NEGÓ EFECTOS RETROACTIVOS EN UN CASO SIMILAR AL DE ÁNGEL ALBERTO DUQUE EN EL AÑO 2012

La organización Colombia Diversa ha hecho un seguimiento a la aplicación del precedente sobre pensión de sobreviviente de pareja del mismo sexo y pudo identificación que en un caso de reconocimiento de pensión de un hombre gay que convivió con su compañero hasta el 16 de julio de 2003, Colfondos, el mismo fondo de pensiones de Ángel Alberto Duque afirmó en comunicación del 19 de noviembre de 2012:

“Una vez revisado el presente caso frente al contenido expuesto por al Corte Constitucional en la sentencia C-336... consideramos pertinente manifestar que la sentencia... no tiene efectos retroactivos, es regla general que las sentencias que la Corte ... expide ... sólo producen efectos hacia el futuro, a menos que la propia Corte resuelva darle efectos retroactivos. En estos casos, le juez constitucional debe señalar, en forma clara, expresa e inequívoca ... que la decisión adoptada se aplica a situaciones ocurridas con anterioridad a su pronunciamiento, situación que no ocurre en la aludida sentencia”²⁵

Por tanto, el fondo de pensiones encargado de definir la pensión de Ángel Alberto Duque tampoco aplica la jurisprudencia de la Corte Constitucional acudiendo a una interpretación general de los efectos de las sentencias de constitucionalidad.

²⁵ Ver Anexo II de este peritazgo. Documentos caso de solicitud de pensión de Omar René Sánchez Rentería contra Colfondos.

PREGUNTAS DURANTE LA AUDIENCIA PÚBLICA

I. REPRESENTANTES DE LA PRESUNTA VÍCTIMA

1. En el sistema de fuentes colombiano ¿cuál es la fuerza vinculante de las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de tutela?

Subsiste una discusión sobre el sistema de fuentes y la vinculatoriedad del precedente pues en Colombia pues tenemos la tradición del derecho legislado. Sin embargo, con particular fuerza, a partir de la Constitución de 1991 hay dos elementos que han modificado la situación a favor de una creciente fuerza del precedente, i) el control de constitucionalidad a través de una acción pública y ii) el control concentrado de constitucionalidad en la Corte Constitucional.

La parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, este es un tema pacífico pues viene desde antes de la Constitución del 91, desde 1910 cuando se estableció el control concentrado en la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario hay debates sobre la vinculatoriedad de elementos de la parte motiva de la sentencia. En algunos casos se entiende que hay partes de la motivación de la decisión inescindiblemente ligados a la parte resolutive que tendrían fuerza vinculante, pero esto ha sido controvertido por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Por otro lado está la discusión sobre las sentencias condicionadas donde la Corte no se limita a sacar o mantener en el ordenamiento jurídico una norma sino que establece la forma como ha de interpretarse, y en tal sentido una interpretación contraria sería inconstitucional. El debate es sobre la vinculatoriedad de la interpretación, la Corte Suprema ha tenido fallos en sede de casación en los años 1995, 1996 y 1997 donde se negó a aplicar los condicionamientos establecidos por la Corte Constitucional. No obstante esto ha sido progresivamente aceptado y hoy en día se puede decir que la aceptación de la vinculatoriedad del condicionamiento en una decisión de constitucionalidad es un tema pacífico.

El debate sobre las sentencias de tutela donde la Corte no resuelve, en abstracto, la constitucionalidad de una norma, sino una petición acerca de la vulneración de un derecho fundamental es donde reside la discusión. En principio el efecto de estas decisiones es *inter partes*, pero hay debates sobre dos elementos: i) si la razón de la decisión (*ratio decidendi*) es o no vinculante; aquí hay una disputa fuerte sobre el sistema de fuentes. Unos defienden (donde me incluyo) que la ratio tiene fuerza vinculante, esto quiere decir, que los jueces deben observarla; esto no significa que obligatoriamente deban seguirla, podrían los jueces apartarse justificando, pero no podrían ignorarla. Y ii) sobre las partes resolutivas especiales. En ciertas sentencias de tutela la Corte ha establecido unos efectos especiales con carácter más general. Uno es el efecto *inter pares*, son aquellos donde la Corte aplica una excepción de

inconstitucionalidad y extiende el efecto a casos semejantes, algunos jueces son resistentes a aplicarlos. Otro, es el efecto *inter comunis* donde la Corte no hace una excepción de inconstitucionalidad sino que extiende los efectos de la sentencia a personas que no participaron como partes pero se encuentran en las mismas circunstancias (como en la sentencia T-051 de 2010). Finalmente existen los casos donde la Corte mantiene la competencia y da recomendaciones de política pública general, esto se aplica en lo que la Corte ha llamado *estado de cosas inconstitucional*.

Entonces, reitero, si bien es pacífico el tema de la vinculatoriedad de las sentencias de constitucionalidad, hay debates que subsisten sobre las sentencias de tutela. Sin embargo la tendencia es creciente a aceptar la vinculatoriedad de estas decisiones pero, en todo caso, el campo de las fuentes del derecho en Colombia es un campo en disputa.

2. ¿Considera que la disputa sobre las fuentes del derecho y la vinculatoriedad del precedente hacen que la Corte tenga que reiterar constantemente su jurisprudencia?

Sí. La Corte Constitucional tiene una práctica que si en Colombia hubiera absoluto consenso sobre la fuerza vertical del precedente sería absolutamente innecesaria, y es la práctica que la Corte ha llamado reiteración de jurisprudencia. La Corte selecciona muchos casos en sede de tutela donde en sentencias breves reitera lo que ha dicho en decisiones anteriores y revoca las decisiones de los jueces de instancia. Si la fuerza del precedente vertical fuera clara esa práctica sería innecesaria.

En un país con la fuerza del precedente clara, sería inimaginable que los jueces seleccionaran casos para reiterar su jurisprudencia. Por ejemplo en Estados Unidos donde la vinculatoriedad del precedente es clara, se presentó el caso de la aplicación de la sentencia *Brown*²⁶ dónde se puso fin a la segregación racial. Muchos jueces de los Estado del sur al decidir otros casos cobijados por ese precedente señalaban que no estaban de acuerdo con la jurisprudencia y motivaban su disenso pero, de todas maneras, decidían de conformidad con el precedente.

3. En su criterio ¿la incertidumbre sobre la fuerza del precedente hace que los criterios fijados en la sentencia T-051 de 2010 tengan que ser reiterados por la Corte ante el desconocimiento de las autoridades administrativas?

Sí. La sentencia T-051 de 2010 tiene una muy buena orientación, sin embargo, no pacifica el tema. En primer lugar, esta sentencia fue adoptada por una sala de tres magistrados, pues no es de sala plena y adicionalmente uno de los tres magistrados salvó el voto. En el salvamento el magistrado señala que la decisión que se va a

²⁶ Corte Suprema de Estados Unidos. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

adoptar va en contra de la sentencia de constitucionalidad (C-336 de 2008) y ese cambio jurisprudencial no se puede hacer en sala de revisión sino que tiene que hacerse en sala plena con una decisión de unificación (sentencias SU), de acuerdo al reglamento que rige la decisión de las acciones de inconstitucionalidad, pues las salas de revisión no pueden cambiar la jurisprudencia de otras salas, si quiere cambiar la jurisprudencia de otras salas tiene que ir a sala plena. El incumplimiento del requisito de modificación del precedente por medio de una decisión de la sala plena puede dar lugar a la declaratoria de nulidad de la sentencia si se presenta un incidente de nulidad en el término.

En segundo lugar, decisiones posteriores muestran que el sistema no se ha pacificado. Un buen ejemplo es la sentencia T-357 de 2013; esta sentencia es de hace menos de dos años y tiene que ver con un caso donde el fondo de cesantías Porvenir niega una sustitución pensional porque le exige a la pareja del mismo sexo una sentencia que declare la unión marital de hecho. La Corte tuvo que revisar esta decisión y si la jurisprudencia fuera tan clara desde la sentencia del 2010 lo mínimo que, a mi juicio, debió hacer la Corte -no estoy diciendo que lo haga porque aún es incierto el tema-, es, primero, compulsar copias para que se investigara la conducta del fondo de pensiones Porvenir y de los jueces de instancia que negaron el amparo porque estarían yendo en contra de la jurisprudencia de la Corte. Si no lo hizo fue porque consideró que había alguna razonabilidad en la oposición de esos jueces.

Por último, los defectos de la sentencia C-336 de 2008 también tienen incidencia en la incertidumbre sobre este precedente; en la medida en que no dijo en la parte resolutive que tiene efectos retroactivos, por defecto, se aplica la norma general, esto es, que tenga efectos hacia el futuro, como se establece en la ley estatutaria de administración de justicia. Esta interpretación, aunque no la comparto, es razonable.

4. Desde la teoría de los criterios sospechosos ¿cómo ve usted la negativa del Estado a que Ángel Duque accediera a la pensión de sobrevivientes?

El período en el que se presentó la solicitud (2002-2003) la Corte vivía la “esquizofrenia” de protección a los individuos LGBT pero desprotección a las parejas. En un caso que tuve que decidir mientras fui magistrado encargado se aplicó justamente esa doctrina y mi voto fue el único disidente pues el razonamiento de la Corte era más o menos así: protegemos a los individuos en tanto no ejerzan su sexualidad, es decir los protegemos como individuos pero no como parejas. El argumento era que la Constitución sólo protegía a la pareja heterosexual, entonces todas las regulaciones que aplicaran a las parejas heterosexuales no eran inconstitucionales porque todas esas protecciones tenían un fin constitucionalmente válido que era proteger a la familia heterosexual.

En consecuencia, entre el año 1996 y el año 2007 hubo una vulneración masiva del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo, pues todas las autoridades

legislativas, administrativas y judiciales legitimaron que estas parejas no tuvieran los mismos derechos de las parejas heterosexuales.

4. Usted señala que aún no es pacífico el tema ¿cuál considera que puede ser el remedio?

Hay dos elementos que favorecen la incertidumbre; por un lado, la controversia en el sistema de fuentes en Colombia y, por otro, el defecto de la sentencia C-336 de 2008 que es un defecto de origen, que la Corte hubiera podido evitar como lo ha hecho en otros casos sobre pensiones de parejas del mismo sexo cuando excluían a los compañeros permanentes y precisó efectos retroactivos para esa decisión. Ante los defectos señalados, el mejor remedio es que las autoridades políticas, dentro del marco de sus competencias, regulen el asunto con normas que tienen un carácter vinculante incontestable. Podría ser por la vía legislativa, aunque ante esto soy escéptico por la actitud del Congreso colombiano ante los derechos de las parejas del mismo sexo; o por la vía reglamentaria por parte del Gobierno mediante la reglamentación de la normatividad de pensiones y de la fuerza del precedente con el fin de precisar el alcance de dichas normas para las parejas del mismo sexo y los deberes de las autoridades ante ellas. Otra opción es por la vía de políticas públicas para promover la sensibilidad incluyente de los fondos de pensiones.

Estas alternativas permitirían superar una situación de desigualdad que subsiste. Al respecto tenía en mi presentación inicial un caso relativamente reciente, posterior a la sentencia T-051 de 2010 que muestra que la incertidumbre subsiste y justamente tiene que ver con Colfondos. En noviembre de 2012 dicho fondo de pensiones negó la pensión de sobreviviente a una pareja del mismo sexo argumentando que la sentencia sólo tenía efectos hacia el futuro; se instauró acción de tutela y el caso fue decidido negativamente en las instancias y fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional. Este caso deja ver que la situación se sigue presentando por la incertidumbre que generó la sentencia C-336 de 2008 sobre el tema. Y, un segundo ejemplo, es una sentencia de 2011 sobre unión marital de hecho. En esa decisión la Corte Suprema de Justicia señala que como la Corte Constitucional no fijó el alcance hacia el pasado de la sentencia C-075 de 2007, se entiende que rige hacia el futuro y en consecuencia negó el reconocimiento de la unión marital de hecho solicitada por quien interpuso el recurso de casación. Entonces, si uno sigue el argumento de la Corte Suprema de Justicia, que es razonable, se puede decir que no procede la pensión de sobreviviente si la situación de supervivencia se consolidó antes de la sentencia del 2008, puesto que la controversia, lastimosamente, subsiste.

II. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ante el silencio de la sentencia C-336 de 2008 sobre los efectos retroactivos de esa decisión ¿la sociedad colombiana, en general, y los operadores jurídicos, en particular, tenían que entender que esa sentencia tiene efectos hacia el futuro?

En principio sí. La ley estatutaria de administración de justicia dice que las sentencias de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro a menos de que la Corte establezca lo contrario. Un ejemplo de esto fue el caso de la Corte Suprema de Justicia que citó, como la Corte Constitucional no declaró que la sentencia sobre unión marital de hecho de parejas del mismo sexo tenía efectos hacia el pasado, por aplicación de la ley estatutaria de administración de justicia rigen hacia el futuro. Entonces, de forma razonable, un operador jurídico puede aplicar la regla general de efectos hacia el futuro porque incluso la misma Corte Constitucional en una sentencia posterior a la C-336 de 2008 lo hizo de esa manera.

2. Sobre la posibilidad de que a través de una sentencia de tutela se modifique una decisión de constitucionalidad de la sala plena ¿podría ilustrarle a la Corte qué tan común es esta práctica en la Corte Constitucional?

No es común. Quiero aclarar mi posición jurídica, no estoy diciendo que la sentencia T-051 de 2010 esté mal, solo que su fuerza vinculante es distinta. Entonces, hay dos posibles interpretaciones de la sentencia C-336 de 2008, una es que por regla general rige hacia el futuro y otra que es, a mi juicio, constitucionalmente más adecuada es la de la sentencia T-051. Sin embargo, la interpretación hecha por la T-051 no era la única admisible y el hecho de que en esa oportunidad se haya decidido de esa forma no quiere decir que la controversia ya está saldada, porque ni siquiera hoy está claro el tema. Nuevamente, un ejemplo de ello es el caso del 2012 donde Colfondos negó la pensión de sobrevivientes resaltando que la sentencia del 2008 tenía efectos hacia el futuro.

3. ¿La declaratoria de efectos *inter comunis* de la sentencia T-051 de 2010 aclara el incertidumbre?

Hay una contradicción entre dos efectos generales. Los efectos generales de la C-336 de 2008 que al no establecer su alcance temporal se puede interpretar que rigen hacia el futuro y, por otro, un cierto efecto general que se le quiso dar a la sentencia T-051 de 2010 con el efecto *inter comunis*. Sin embargo no quedó claro para quiénes aplica el efecto *inter comunis*, ¿era para las entidades demandadas? O ¿era para todas las entidades que administran fondos de pensiones? Este tema es tan poco claro que en sentencias ulteriores los fondos de pensiones no aplicaron los efectos *inter comunis* y la Corte no se refiere a los efectos hacia el pasado, sino que previene de que no lo vuelvan a hacer hacia el futuro. Si el efecto *inter comunis* fuera tan claro, debió haber ordenado que se observara ese efecto como se señaló en la sentencia T-051 de 2010.

4. ¿Qué establecieron las sentencias T-592 de 2010 y T-860 de 2011 en cuanto a la manera como los operadores jurídicos siguieron manejando el tema de pensiones?

Lo que constató la Corte en esas decisiones es que persistían obstáculos impuestos por los fondos para acceder a las pensiones. Especialmente sobre los efectos hacia el pasado y la prueba ante notario de la unión; es decir, se reiteraron los elementos polémicos de la sentencia C-336 de 2008 a pesar de la decisión de la sentencia T-051 de 2010 que fue reiterada por la Corte en casos ulteriores.

5. En cuanto a la facultad discrecional de la Corte para seleccionar tutelas ¿podría informarle a la Corte cuál es el porcentaje de tutelas que selecciona la Corte anualmente?

De acuerdo a lo que recuerdo para años anteriores y a mi experiencia, pues no tengo el dato concreto, en Colombia anualmente hay alrededor de trescientas mil tutelas, de estas, la Corte selecciona alrededor de mil. Es decir, se seleccionan el 0,3% de las acciones de tutela presentadas en el país.

Posteriormente a mi declaración en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realicé la consulta a la Corte Constitucional y si se sigue el promedio del año 2015, es decir, el de cuarenta y cinco mil acciones de tutela por mes que son recibidas en la Corte y la selección de cincuenta tutelas por mes, se puede llegar a la proyección aproximada de quinientas cuarenta mil tutelas al año y de seiscientas tutelas seleccionadas por la Corte para su revisión. Es decir, para el año 2015, la probabilidad de selección sería de alrededor del 0,1%.

6. Conforme a lo que ha presentado, quiero preguntarle si ¿quiere formular alguna precisión o apreciación adicional con respecto a la fuerza vinculante del precedente?

Sí, yo creo que ese es un tema importante para la Corte Interamericana. América latina, en general, y Colombia, en particular, viven un periodo de transición convulsionado en el sistema de fuentes. El caso colombiano es muy claro, es un sistema de derecho legislado donde paulatinamente incrementa el reconocimiento de la fuerza del precedente. Sin embargo, nadie puede decir que es un tema pacífico, hay una discusión fuerte entre diferentes doctrinantes; un ala de constitucionalistas que señalan la importancia del precedente para garantizar los derechos y otra corriente, más legalista, que sostiene que Colombia es un país de derecho legislado y debe prevalecer el artículo 230 de la Constitución que dice que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley.

En mi criterio, los constitucionalistas hemos venido ganando en esta discusión, sin embargo, la controversia es fuerte y subsiste y eso justifica la práctica de reiteración de jurisprudencia de la Corte Constitucional.

III. JUECES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. **La Corte no fijó los alcances de la sentencia C-336 de 2008 ¿es así? Si es así ¿es cierto que no existe la práctica de precisar los efectos de las sentencias? ¿se trata de una situación episódica, de un “silencio elocuente”?**

No hubo ningún análisis en la C-336 de 2008 sobre los efectos temporales. La práctica generalizada es esa porque la Corte asume que se aplica la regla general, esto es, que sus decisiones tienen hacia el futuro en aras de garantizar la seguridad jurídica; esto no es así en todos los sistemas jurídicos, por ejemplo, en Alemania, tiene efectos de nulidad, hacia el pasado y si quieren fijar los efectos *ex nunc* o hacia el futuro, deben establecerlo en la sentencia.

Entonces, si la Corte Constitucional no dice nada sobre sus efectos, estos rigen hacia el futuro, esto es así desde antes de la Constitución del 91, desde 1910, aproximadamente, cuando se estableció el control de constitucionalidad. Ahora, como está esa norma (la de la sentencia de constitucionalidad) un juez puede interpretar y analizar si ese efecto puede extenderse hacia el pasado, pero como una interpretación de un juez, no como una sentencia con efectos *erga omnes*.

ANEXOS

Anexo I. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente 6600131100042007-00425-01

Anexo II. Documentos caso de solicitud de pensión de Omar René Sánchez Rentería contra Colfondos (noviembre de 2012 a septiembre de 2013. Incluye respuesta a solicitudes de pensión, texto de acción de tutela, decisión de tutela de primera instancia, impugnación de la sentencia de primera instancia, sentencia de segunda instancia y resolución de reconocimiento de pensión