Comisión Colombiana de Juristas

El caso Ángel Alberto Duque
Sentencia de la Corte Interamericana

La responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación por orientación sexual

Serie: Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Colombiana de Juristas

El caso de Ángel Alberto Duque
Sentencia de la Corte Interamericana

La responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación por orientación sexual

Serie: Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

© 2016 Comisión Colombiana de Juristas

Carrera 15 A Bis # 45-37
C.P. 111311
Bogotá, Colombia
Teléfono: (571) 744 9333
Fax: (571) 743 2643
comunicaciones@coljuristas.org
www.coljuristas.org

® El caso de Ángel Alberto Duque. Sentencia de la Corte Interamericana. La responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación por orientación sexual

ISBN: 978-958-9348-69-7
Primera edición
Diciembre de 2016
Bogotá, Colombia

Editora:
Beatriz Vejarano Villaveces
Consultora asociada de la Comisión Colombiana de Juristas

Autores:
Andrea Romero López
Andrés Contreras Fonseca
Julieta Lemaitre Ripoll
Mauricio Albarracín Caballero

Coordinación editorial:
Gustavo Gallón
Carolina Garzón
Beatriz Vejarano
Ana María Rodríguez

Portada
Serie: Óleo sobre tela
César Padilla Beltrán
cpadillabeltran@gmail.com
Reproducción autorizada por el autor

Diagramación e impresión:

AltaVoz Editores
María del Pilar López Patiño
500 unidades. Bogotá D.C., diciembre de 2016

Svenska kyrkan

Esta publicación es posible gracias al apoyo financiero de la Iglesia Sueca. Los puntos de vista aquí expuestos reflejan exclusivamente la opinión de la Comisión Colombiana de Juristas y los autores de los artículos. Por lo tanto, no representa en ningún caso el punto de vista oficial de la Iglesia Sueca, ni de organización alguna distinta a la firmante de este documento.

Tabla de contenido

Prólogo 7

La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano y el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia..... 15

Andrés Contreras Fonseca y Julieta Lemaitre Ripoll

Ángel Alberto Duque o la última batalla contra el *apartheid* pensional 41

Mauricio Albarracín Caballero

Ángel Duque: una oportunidad de interacción entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional 59

Andrea Liliana Romero López

Anexo:

Texto completo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia 77

Información Comisión Colombiana de Juristas –CCJ– 161

Prólogo

"Mientras no exista la igualdad como fundamento social, no es posible que las personas sean libres".

Carlos Gaviria Díaz[1]

Las mujeres y los hombres homosexuales se unen y conforman parejas por las mismas razones que los heterosexuales: por amor, compromiso, compañía, intimidad y apoyo mutuo. Sin embargo, si el debate sobre la igualdad entre las parejas del mismo sexo y las heterosexuales se redujera a los aspectos emocionales, no sería un tema de derechos humanos; que sí lo es, pues se trata de construir las condiciones para una vida digna, libre y autónoma para todos, y en ese sentido no es diferente de otros retos que enfrentamos como sociedad: estimular el crecimiento sostenible de la economía, generar empleo para los jóvenes, educar a los niños, cuidar de los adultos mayores y de las personas vulnerables y fortalecer el Estado social de derecho. Como se verá a lo largo de este volumen, el mérito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Duque vs. Colombia, objeto del presente estudio, es justamente que, al reconocerle a Ángel Alberto Duque el derecho a la pensión de sobreviviente, extiende los derechos de las parejas del mismo sexo al ámbito de lo económico y social. Es una herramienta para la obtención de una protección completa y coherente.

Las personas LGBTI han estado luchando abiertamente en todo el mundo por lograr el reconocimiento de sus relaciones desde hace ya más de medio siglo y, sin duda alguna, a nivel mundial se han registrado importantes logros en la lucha contra la discriminación

---

[1] En www.elmundo.com/portal/noticias/política/carlosgaviria

con base en la orientación sexual y la identidad de género. No obstante, todavía hay muchos países en los que las personas homosexuales son castigadas mediante arresto y hasta pena de muerte. Según el Banco Mundial, 83 países del mundo penalizan la homosexualidad[2]. Amnistía Internacional informa que la homosexualidad puede suponer la pena de muerte en Afganistán, Brunei, Irán, Mauritania, Pakistán, Arabia Saudí, Sudán, Yemen, partes de Nigeria y Somalia. Más cerca de nosotros, en nuestra región, en ocho de los pequeños Estados del Caribe la homosexualidad todavía es ilegal y se condena con diversas penas de prisión[3]. Y un estudio del Banco Mundial reveló que en 2012 Brasil registró el 44% de todos los casos del mundo de homofobia letal (homicidio motivado por la orientación sexual de la víctima)[4].

Por otra parte, en los últimos años, por donde se mire, y muy notoriamente en Estados Unidos y Europa, se observa una tendencia hacia un debilitamiento de los valores democráticos liberales de inclusión y tolerancia, de apego a la verdad y de aceptación de la diferencia. Estos cambios en los valores sociales a nivel mundial pueden representar una amenaza para los logros en materia de libertades civiles y derechos de la población LGBTI.

Algunos efectos políticos de los atavismos culturales

En Colombia, la rápida evolución hacia la igualdad de la población LGBTI en los últimos diez años sigue suscitando reacciones emocionales y viscerales entre sus oponentes, pues constituye un reto a las percepciones de mucha gente de lo que es "vivir correctamente" dentro de una concepción particular del matrimonio y la familia. A pesar de los innegables avances en el reconocimiento de la comunidad LGBTI, el reciente episodio de las cartillas de educación sexual[5] que le costaron el cargo a la

---

2 Ver http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/03/07/nuevas-leyes-contra-discriminacion-gays-homosexuales-LGBTI-america-latina Consultado el 30 de noviembre de 2016.

3 Ver https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/diversidad-afectivo-sexual/ Consultado el 30 de noviembre de 2016

4 Ver http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/03/07/nuevas-leyes-contra-discriminacion-gays-homosexuales-LGBTI-america-latina Consultado el 30 de noviembre de 2016

5 Gina Parody, ministra de Educación entre junio de 2014 y octubre de 2016, propuso distribuir en los colegios y escuelas unas cartillas de educación sexual para promover ambientes escolares libres de discriminación. Esas cartillas generaron un cisma entre el país tradicionalista y el país progresista. El malestar entre padres de familia, profesores y miembros de comunidades religiosas se expresó en nutridas manifestaciones. Por cuenta de su orientación sexual, la ministra Parody fue acusada de querer imponer la homosexualidad en los niños y, tras el resultado negativo del plebiscito sobre el Acuerdo de paz y en medio de un intenso matoneo homofóbico, se vio obligada a renunciar a su cargo.

ministra de Educación es un indicador de vestigios de machismo y homofobia. Y el triunfo del "No" el 2 de octubre en el plebiscito para refrendar el Acuerdo de paz entre el gobierno y las Farc[6] se debió en gran medida a la campaña de sectores inconformes con el enfoque de género y con la inclusión de referencias a la población LGBTI en el texto, pues consideraron que iba en contra de los valores familiares tradicionales. Los argumentos de muchos de los líderes del "No" han puesto en evidencia la homofobia y la aversión contra el enfoque de género, (maliciosamente bautizado por ellos como "ideología de género"[7]) en el país. La nueva versión del Acuerdo, firmada el 24 de noviembre en Bogotá y refrendada poco después por el Congreso, ya no contiene la referencia a la inclusión de las personas LGBTI.

Tras la firma y la refrendación del Acuerdo, y especialmente a lo largo de su implementación, se seguirá necesitando un gobierno lo suficientemente garantista y respetuoso de las libertades para hacerles frente a tales reacciones viscerales y así poder avanzar hacia una discusión más racional sobre el tipo de sociedad en que vivimos y la sociedad que deseamos, las concesiones que debemos hacer hacia aquellos con quienes coexistimos y el tipo de derechos de que todos los seres humanos debemos disfrutar para poder vivir con integridad y autenticidad. Las discusiones sobre los derechos de las personas LGBTI hacen parte del conjunto de luchas de diversas minorías y son sintomáticas del debate que deberíamos tener más abiertamente como nación sobre cómo debemos tratar y reconocer a los seres humanos y sus relaciones en algunos de los momentos más penosos de sus vidas, como es, en el caso de Ángel Alberto Duque, la muerte del ser más cercano.

Aunque en 2008, en una trascendental decisión, la Corte Constitucional de Colombia les reconoció a las parejas del mismo sexo derechos patrimoniales, entre ellos el derecho de recibir el reconocimiento y el pago de la pensión de sobrevivientes por el que Ángel Alberto Duque había luchado desde 2002, se siguen presentando casos en que esa posibilidad se les niega a las parejas homosexuales. Así, al igual que Ángel y Jhon Óscar, protagonistas de la sentencia que analizamos, Juan y José[8] vivieron juntos como pareja, en Bogotá, a lo largo de casi 20 años. Desde la muerte de Juan

---

6 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 24.11.2016.

7 Algunos sectores asociaron el Acuerdo de paz con la "ideología de género", que no aparecía en el texto. Esos sectores contrarios a la "ideología de género" no admiten que la identidad sexual de las personas, así como los roles de género, son socialmente construidos y no eternos y asignados por Dios.

8 Los nombres han sido cambiados.

en 2014, José continúa luchando por que su relación, larga y estable, sea reconocida por el Estado como una unión marital de hecho en igualdad de condiciones con las parejas de hecho heterosexuales, y así obtener la pensión de sobreviviente y parte de la herencia de su compañero, disputada por las hijas adultas de este. Pero por el momento, mientras no se acepte la condición de Juan y José como pareja marital de hecho, el juicio de sucesión favorece a la viuda de Juan, de quien él se había divorciado en el año 2000, y a las huérfanas de este. La resistencia del entorno es fuerte, las instituciones no siempre son permeables al cambio y a menudo son reacias a acatar las nuevas reglas. Es más, algunos altos funcionarios del Estado, como el depuesto ex Procurador General de la Nación (cuya reelección fue anulada por el Consejo de Estado por haberse basado en tráfico de influencias), se han declarado en abierta oposición a la igualdad de derechos tales como el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo.

De qué se trata la sentencia

Tras 14 años de lucha, el 15 de abril del presente año, Ángel Alberto Duque, a quien en 2002 se le negara por ser homosexual la pensión de sobreviviente que reclamó al fallecer su compañero, Jhon Óscar Jiménez, finalmente logró el reconocimiento de ese derecho por una instancia internacional, lejos de Colombia. Ese día la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió la sentencia en la que estableció que el Estado colombiano había violado el derecho a la igualdad de Ángel Alberto Duque, dada la negativa de las autoridades colombianas a reconocerle sus derechos pensionales únicamente por su orientación sexual. Es decir que se necesitó la actuación de un organismo internacional de derechos humanos para empujar al Estado colombiano a cumplir sus obligaciones.

El fallo de la Corte IDH sobre el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia es un documento importante en materia de igualdad y no discriminación, pues amplía la garantía de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, contribuyendo a devolverles su dignidad y recordándonos a todos que los derechos de la población LGBTI son, efectivamente, derechos humanos. Esta sentencia constituye un respaldo inequívoco a los derechos fundamentales de este sector de la población, un reconocimiento de los atavismos culturales que han generado sufrimiento para las personas LGBTI y sus familias y es, en sí misma, una forma de reparación.

Este es el segundo de tres pronunciamientos del sistema interamericano sobre los derechos de la población LGBTI [9], y en él la Corte reafirma su jurisprudencia del caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, en el que condenó al Estado chileno por negarle a esta mujer la custodia de sus dos hijas y quitarle la patria potestad de ellas por ser lesbiana. El caso Atala Riffo vs. Chile es un precursor del caso que nos ocupa.

El contenido

El presente volumen nos muestra las luces, y también las sombras, de esta sentencia a través de tres aportes:

En un primer momento, Andrés Contreras Fonseca y Julieta Lemaitre Ripoll describen la forma en que el caso Ángel Alberto Duque fue llevado ante una instancia internacional, la Corte IDH, y la manera como el discurso de protección de la diversidad sexual fue manejado por la Corte. Fonseca y Lemaitre se aproximan al caso y a la categoría de discriminación por orientación sexual desde la perspectiva de la víctima y de uno de sus abogados. A Contreras y Lemaitre no se les escapa la ironía de que sea Colombia, uno de los países más avanzados con respecto a la protección de los derechos de las personas LGBTI en nuestra región, el que a la vez haya sido uno de los primeros en ser condenados por violar el derecho a la igualdad por su vacío normativo en la época en que Ángel Alberto Duque intentó exigir ese derecho.

Mauricio Albarracín nos ofrece un análisis detallado de la sentencia de la Corte IDH sobre el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, para ubicar esa decisión en la genealogía de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo y, en particular, el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Andrea Romero examina la interacción entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la de la Corte Constitucional de Colombia, y la retroalimentación entre las dos. Romero demuestra cómo cada uno de esos dos tribunales, la Corte Interamericana y la Corte

---

[9] Siendo el tercero la sentencia de la Corte IDH en el Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. En enero de 2001, el teniente del Ejército ecuatoriano Homero Flor Freire fue dado de baja por mala conducta profesional. En el expediente militar se decía que fue encontrado en presuntos actos sexuales con un soldado. Quince años después, esa resolución fue anulada por la Corte IDH, la cual condenó al Ecuador por la violación del derecho a la igualdad y de la prohibición de la discriminación

Constitucional colombiana, utiliza la jurisprudencia del otro para sustentar sus fallos. Romero analiza dicha interacción en particular en lo que se refiere a dos puntos: el agotamiento de los recursos internos y la obligación internacional de no discriminación.

El aporte de la sentencia y de este libro

Como se mencionó anteriormente, y como lo resaltan los tres autores que contribuyeron a este volumen, la sentencia de la Corte Interamericana es prueba fehaciente de los avances en materia de los derechos de las personas LGBTI en nuestra región. Pero es también un claro ejemplo de que la expedición de normas no basta para garantizar los derechos de las personas, pues ni en el caso de Ángel Alberto Duque ni en el de José, reseñado brevemente en este prólogo, el fallo se ha traducido en la entrega efectiva de la pensión de sobreviviente. Es por eso que los Estados están obligados a tomar decisiones y a llevar a cabo acciones para convertir las sentencias en derechos concretos en el día a día.

Además, como lo señala Andrea Romero en su artículo, existe una relación de interacción y retroalimentación mutua entre la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia. Esto hace que el fallo de la primera permita que las decisiones de la segunda tengan mayores posibilidades de ser cumplidas, lo que representa un aporte a la práctica de la igualdad de derechos en Colombia.

La sentencia de la Corte Interamericana nos anima y nos compromete a seguir luchando hasta lograr los mismos derechos para todas las parejas y familias, sin importar cómo estén constituidas. Entramos ahora en la fase más difícil, la de la implementación, que buscará convertir el fallo en derechos concretos que eliminen cualquier déficit de protección. Es imperativo evitar que se produzca un retroceso pues, como lo estamos viendo, los estereotipos denigrantes y excluyentes persisten. Además, como lo afirman Lemaitre y Contreras, a pesar de los avances, el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo aún no se ha resuelto del todo, ni en la región ni en Colombia.

Esta publicación no es un tratado jurídico. Más bien, busca trascender el lenguaje de las leyes para ser comprensible para todo aquel que quiera conocer y utilizar la sentencia de la Corte Interamericana como herramienta: la población LGBTI, para reclamar la igualdad de derechos; y los otros sectores de la población, para entender y contribuir a transformar los imaginarios que permiten que exista la discriminación. Se trata de utilizar el fallo para contribuir a construir una sociedad más democrática, en la que la desigualdad y la exclusión sean inadmisibles.

Esperamos que este libro, construido con dedicación y afecto sobre la base de la dolorosa experiencia personal de Ángel Alberto Duque, sirva de inspiración a muchas otras personas, sin importar su condición social, raza, etnia, sexo u orientación sexual, para hacer valer su derecho a no ser discriminadas. Nuestro reconocimiento a Ángel y a Jhon Óscar por atreverse a vivir su vida en común con honestidad, desafiando así a una sociedad a menudo mezquina e intolerante. Tras la muerte de Jhon Óscar, en medio de la soledad, la enfermedad y el desamparo, Ángel tuvo la valentía de hacerle frente al desprecio y a la insensibilidad de las burocracias para reclamar lo que le pertenecía. Para el abogado Germán Rincón Perfetti y para la Comisión Colombiana de Juristas ha sido una honrosa tarea representar los derechos de Ángel Alberto y acompañarlo a lo largo de este tortuoso proceso.

Comisión Colombiana de Juristas

La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano y el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia

Andrés Contreras Fonseca* y Julieta Lemaitre Ripoll**

El 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó la sentencia del caso de Ángel Alberto Duque en contra del Estado colombiano.[10] En este fallo la Corte encontró que el Estado había vulnerado sus obligaciones internacionales al establecer una diferencia de trato en materia de derechos patrimoniales entre las parejas de sexos diferentes, por una parte, y las parejas del mismo sexo, por la otra. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) reiteró la jurisprudencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile para insistir que la discriminación por orientación sexual y por identidad de género están proscritas por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y extendió esta prohibición a los derechos asociados con la seguridad social, en particular a los derechos pensionales que se derivan de la relación de pareja.

Para muchos es una sorpresa que la Corte Interamericana haya fallado contra Colombia, país que precisamente se cuenta entre los líderes del reconocimiento constitucional de los derechos de las parejas del mismo sexo. Claro que esta protección es posterior a los hechos que dan pie al caso, pero anterior a la presentación del caso a la Corte IDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Incluso, la Corte IDH cita extensamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (de

---

* Abogado de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes y estudiante del doctorado en Derecho de esta misma universidad.

** Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque v. Colombia, sentencia del 26 de febrero de 2016.

2008 y 2010), y lo hace para condenar al Estado colombiano por la discriminación sucedida antes de que estas sentencias incluyeran a las parejas del mismo sexo en los beneficios de la pensión de supervivientes. Así que no parece ser el Estado ideal para llevar ante el sistema interamericano por estas razones. ¿Cómo fue el proceso de litigio y cuáles sus resultados?

El presente texto describe la forma en la que el caso Duque fue llevado ante la Corte IDH como parte de un litigio estratégico, y la manera en la que el discurso de protección de la diversidad sexual fue manejado por el Tribunal en este caso. Para esto, el capítulo hace una aproximación al caso y a la estrategia de visibilización de la diversidad sexual, aproximación realizada desde la perspectiva de la víctima y uno de sus abogados, y basada en revisión documental y en entrevistas personales. Además, se hace una relación de algunos de los momentos más importantes, normativamente hablando, en la construcción de la protección de la diversidad sexual y en contra de la discriminación en el derecho internacional, y su aplicación en el caso Duque. Se finaliza con algunas conclusiones.

1. De Ángel, Oscar y las Cortes

Ángel Alberto Duque trabajaba como operario de maquinaria en la empresa MANTESA, dedicada a la fabricación de puertas. En 1991 conoció a Oscar, quien sería su pareja por más de 10 años. Para la época en que la pareja inició su vida en común, en Colombia no existía ningún tipo de regulación que apuntara a la protección de personas que se identificaran como homosexuales o que tuvieran relaciones sexuales y amorosas diferentes de las del modelo heterosexual. De esta forma, toda relación de convivencia afectiva entre personas del mismo sexo resultaba ajena al derecho y no tenía posibilidad de producir efectos jurídicos tales como obligaciones alimentarias, afiliación al sistema de seguridad social en salud o pensiones. A pesar de esto, Ángel Alberto y Oscar construyeron una vida en pareja con los elementos básicos de convivencia y colaboración propios de las uniones maritales. En palabras del propio Ángel Alberto:

> *"El 15 de junio de 1991 fue cuando nosotros nos conocimos en una discoteca en el centro de Bogotá, y a la semana tomamos la decisión; duramos una semana, como se dice, conociéndonos, y a la semana ya estábamos tomando la decisión de irnos a compartir en ese entonces una alcoba, un cuarto (...). Nuestra vida fue compartida durante 10 años y 3 meses. Al momento de él fallecer, porque él falleció el 15 de*

septiembre de 2001, nuestra convivencia fue muy linda, con mucho amor, mucho respeto, compartíamos muchas actividades (...)"[11].

Hacia 1992, Ángel Alberto y Oscar decidieron someterse a la prueba Elisa, que determina la presencia del virus de inmunodeficiencia humana en la sangre de las personas, la cual arrojó un resultado positivo para ambos[12]. Desde el momento del diagnóstico, los dos recibieron el tratamiento prescrito para evitar el desarrollo del síndrome de inmunodeficiencia humana. En el año 2000, Ángel Alberto Duque perdió su empleo, por lo que su pareja asumió la provisión de medicamentos retrovirales para él. Sin embargo, Oscar falleció el 15 de septiembre de 2001 por causa de complicaciones relacionadas con el virus, y con su muerte Oscar perdió todos los derechos a la seguridad social.

Tras la muerte de Oscar, dos situaciones se le presentaron a Ángel Alberto: por un lado, perdió el apoyo económico que le brindaba su pareja; y, dado que continuaba sin trabajo, esa pérdida condujo, según él, a que dejara de recibir los medicamentos necesarios para continuar su tratamiento[13]. Por otra parte, Ángel y Óscar habían adquirido una vivienda en la ciudad de Bogotá, la cual había sido registrada a nombre de Óscar y de una mujer que fue declarada como su compañera. Dado que para acceder a la compra de estas viviendas era requisito que los compradores fueran personas con vínculos familiares entre sí, y para esa fecha las parejas del mismo sexo no eran reconocidas como familia, era imposible registrar la vivienda a nombre de los dos hombres[14].

Así, después de la muerte de Óscar, Ángel Alberto debió sortear una serie de problemas legales para conservar su vivienda, para cuya compra había aportado dinero, y se enfrentó a la mujer que figuraba como copropietaria, quien tenía la intención de ser reconocida como la única dueña del predio. A raíz de este hecho, la víctima del caso acudió al despacho del abogado y activista German Rincón Perfetti, quién le prestó colaboración y le sugirió iniciar acciones tendientes a solicitar el reconocimiento de una mesada pensional como compañero permanente de Óscar, derecho que para la época no estaba contemplado en la legislación colombiana[15].

---

11 Entrevista a Ángel Alberto Duque. Mayo 13 de 2016.

12 Testimonio de Ángel Alberto Duque ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de agosto de 2015. [En línea] https://vimeo.com/137318897

13 Este punto fue debatido fuertemente por los representantes del Estado colombiano, dado que, según los registros, la víctima nunca dejó de estar afiliada al sistema de seguridad social en salud. Además la CorteIDH decidió no declarar la responsabilidad internacional del Estado por esta situación.

14 Entrevista a Ángel Alberto Duque. Mayo 13 de 2016.

15 Ídem.

En este sentido, se le presentó una solicitud de información a COLFONDOS, compañía encargada del reconocimiento de la mesada pensional, sobre los requisitos para acceder a la pensión de supervivencia. El 3 de abril de 2002, esa entidad respondió que la legislación colombiana no reconocía ningún tipo de mesada pensional a parejas del mismo sexo, por lo que no era procedente otorgarla[16]. A raíz de la negativa de COLFONDOS, Ángel Alberto acudió a la jurisdicción doméstica del Estado colombiano para solicitar el reconocimiento de lo que creía era su derecho. Así, interpuso una tutela para acceder a la pensión[17]. El juzgado 10 civil municipal de Bogotá negó el amparo constitucional solicitado el 5 de junio de 2002, decisión confirmada por el juzgado 12 civil del circuito de Bogotá, el cual determinó que:

> *"No sólo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.*
>
> *En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia"*[18].

---

16 Comisión Colombiana de Juristas y Germán Rincón Perfetti. Escrito Autónomo de Solicitudes, Argumentos y Pruebas. Caso Ángel Alberto Duque vs, Colombia. 12 de enero de 2015, p. 4.

17 Quinche, Manuel Fernando. Vías de Hecho. Acción de Tutela contra Providencias. Tercera Edición. Universidad del Rosario, 2007, p. 27. Para el lector que no esté familiarizado con esta acción, la tutela es el recurso previsto en la Constitución Política de Colombia de 1991 diseñado para proteger a las personas de cualquier violación, por acción u omisión, de derechos humanos que pudiere ocasionar una autoridad pública o un particular que preste un servicio público. La acción de tutela solo es procedente en los casos en los que no exista otro recurso adecuado para salvaguardar el derecho vulnerado, o sea utilizada de manera transitoria para proteger los intereses de las personas.

18 Decisión citada en: Comisión Colombiana de Juristas y Germán Rincón Perfetti. Escrito Autónomo de Solicitudes, Argumentos y Pruebas. Caso Ángel Alberto Duque vs, Colombia. 12 de enero de 2015, p. 5.

Las sentencias no sólo le negaron a Ángel Duque el derecho a la pensión, sino que sustentaron tesis contrarias a los derechos de los homosexuales en general, refiriéndose a aspectos como el concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano, y argumentando que las parejas del mismo sexo no cabían en esa concepción. Esta decisión fue enviada a la Corte Constitucional colombiana para su eventual revisión, pero no fue seleccionada por el alto tribunal. Como resultado, Ángel Alberto y sus abogados decidieron llevar el caso ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos el 8 de febrero de 2005.

2. Cambios en el sistema jurídico colombiano

Desde la fecha en que se llevó la petición al sistema interamericano hasta el momento en que se produjo el fallo de la Corte Interamericana, se presentaron cambios importantes en el ordenamiento jurídico colombiano en temas relacionados con el caso. Así, como ya se mencionó, para la época en que la mesada pensional le fuera negada a Ángel Alberto Duque, el sistema jurídico colombiano no consagraba ningún tipo de protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Sin embargo, sí existía un marco de protección de la diversidad sexual y la prohibición de la discriminación en razón de la orientación sexual que se habían reforzado progresivamente a la sombra de la Constitución de 1991.[19] En los años siguientes, este marco de protección crecería hasta incluir la pensión de supervivientes.

A partir del año 2007, la Corte Constitucional colombiana empezó a llevar la protección por orientación sexual al ámbito de las relaciones entre personas del mismo sexo. Como lo señala Diego López, la ley 54 de 1990 se convirtió entonces en uno de los mayores campos de batalla en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia[20]. Esta ley establece el régimen regulatorio para las parejas que conviven sin un vínculo matrimonial, denominado unión marital de hecho, y en el tenor literal de su articulado la protección se daba de manera exclusiva a las parejas conformadas por un hombre y una mujer. Ante esta limitación, la Corte Constitucional encontró en la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007 un déficit

---

[19] Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar. El derecho judicial de la población LGBTI y de la familia diversa. Universidad del Rosario y LEGIS, 2013, p. 32. Ver también Julieta Lemaitre "Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso," en Manuel Iturralde y Daniel Bonilla, editores, Hacia un nuevo derecho constitucional, Bogotá: Universidad de los Andes.

[20] López Medina, Diego. Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Universidad de los Andes y Legis, 2016, p. 57.

de protección de las parejas compuestas por personas del mismo sexo; las cuales, según la Corte, habían elegido una opción de vida válida a luz del ordenamiento constitucional. Al respecto, la Corte estableció que el régimen de unión marital creado por la ley 54 no podía enfocarse exclusivamente en la protección de la mujer, como se había expresado en un anterior análisis de constitucionalidad de la ley[21], sino que debía ampliarse. Así:

> *"Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predican de la pareja heterosexual.*
>
> *En efecto, tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante"*[22].

Fue notable el giro de la Corte Constitucional hacia la construcción de un régimen jurídico de protección de la diversidad sexual en Colombia en ese momento; sin embargo, también es cierto que la Corte no garantizó del todo los derechos de las parejas del mismo sexo. Lo que dijo la Corte fue que establecer una diferencia entre parejas compuestas por personas del mismo sexo y parejas heterosexuales no constituía *per*

---

[21] En la sentencia C-098 de 1996, la Corte estableció que restringir el marco de aplicación de la ley a las parejas heterosexuales era constitucionalmente legítimo en la medida en que la ley se enfocaba en garantizar un régimen de protección a la mujer concubina y no en discriminar a parejas del mismo sexo. Ver López, Diego. Ibidem, p. 60.

[22] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil. Decisión del 7 de febrero de 2007.

se un acto de discriminación por parte del legislador. En este sentido, le corresponde al tribunal determinar, *caso por caso*, cuándo dicha diferenciación resulta contraria a la Constitución, en la medida en que distintos actores vayan presentando problemas jurídicos al conocimiento de la Corte[23]. Esto ha resultado en una defensa a retazos de los derechos de las parejas del mismo sexo, caso por caso y sentencia por sentencia. Y mientras tanto, la Corte solicitó al Congreso que reglamentara los derechos que surgen de las uniones maritales de parejas del mismo sexo, reglamentación que nunca se dio, de manera que la garantía de los derechos continuó ejerciéndose por la vía jurisprudencial.

A partir de entonces Colombia ha experimentado una lenta expansión de las garantías que el derecho da a las parejas del mismo sexo. En lo que respecta a los derechos pensionales, en 2008 la Corte Constitucional ordenó eliminar la discriminación existente en el orden jurídico en una sentencia específica sobre este derecho. De tal forma, en la sentencia C-336 de 2008 se estableció la existencia de un déficit de protección para parejas del mismo sexo, las cuales deberían tener derecho a la pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales. Esta sentencia, y en general el desarrollo de los derechos a través de la interpretación jurisprudencial, generó una serie de desacuerdos en lo que respecta a su alcance e interpretación. Por ejemplo, entre los años 2008 y 2010 fue problemático establecer si las parejas del mismo sexo debían elevar a escritura pública su unión para acceder al derecho a la pensión, requisito no solicitado a las parejas heterosexuales. Tampoco era claro si los efectos de la sentencia debían aplicarse sólo a situaciones que se configuraran con posterioridad a la emisión de la sentencia, o si podía aplicarse de manera retroactiva a uniones conformadas antes de que la decisión fuera proferida[24]. En 2010 la Corte procedió a subsanar estas dudas con una interpretación menos restrictiva que su jurisprudencia de 2008, eliminando las barreras y cualquier diferencia entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo, también en lo que se refiere a los derechos pensionales[25]. Queda claro que este escenario es pertinente en el caso de Ángel Alberto Duque: si su caso se hubiera presentado en 2010, por ejemplo, existiría la garantía constitucional

---

23 Ídem. Además ver: López Medina, Diego. Cómo se construyen los derechos. Op. Cit., p. 65.

24 Por ejemplo, en la sentencia T-911 de 2009, con la ponencia de Nilson Pinilla, una de las salas de revisión de la Corte Constitucional estableció la razonabilidad de exigir la escritura pública a las parejas del mismo sexo y la imposibilidad de solicitar la mesada pensional si una de las personas que conformaban la unión hubiera muerto antes de que se profiriera la sentencia de 2008. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla. Decisión del 9 de diciembre de 2009.

25 Dicho precedente ha sido reiterado en diversas ocasiones y estabilizado por la Corte Constitucional. Por lo que puede pensarse que dentro de la lógica discursiva de la Corte, las barreras al acceso de mesada pensional han sido borradas. Ver: López Medina, Diego. Cómo se construyen los derechos. Op. Cit., p. 76-82.

del derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a la pensión de sobreviviente, que sería aplicable al caso concreto; por lo que, en teoría, hubiera bastado la presentación de una nueva acción de tutela para que se garantizara la pensión. A pesar de ello, en este caso concreto no está claro si, al presentarse la reclamación, esa prestación se otorgaría desde el momento en que Ángel Alberto acudió a COLFONDOS para solicitarla (es decir, desde 2002), o si se haría sólo por los tres años inmediatamente anteriores al nuevo reclamo, aplicando la norma de la legislación laboral vigente según la cual los derechos laborales prescriben a los tres años[26]. Esto permitiría pensar que el caso aún tenía posibilidades de viabilidad ante el sistema interamericano, puesto que la acción laboral habría prescrito para los años entre el 2002 y los tres años anteriores al momento en que se interpusiera la acción, resultando en una pensión muy reducida.

3. El derecho internacional y la protección de las categorías de orientación sexual e identidad de género en contra de la discriminación

Llevar los problemas relacionados con la orientación sexual y la identidad de género al derecho interamericano de los derechos humanos ha sido un largo proceso, y ha sucedido en buena parte de la mano de organizaciones de derechos humanos[27]. Los conceptos de "orientación sexual" e "identidad de género" no aparecen en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. El único instrumento que los incluye de forma explícita son los principios de Yogyakarta, que no tienen estatus convencional. Su desarrollo se ha dado por la vía interpretativa, en un largo camino que la Corte IDH describe en su sentencia en el caso Duque, y que incluye no sólo el sistema interamericano de derechos humanos sino también el sistema europeo y el internacional.

El primer espacio del derecho internacional que articuló la protección contra la discriminación por orientación sexual fue la Corte Europea de Derecho Humanos (en adelante la Corte Europea). En el caso *Dudgeon contra el Reino Unido* (1981), la Corte Europea condenó la penalización de los actos de sodomía, alegando que constituía una injerencia ilegítima de los Estados en la vida privada de las personas, sin

---

[26] Artículo 488. Decreto Ley 2363 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo que establece lo siguiente: las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

[27] Yoshino, Kenji. El clóset judicial y el altar legislativo. En: Alegre, Marcelo y otros. Derecho y Sexualidades. SELA y Libraria, Buenos Aires, 2010, p. 120-121.

hacer referencia a la discriminación[28]. Hacia finales de los años 90, la Corte Europea avanzó hacia un reconocimiento más amplio de protección en el marco de los casos *Praen y Beckett*[29], *Smith*[30] *y Grady*[31] contra el Reino Unido, en los cuales declaró que excluir personas del servicio militar de un Estado por su orientación sexual resulta contrario al Convenio Europeo. Finalmente, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta* vs. Portugal de 1999[32], el tribunal declaró que la orientación sexual es una categoría protegida en contra de la discriminación en el marco del Convenio. En dicho fallo la Corte estableció que la lista de categorías protegidas en el marco del Convenio no es exhaustiva y otras pueden ser incluidas[33].

En el ámbito internacional, el primer caso que protege personas por su orientación sexual fue en 1992, *Toonen vs. Australia*[34] en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este caso también se demandó exitosamente, la criminalización de la sodomía. El Comité consideró que las normas que criminalizaban la sodomía violaban la privacidad de las personas sin pasar la prueba de la razonabilidad.

El año 2006 fue un punto de inflexión en de la creación de un discurso de protección de la diversidad sexual desde una perspectiva global. Ese año, por iniciativa de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos

---

28 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Dudgeon vs, Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 1981. Aplicación No. 7525/76. Reiterado en: Caso Norris vs, Irlanda. Sentencia del 26 de octubre de 1988. Aplicación No. 10581/83., y Caso Modinos vs, Chipre. Sentencia del 22 de abril de 1993. Aplicación No. 15070/89.

29 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Praen y Beckett vs, Reino Unido. Sentencia del Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N. 31417/96 y 32377/96.

30 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Smith vs, Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N. 33985/96.

31 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Grady vs, Reino Unido. Sentencia del Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N. 33986/96.

32 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs, Portugal. Sentencia del 21 de diciembre de 1999. Aplicación No. No. 36515/97.

33 Para un estudio más profundo en la materia ver: Ammaturo, Francesca Romana. "The 'Pink Agenda': Questioning and Challenging European Homonationalist Sexual Citizenship." Sociology 49, no. 6, 2015 1151-1166 y Waele, Henry y Anna van der Vleuten. "Judicial Activism in the European Court of Justice - The Case of LGBT Rights." Michigan State University College of Law Journal of International Law No. 3 2010, 639.

34 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Toonen vs, Australia, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Así, "The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an "other status" for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation".

Humanos, se llevó a cabo una reunión de expertos en Yogyakarta (Indonesia) en la cual se emitió la declaración de principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta), presentada ante la Organización de Naciones Unidas en 2007[35]. El documento sintetiza una serie de principios generales de protección de personas en razón de su orientación sexual o identidad de género en el marco del derecho internacional vigente. El documento, que no es un tratado internacional, presenta definiciones amplias de estas categorías con el fin de garantizar una cobertura suficiente a personas que no se identifiquen con las clásicas definiciones de gay, lesbiana, bisexual o transgénero[36], y se ha convertido en un referente obligado en estos temas[37]. Así, y a diferencia de otras iniciativas de creación de un marco de protección en el plano multilateral[38], los Principios de Yogyakarta han tenido un éxito considerable como un referente normativo para tribunales nacionales e internacionales y, en general, para organismos estatales de algunos Estados.

Este éxito ha sido atribuido a las modestas reivindicaciones que incluye, la estabilidad de sus fundamentos argumentativos y filosóficos y la promoción estratégica que se les dio[39].

---

35 Comisión Internacional de Juristas. Guía para Profesionales N. 4 Orientación Sexual e Identidad de Género y Derechos Internacional de los Derechos Humanos, 2009, p. 4.

36 De acuerdo con los Principios, se entiende por orientación sexual "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas"; y por identidad de género, "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". Principios de Yogyakarta, p. 6.

37 Aunque estas categorías no se encuentran exentas de críticas. Ver por ejemplo: Waites, Matthew. Critique of 'sexual orientation' and 'gender identity' in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles. *Contemporary Politics*, Vol. 15, No. 1, March 2009, 137–156.

38 En 2003, la delegación de Brasil presentó un borrador de declaración a la Asamblea General de Naciones Unidas en la que expresaba que el marco general de protección de derechos debía aplicarse a personas identificadas como pertenecientes a minorías sexuales, sin hacer ningún intento por crear derechos especiales. Esta resolución fue obstruida por las delegaciones de Pakistán, Egipto, Libia, Arabia Saudita y Malasia, con un fuerte apoyo del Estado del Vaticano. Por otra parte, en 2006 una reunión de expertos creó un documento conocido como Declaración de Montreal, que sintetiza las demandas del "movimiento" LGBT en los términos más amplios posibles. Esta declaración se ha convertido en un plan de acción de activistas más que en un impulso para gobiernos y Estados en la materia. En: Thoreson, Ryan Richard. Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm that Dare Not Speak Its Name. Journal of Human Rights, 8, pp. 326-327.

39 Thoreson, Ryan Richard, ibidem, pp. 328-335.

Por otra parte, en 2008, la Asamblea General de la OEA adoptó una resolución sobre "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género".[40] En la resolución se manifiesta la preocupación de los estados por la violencia cometida a causa de la orientación sexual y la identidad de género. En las Naciones Unidas también, en el marco de la Asamblea General de 2008, un grupo de países suscribió una declaración sobre la materia, que no fue adoptada por la Asamblea. Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas expidió su Resolución respecto a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, 2011, en la que demuestra un escueto interés en la materia[41].

En este contexto, la creación de un discurso de protección en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se dio en varios pasos y en diálogo con lo sucedido en los sistemas europeo e internacional. El primero de ellos se dio en el marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, donde se han expedido constantes resoluciones relativas a la situación de la población LGBTI en el continente, como la violencia contra los miembros de esa comunidad y en que se incluyen, de manera más reciente, otros aspectos estructurales de discriminación[42]. Sin embargo, este proceso no ha estado exento de dificultades, como por ejemplo la negativa de un gran número de países a adherir a los compromisos políticos de las resoluciones por falta de consenso internacional o doméstico en la materia[43]. Adicionalmente, en 2013 se creó una Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, que incluye la orientación sexual y la identidad y expresiones de género como categorías prohibidas de discriminación; sin embargo, a la fecha sólo ha sido firmada por nueve Estados y no ha sido ratificada por ninguno, por lo que no está en vigor[44]. Un segundo paso se dio en el seno de la CIDH con la creación, en 2011, de una unidad dedicada al monitoreo de los derechos de la población LGBTI en el continente, convertida en relatoría en 2014. La creación de la relatoría ha permitido visibilizar los derechos humanos de la población LGBTI en el

---

40 Asamblea General de la OEA AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)

41 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución relativa a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

42 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2504 (XXXIX-O/09) de 2009; AG/RES.2600 (XL-O/10) de 2010; AG/RES.2653 (XLI-O/11) de 2011; AG/RES.2721 (XLII-O/12) de 2012; AG/RES.2807 (XLIIIO/13) de 2013; y la más reciente resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14) de 2014

43 Negro, Dante Mauricio. Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano. Revista Derecho PUCP, n. 73, 2014, pp. 159- 167.

44 Para consultar el estado de las firmas y ratificaciones ver: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp

trabajo de la CIDH. Esto ha permitido la presentación de tres casos sobre la materia a la Corte Interamericana[45], la realización de varias audiencias temáticas en el marco de las sesiones de la Comisión[46] y la emisión de un informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas[47].

El tercer escenario de creación de un discurso de protección de la diversidad sexual es el jurisdiccional. La Corte Interamericana ha sido un foro importante para el surgimiento de estándares internacionales de protección de la población LGBTI. Así, en 2011 la Corte tuvo conocimiento del caso Atala Riffo y niñas contra Chile. El caso, relacionado con una jueza chilena a quien se le despojó de la custodia de sus hijas por el hecho de ser lesbiana, culminó con una sentencia en la que la Corte afirmó la existencia de un conjunto de obligaciones derivadas del derecho internacional encaminadas a la prohibición de la discriminación por orientación sexual. En esa ocasión, fue evidente la existencia de una pugna ideológica en el marco del litigio, dado que Chile intentó desestimar la existencia de una obligación de reconocimiento de la diversidad sexual como categoría protegida en el derecho internacional y la inexistencia de una norma encaminada a reconocer a la familia diversa. Por su parte, la CIDH y los representantes de las víctimas hicieron una férrea defensa de la existencia de dichas obligaciones y la ilegitimidad de la imposición de un modelo de heterosexualidad obligatoria a las personas que se encuentran bajo la protección de la Convención Americana[48]. Fue en la sentencia de este caso que la Corte Interamericana materializó la "orientación sexual" y la "identidad de género" como categorías protegidas en el marco de la Convención Americana.

La sentencia en el caso Atala Riffo es el antecedente directo del caso Duque, y vale la pena detenerse en su argumentación, pues es a él que hace referencia la Corte Interamericana en el caso Duque. Así, en primer lugar, la sentencia resalta la importancia del principio de igualdad ante la ley y no discriminación en el marco

---

45 CIDH. Demanda ante la Corte IDH en el caso Karen Atala Riffo y niñas, Caso 12.502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010, Nota de remisión del caso Ángel Alberto Duque vs, Colombia, Caso 12.841. 21 de octubre de 2014, y Nota de remisión del caso Homero Flor Freire vs, Ecuador. Caso 12.743. 11 de diciembre de 2014. [En línea] http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp

46 Estas audiencias han incluido temas como la violencia estatal, la discriminación, sexualidades diversas ancestrales, entre otros. [En línea] http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32

47 CIDH. Violencia contra personas LGBTI. 12 de noviembre de 2015. [En línea] http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf

48 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs, Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

del derecho internacional de los derechos humanos como parte del *ius cogens*.[49] En segundo lugar, la Corte Interamericana reitera su postura de considerar los tratados de derechos humanos "instrumentos vivos" cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida, doctrina que le ha permitido a la Corte interamericana proteger grupos vulnerables[50], como las personas en situación de discapacidad[51] y los pueblos indígenas[52], a partir del principio *pro homine,* que coloca la dignidad del ser humano en el centro de la interpretación de las normas de derechos humanos. De esta forma, la Corte Interamericana utiliza las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, ya mencionadas, así como al artículo 29 de la Convención Interamericana[53] y la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, ya mencionada, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[54], el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales[55], el Comité de Derechos del

---

49 Ibídem, párr. 80.

50 Ibídem, párr. 83.

51 Ver: Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs, Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

52 Ver: Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs, Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284.

53 En su texto literal la Convención establece: Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (…).

54 Por ejemplo: Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Edward Young vs, Australia, Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Polonia, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23. En: CorteIDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., pie de página 104.

55 Así: "Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 ("En `cualquier otra condición social´, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual"). Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 ("en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de […] orientación sexual"); Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 ("el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de […] orientación sexual"); Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 ("En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de […] orientación sexual")." En: CorteIDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., pie de página 106.

Niño[56], el Comité contra la Tortura[57] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[58]. Adicionalmente, la Corte se vale de las declaraciones dadas en el seno de las Naciones Unidas, en las que se incluye la mencionada resolución del Consejo de Derechos Humanos e informes de algunos relatores especiales[59]. Todos estos instrumentos se citan de nuevo en el caso Duque.

Después de este ejercicio hermenéutico, la Corte estableció un estándar de protección en materia de orientación sexual e identidad de género. Este estándar tiene tres pilares fundamentales. Primero, afirma que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, con lo cual se prohíbe la discriminación.[60] Segundo, sostiene que no es necesario que exista un consenso sobre la materia que obligue a perpetuar la discriminación histórica[61]. Finalmente, la Corte estableció que basta con constatar que de manera "explícita o implícita" se haya tenido en cuenta la orientación sexual de la persona para determinar que esta

---

56 Así; "Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 ("es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales"); Observación General No. 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 ("Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deb[e] añadirse también la orientación sexual")." En: CorteIDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., pie de página 107.

57 Así; "Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 ("El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. […]. Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su […] orientación sexual")." En: Corte IDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., pie de página 108.

58 Así; "Cfr.Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 ("La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por […] orientación sexual") y Proyecto de Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 ("La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual")." En: Corte IDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., pie de página 109.

59 CorteIDH. Atala Riffo y niñas vs, Chile. Op. Cit., párr. 90.

60 Ibidem, párr. 91.

61 Ibidem, párr. 92.

identificación de la orientación sexual viola el principio de igualdad.[62] A partir de este estándar la Corte falla en contra de Chile, y además defiende un concepto amplio de familia que permita una protección suficiente de la vida privada.[63] Sin embargo, la Corte en este caso no se refirió a la aplicación de estos estándares en el caso de las parejas del mismo sexo, y el derecho a la familia se predica con relación a la madre lesbiana y sus hijas, y no con relación a una pareja. Para el proceso de ampliación de los estándares a través del litigio, ese era el siguiente caso, y fue la función que cumplió el caso Duque.

4. Cómo se llevó a Ángel Alberto Duque ante un tribunal internacional

El caso de Ángel Alberto Duque a nivel interno contó con la asesoría de Germán Rincón Perfetti, un reconocido activista por los derechos LGBTI, a través del litigio estratégico. Rincón lleva más de 20 años utilizando una gran cantidad de recursos jurídicos con el fin de expandir la protección que el ordenamiento jurídico colombiano da a la población LGBTI. Dentro de estas acciones se encuentra, por ejemplo, la primera acción de inconstitucionalidad en contra de la ley 54 de 1990, antes analizada. Adicionalmente, la lucha de este abogado ha estado enfocada en la protección de personas portadoras de VIH, en cuya representación ha interpuesto centenares de acciones de tutela con el fin de que las entidades prestadoras de servicios de salud garanticen la entrega de los medicamentos necesarios para tratar esta enfermedad[64]. En el ámbito internacional, Rincón también fue pionero en presentar peticiones referentes a la población LGBTI en contra de Colombia. Así, él fue el representante de la víctima en el caso X contra Colombia, llevado a conocimiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, precedente crucial para la ampliación de los derechos pensionales a parejas del mismo sexo en Colombia[65]. El abogado recuerda que en el litigio de dicho caso no tuvo acompañamiento nacional ni internacional que permitiera visibilizarlo ni presionar de alguna manera para su rápido estudio en el Comité. Además, Rincón reconoce que él llevó esa petición al conocimiento de ese ente básicamente porque había recibido una capacitación informal en ese sistema, y no tenía conocimiento del proceso ante las instancias regionales[66].

---

62 Ibidem, párr. 94.

63 Ibídem, párr. 175.

64 Entrevista a Germán Rincón Perfetti. 26 de abril de 2016.

65 La argumentación del Comité fue uno de los pilares en los que se fundó la demanda en contra de la ley 54 de 1990 que terminó con la sentencia C-336 de 2008. En: Quinche Ramírez, Manuel Fernando y Peña Huertas, Rocío del Pilar. El derecho judicial de la Población LGBTI y de la Familia Diversa. Op. Cit., p. 38.

66 Entrevista a Germán Rincón Perfetti. 26 de abril de 2016.

La presencia de Rincón enmarca el caso Duque dentro de una larga estrategia encaminada a lograr el reconocimiento de un discurso determinado en relación con la diversidad sexual, y en particular con la búsqueda de una expansión de los derechos planteados en el caso Atala a las parejas del mismo sexo. En este nuevo paso, Rincón decidió pedir ayuda y acompañamiento a la Comisión Colombiana de Juristas (en adelante CCJ), una de las ONG más representativas en Colombia, con una amplia experiencia en materia de litigio de casos emblemáticos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Germán Rincón recuerda que el proceso ante el sistema regional de derechos humanos avanzó de una manera muy lenta al principio. Sin embargo, según él, ha habido muchos avances gracias a la creación de una coalición de organizaciones y abogados defensores de derechos LGBTI a nivel de Latinoamérica para hacer incidencia en la OEA. Dicha coalición fue la encargada de hacer cabildeo en la Asamblea General de la OEA para que se dieran los avances ya vistos en materia de la consolidación de un discurso de protección de la diversidad sexual en América[67]. Esta situación llevó a que la CIDH hiciera uso de sus facultades de priorizar peticiones en su estudio y seleccionara el caso Duque para darle un pronto trámite[68], lo que indica que dentro de la misma Comisión se consideró que este caso podría ser un buen escenario de avance de la agenda de la diversidad sexual en el continente.

Con respecto a la importancia de presentar el caso Duque, Rincón reconoce que el cambio de legislación dentro del ordenamiento jurídico colombiano hubiera podido conducir a que se llegara a una solución amistosa dentro del proceso. Sin embargo, al ser COLFONDOS un fondo privado, el Estado colombiano no podía garantizar que este otorgaría la mesada pensional a Ángel Alberto Duque de manera retroactiva, desde el 2002. Adicionalmente, el abogado resalta que la intención de tener un "impacto de onda" con el fallo de la Corte Interamericana jugó un papel primordial en la no terminación del proceso[69]. La idea que subyace esta afirmación es que una sentencia

---

67 Esta es una organización de carácter informal que agrupa organizaciones de casi todos los países dedicados a la incidencia ante órganos políticos internacionales y nacionales en materia LGBTI. Entrevista a Germán Rincón Perfetti. 26 de abril de 2016.

68 La rapidez con la que la CIDH dio trámite al caso desde el año 2011 puede ser una prueba de esta afirmación. Así, la Comisión decidió sobre la admisibilidad de la petición en el año 2011, emitió un informe de fondo el 2 de abril de 2014 y presentó el caso a la Corte el 21 de septiembre del mismo año., lo que en términos de la CIDH representa un trámite bastante rápido. En: CIDH. Informe No. 150/11, del 2 de noviembre de 2011. Informe No. 5/14 del 2 de abril de 2014 y Nota de remisión del caso 12481 del 21 de octubre de 2014.

69 Entrevista a Germán Rincón Perfetti. 26 de abril de 2016.

de un tribunal internacional puede incidir de manera positiva en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana a través del rol de legitimización y normalización de discursos que tienen los tribunales internacionales.

De esta forma, la alianza de Rincón y la CCJ diseñó una estrategia de litigio basada en solicitar a la Corte que declarara que Colombia había discriminado a Ángel Albero Duque al no concederle la pensión de sobreviviente y al no haber adecuado su ordenamiento interno para garantizar la no discriminación de las parejas LGBTI en materia pensional. Lo anterior llevaría a la vulneración por parte de Colombia de su deber de garantizar el acceso a recursos efectivos. Adicionalmente, los abogados intentaron construir un argumento de vulneración de la integridad de Ángel Alberto, en la medida en que la negativa a otorgarle la pensión impidió que se afiliara al sistema de seguridad social, lo que generó la suspensión de la medicación y puso en riesgo su vida[70].

Un punto notable de este caso es que es un ejemplo de buenas prácticas de comunicación entre la víctima de una violación de derechos humanos y sus representantes ante el sistema interamericano, y sabemos que esto no siempre es así. Recordemos que Ángel Alberto Duque acudió al despacho de Germán Rincón con el fin de consultarle sobre el derecho de propiedad sobre su vivienda. En dicha reunión, el abogado le planteó a la víctima una estrategia de litigio por derechos que él no pensaba que tenía, y lo acompañó en todo el proceso a lo largo de alrededor de 14 años. Durante este tiempo Ángel Alberto Duque se comprometió con la causa y con la lucha por una comunidad de la cual se siente parte. Así, si bien a partir de 2008 existía la posibilidad de una solución amistosa con base en la nueva jurisprudencia constitucional, Duque decidió continuar con el proceso internacional, renunciando a presentar cualquier tipo de reclamación ante la jurisdicción interna y retrasando así varios años el reconocimiento de sus derechos. En su relato, como en el de sus abogados, se evidencia que la decisión fue de Duque, y que sus abogados le explicaron todas las consecuencias de su decisión y los riesgos que corría. Esto incluía su participación activa ante los órganos del sistema cuando se requiriera, su aparición en diferentes medios de comunicación y su visibilización como hombre gay portador de VIH[71]. En palabras de Duque:

---

70 Comisión Colombiana de Juristas y Germán Rincón Perfetti. Escrito Autónomo de Solicitudes, Argumentos y Pruebas. Caso Ángel Alberto Duque vs, Colombia. 12 de enero de 2015, pp. 19-30.

71 Entrevista a Ángel Alberto Duque. Mayo 13 de 2016.

"Al ver uno en el momento en el que se solicitó lo de la pensión, y verse uno discriminado, que un gobierno no sea capaz de reconocer que habemos (sic) personas diversas y diferentes y que somos minoría, que no hay esa protección, y que si yo seguía con lo de la demanda internacional, y si ellos salían a favor mío, entonces íbamos a favorecer nuestra comunidad, y no solo a nivel nacional, a nivel internacional; porque esto ya queda como un precedente para que otras organizaciones internacionales tengan de donde apegarse a la Corte Internacional para que pidan los derechos fundamentales en su país, y en Colombia si que con mayor veras"[72].

A pesar de su triunfo, la sentencia no reflejó todos sus intereses. Duque relató durante la audiencia ante la Corte Interamericana que, debido a la suspensión de su medicación y la negativa de otorgarle la mesada pensional, tuvo que pasar dificultades y buscar un trabajo para garantizar su afiliación a la seguridad social. Esta situación abre la puerta a la protección del proyecto de vida, reconocido en la jurisprudencia de la Corte[73]. Sin embargo el argumento no fue acogido por la Corte Interamericana, la que pareció restarle toda importancia a los hechos relacionados con la enfermedad del señor Duque; más bien, el propósito era garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo a través de la pensión.

Lo anterior nos lleva a identificar las dinámicas de organización y colaboración necesarias para la introducción de determinados debates en el litigio ante el sistema interamericano. De esta forma, los procesos de movilización social siguen una serie de dinámicas de utilización política del derecho, que se fortalecen con la interacción de actores provenientes de diferentes Estados y diferentes áreas de interés y desarrollo litigioso. Esto con el fin de lograr respuestas políticas y visibilizar determinadas agendas en determinados contextos[74]. Y en este caso la agenda era clara: ampliar lo que había dicho la Corte Interamericana sobre la no discriminación en el caso Karen Atala y niñas vs. Chile a un caso de parejas del mismo sexo, de manera que quedara

---

72 Entrevista a Ángel Alberto Duque. Mayo 13 de 2016.

73 Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs, Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs, Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs, Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

74 Para profundizar sobre estos procesos: McCann, Michael. Law and Social Movements. En: Sarat, Austin. The Blackwell Companion to Law and Society. Blackwell 2007, 506-522.

claro que, en cuanto parejas, las personas LGBTI también estaban protegidas de la discriminación.

5. La decisión de la Corte y la objeción del Estado

La Corte Interamericana emitió su fallo de fondo sobre el caso Duque el 26 de febrero de 2016. En su decisión la Corte condenó a Colombia únicamente por una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, dado que se constató la existencia de discriminación por razones de identidad de género y orientación sexual. Para esto, la Corte toma como punto de partida en su análisis el desarrollo en el caso Atala, entendiendo la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con respecto a la discriminación sufrida por Ángel Alberto, la Corte se centró en el análisis del artículo 24 de la CADH sobre igualdad ante la ley, en la medida en que se encontró que la legislación vigente en Colombia en 2002 (los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y artículo 10 del decreto 1889 del 3 de agosto de 1994) hacía una diferenciación de trato entre parejas del mismo sexo y de distinto sexo. De esta manera, el análisis de la Corte se encaminó a determinar si dicha legislación era o no discriminatoria, y llegó a la conclusión que sí lo era y que esa discriminación no tenía justificación. Así, en su análisis el Tribunal recordó que una diferencia de trato derivada de la ley no es *per se* discriminatoria; sin embargo, para ser justificable a la luz de la Convención, esta debe cumplir una serie de requisitos: una justificación objetiva y razonable, una finalidad legítima, y proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, con la carga de la prueba sobre el Estado.[75]

El Estado colombiano no intentó defender la discriminación, sino que señaló que, dada la jurisprudencia de la Corte Constitucional de 2008 y 2010, Ángel Alberto Duque tenía un recurso interno que no había agotado (a pesar de haber perdido la tutela interpuesta con anterioridad a este cambio jurisprudencial) [76]. La defensa internacional del Estado se enfocó en argumentar que el hecho ilícito internacional había cesado en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya citada, dado que consideraba que dichas decisiones habían brindado a Duque la posibilidad de volver a acudir a la jurisdicción interna. Esta tesis fue desechada por el Tribunal en la medida en que la

---

[75] Corte IDH. Caso Duque vs, Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 106.

[76] Ibídem, párr. 98.

legislación interna establece que las acciones derivadas de los derechos de seguridad social prescriben tres años después de hacerse exigibles, lo que llevaría a que solamente se reconocieran tres años de mesada pensional[77].

Luego de desestimar la defensa del Estado, la Corte Interamericana hizo un desarrollo normativo similar al que desplegó en el caso *Atala* para establecer que la diferenciación de trato de parejas del mismo sexo dentro del régimen de seguridad social es una violación a las disposiciones de la Convención. La sentencia hace abundante referencia a los pronunciamientos de las instancias internacionales mencionados arriba[78], y además utiliza los Principios de Yogyakarta como criterio interpretativo. Dice la Corte Interamericana:

> *"Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte"*[79].

Posteriormente, el Tribunal hace un análisis de derecho comparado utilizando "ciertos" avances normativos que han reconocido derechos patrimoniales y familiares a parejas

---

77 Ibidem,párrs. 134 -135.

78 Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General Nº 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General Nº 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, caso Edward Young v. Australia, Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), párr. 10.4

79 Corte IDH. Caso Duque vs, Colombia. Op. Cit, párr. 110.

del mismo sexo en el continente, dentro de los que se encuentran México[80], Uruguay[81], Argentina[82], Brasil[83], Chile[84], Estados Unidos[85] y Colombia[86]. La jurisprudencia de Colombia en particular se cita abundantemente en la sentencia, de manera que no deja de llamar la atención que la Corte use la jurisprudencia del mismo Estado, quizás más garantista que el derecho internacional, para declarar su responsabilidad internacional. En la decisión final es importante resaltar que la Corte omitió hacer un pronunciamiento contundente que permitiera establecer los derechos patrimoniales en materia de seguridad social para parejas del mismo sexo. En este sentido, parece que la Corte se limitó a presentar una serie de referencias a otros organismos nacionales e internacionales, sin dar una explicación adecuada de por qué en el marco del Sistema Interamericano estos estándares deben ser aplicados o de su importancia. Así, si bien la Corte dejó claro que no se podía discriminar, no aclaró si era obligación de los estados o no reconocer los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. Este movimiento hermenéutico de la Corte fue duramente criticado por el juez Vio Grossi, quien en su voto parcialmente disidente insistió que no existe en derecho internacional tal obligación de reconocer derechos patrimoniales a parejas del mismo sexo, y dicha obligación no era exigible al Estado para el año 2002[87].

---

80 México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de junio de 2015, 1a./J.43/2015. México, DF, Código civil para el Distrito Federal, modificado por la ley de 29 de diciembre de 2009. México, DF, Asamblea legislativa del Distrito Federal, Ley de sociedad de convivencia para el Distrito Federal, 16 de noviembre de 2006.

81 Uruguay, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Ley N. 18.246, "Unión Concubinaria", 27 de diciembre de 2007, Artículo 14. Ley Nº 19.075, aprobada por el Parlamento el 10 de abril 2013 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de mayo 2013.

82 Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002.

83 Brasil, Superintendência Nacional de Previdência Complementar, Portaria Nº 941, 9 de diciembre de 2010. Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, 5 de mayo de 2011. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, 14 de mayo de 2013.

84 Chile, Ministerio Secretaria General de Gobierno, Ley No. 20.830, Del acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles, promulgada el 13 de abril de 2015 y publicada el 21 de abril de 2015.

85 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Obergefell et al. vs., Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

86 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008. Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008.

87 Esto en virtud de que "en esos tiempos y como consta en la Sentencia, no sólo no existía tratado o norma de derecho internacional alguna que aludiera a dichas uniones de hecho, sino que incluso éstas han sido reconocidas en sólo cinco Estados Parte de la Convención con posterioridad al año 2002. A tal dato habría que añadir que el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha permitido únicamente en cuatro Estados Parte de la Convención y en épocas muy recientes. De modo, entonces, que, incluso en la actualidad, dieciséis Estados Parte de la Convención no contemplan en sus legislaciones uniones de hecho o civiles entre personas del mismo sexo". Vio Grossi, Eduardo. Voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs, Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

En este sentido, el juez acusa a la mayoría del Tribunal de hacer una interpretación engañosa del carácter "vivo" de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Al respecto, el juez establece que:

> *"La interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas"*[88].

Además, el juez critica que la Corte haya utilizado sólo los avances normativos en la materia de unos pocos Estados de la región y resalta que la práctica de la mayoría de Estados no va en la misma línea.[89] Finalmente, el voto va en contra de la aplicación de los Principios Yogyakarta en la medida en que considera que no es una norma de derecho internacional y ni siquiera un documento con fuerza interpretativa de la Convención[90]. El salvamento de voto, y la estrecha mayoría por la que se adoptó (cuatro contra dos) refleja las limitaciones del fallo y la necesidad de que la Corte Interamericana aclare cuáles, de la larga lista que hace, son las fuentes de derecho aplicables al caso y qué obligación crean para los Estados en el marco de la Convención Americana.

Desde el Estado también hubo cierta insatisfacción por la decisión, insatisfacción que expresaron los abogados del caso Duque. La defensa jurídica internacional de Colombia ha sido manejada desde hace algunos años por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ANDJE[91]; pero esta entidad suele designar un agente

---

88 Ídem.

89 Ídem.

90 Ídem.

91 De acuerdo al portal virtual de la entidad: "Mediante la Ley 1444 de 2011, se modificó la estructura de la administración pública nacional y se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como una Unidad Administrativa Especial, como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. La Agencia está adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tiene como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa, cuya misión es planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y propender al fomento de los derechos fundamentales. [En línea] http://www.defensajuridica.gov.co/agencia/quienessomos/Paginas/informacion-general-agencia.aspx

externo para llevar el litigio ante la Corte Interamericana, quien se une a abogados de la entidad para diseñar la estrategia de defensa que se adelantará. Para el caso de Ángel Alberto Duque, la Agencia delegó a Juana Inés Acosta y a Camilo Vela como agentes ante la Corte Interamericana. Acosta es una de las abogadas con mayor experiencia en litigio ante la Comisión y la Corte en Colombia, con alrededor de 13 años de trabajo con entidades estatales que han tenido presencia ante el sistema[92]. Por su parte, Vela también ha tenido una trayectoria importante como abogado del Grupo Operativo Interinstitucional (GOI) y miembro del equipo de defensa internacional de Colombia en la ANDJE, y ha participado en varios casos emblemáticos, como el de los desaparecidos del Palacio de Justicia. El caso Duque fue su primera experiencia como agente ante la Corte.

Los dos expresan preocupación por la utilización para el litigio estratégico de casos contra Estados que, según ellos, no tienen responsabilidad internacional real, como lo sería el caso Duque. En palabras de Juana Acosta:

> *"Cuando las instituciones están lo suficientemente fortalecidas en ciertos temas, resulta paradójico que el sistema funcione como plataforma para legitimar discursos contra los Estados que han avanzado en los temas. Aquí está el tema de Ángel Alberto Duque. Si bien yo estoy de acuerdo con que el sistema puede ser una plataforma para el avance en la jurisprudencia y el avance sobre los derechos, no puede serlo a costa de la responsabilidad de Estados que realmente no son responsables internacionalmente. (...) Lo que sí me parece absolutamente legítimo es el papel de las víctimas, es decir, en este caso la CCJ y Germán Humberto Rincón Perfetti estaban en todo el derecho de tratar de avanzar en su litigio estratégico como activistas del tema de diversidad sexual, y en ese sentido ellos obviamente supieron utilizar las plataformas (...) Lo que yo cuestiono es el papel de la Comisión Interamericana porque, sobre todo desde hace un tiempo, el papel de Comisión es un papel de orden público interamericano,*

---

92 Programa de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, Grupo Operativo Interinstitucional, GOI, del Ministerio de Relaciones Exteriores (encargado del litigio antes de la creación de la ANDJE, del que fue coordinadora por casi cinco años y Agencia de Defensa del Estado. Acosta ha sido agente en varios casos ante la Corte Interamericana, como el de Manuel José Cepeda, el caso Yarce y otras, y recientemente del caso Duque y el caso IB contra Bolivia. Entrevista a Juana Inés Acosta. 17 de mayo de 2016.

pero eso ellos lo dejan por un lado y se concentran en seguir siendo litigantes"[93].

Vela pone de presente los peligros de la pérdida de confianza por parte de los Estados en la Corte, y expresa su desacuerdo con que casos como este lleguen a conocimiento del tribunal. Para él, "*Colombia había demostrado dentro de la actuación que había unos esfuerzos importantes, que los mecanismos jurídicos que se le ofrecían a Ángel Alberto Duque después de las modificaciones al ordenamiento jurídico que generaron las decisiones de la Corte Constitucional eran suficientes y adecuados para que pudiera acceder a su derecho".* Esto, están de acuerdo, resta legitimidad al sistema interamericano en un momento en que precisamente ha tenido muchos problemas de legitimidad frente a los gobiernos de diversos estados.

6. Consideraciones Finales

La sentencia en el caso Duque cumplió su cometido en cuanto litigio estratégico, extendiendo el caso Atala Riffo a los derechos pensionales y de la seguridad social. Estos son una parte de los derechos de las parejas del mismo sexo, y el caso dejó claro que es violatorio de la Convención que los Estados no aseguren el acceso a la seguridad social y, en general, a las medidas de protección social, en igualdad de condiciones y sin discriminación por orientación sexual o por identidad de género.

Sin embargo, la sentencia no aportó la suficiente explicación de los derechos familiares de las parejas del mismo sexo. El caso ofrecía una buena oportunidad para conectar los avances logrados en el caso Atala con una perspectiva de familia y vida en pareja, pero no fue así. Al otorgar los derechos a la seguridad social sin discriminación por orientación o por identidad sexual, la Corte Interamericana sin duda estaba otorgando derechos a las parejas del mismo sexo, ya que algunos de estos derechos, como la afiliación a la salud y los derechos pensionales, son derechos que se derivan de la relación de pareja. Sin embargo la sentencia no ofrece mayor explicación de la naturaleza de esta relación o de los derechos que de ella se derivan.

---

[93] En este punto se refiere a la modificación de las funciones de la CIDH en el año 2009. Ver al respecto: Calderón, Jorge. Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. N. 10, 2014, pp. 106-107.

Aún así, la sentencia puede ser interpretada en el sentido de establecer dos postulados importantes para el reconocimiento de la diversidad sexual. El primero es que los derechos patrimoniales derivados de la vida en pareja son aplicables para parejas del mismo sexo a la luz de la Convención, ya que el no hacerlo es una forma ilegítima de discriminación. El segundo es que cualquier disposición legislativa destinada a establecer una diferencia entre parejas de diferente sexo y del mismo sexo debe superar el umbral del trato diferencial establecido por la Corte, es decir la prueba de razonabilidad descrita arriba.

Por supuesto, persisten algunas inquietudes. Colombia no parece ser el Estado ideal para una sentencia de este tipo, siendo uno de los más proteccionistas de la región en esta materia. De hecho, la sentencia se encuentra en la extraña situación de justificarse en parte a partir de las decisiones jurisprudenciales colombianas. Sin embargo, parece haber también una relación aquí: después de todo, el caso Duque es el resultado de la acción de un grupo de abogados de causa, que, en el caso de Rincón, son los mismos que han hecho avanzar la jurisprudencia nacional y que ahora buscaban afianzar un precedente que tuviera importancia regional. Esto se hizo, no sin resistencia de los conservadores religiosos, y su presencia tanto en los *amicus* como en el salvamento de voto del juez Vio Grossi indican que el tema de los derechos de las parejas del mismo sexo aún no se ha resuelto del todo en la región.

Ángel Alberto Duque o la última batalla contra el *apartheid* pensional

Mauricio Albarracín Caballero*

1. Introducción

El médico le prestó los periódicos al coronel. Pasadas las 7:00 p.m., y acostado en su hamaca, el coronel lee los periódicos. Después de cuatro horas de lectura, su esposa le pregunta: "*-No dicen nada de los veteranos-. -Nada- dijo el coronel. Apagó la lámpara antes de meterse en la hamaca-. Al principio por lo menos publicaban la lista de los nuevos pensionados. Pero hace como cinco años que no dicen nada*". Otro día el coronel sigue su rutina: "*El coronel leyó, como siempre, desde la primera página hasta la última, incluso los avisos. Pero esta vez no se concentró. Durante la lectura pensó en su pensión de veterano. Diecinueve años antes, cuando el congreso promulgó la ley, se inició un proceso de justificación que duró ocho años. Luego necesitó seis años más para hacerse incluir en el escalafón. Esa fue la última carta que recibió el coronel'*"[94]. Al final el coronel no recibe respuesta alguna sobre su pensión de veterano.

Crecimos leyendo en nuestras escuelas *El coronel no tiene quien le escriba,* de Gabriel García Márquez. Esta novela retrata la injusticia de la promesa incumplida de un Estado al que el coronel le sirvió en tiempos de guerra, pero que no le garantizó nunca su bienestar. La profesora Julieta Lemaitre hizo referencia a esta novela en el artículo "*El coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia'*"[95] para ejemplificar las bondades de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la reclamación de

---

* Investigador del Centro de Derecho, Justicia y Sociedad -DeJusticia-. Activista LGBTI. Correo electrónico: malbarracin@gmail.com

94 García Márquez, Gabriel. *El coronel no tiene quien le escriba.* Editorial Oveja Negra, 1989.

95 Lemaitre, Julieta. "El coronel sí tiene quien le escriba: la tutela por mínimo vital en Colombia" (2005). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 43. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/43/

pensiones, en particular el caso de un hombre de 69 años a quien la Caja Nacional de Previsión no le había contestado su solicitud de reconocimiento de la pensión. Concluye su artículo de esta manera: "*En Colombia, como en el resto de la región, al desarrollo, que se supone debe resolver los problemas de pobreza, le sucede lo de la pensión del coronel del cuento, que nunca llega. Pero si el desarrollo no llega, mientras tanto por lo menos a muchos coroneles si les llega la pensión, gracias a la tutela*"[96].

La Corte que reconocía derechos pensionales con base en la doctrina del mínimo vital fue la misma que negó por años la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo. Bien valdría decir que a gays y lesbianas nunca les escribieron y que tuvieron que luchar para que por fin les contestaran. Esa lucha estuvo llena de sombras y luces. En este texto se presenta un comentario a la sentencia del caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia (en adelante *Duque vs. Colombia*)[97] de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Corte IDH) con el propósito de ubicar esta decisión en la genealogía de la lucha por el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo, en particular, el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Ángel Alberto Duque convivió con su compañero durante más de 10 años, Este falleció en septiembre de 2001, y en 2002 Ángel Duque inició su reclamación pensional. La sentencia de la Corte IDH resolvió el caso casi catorce años después de la primera reclamación de Duque. Simultáneamente, a nivel nacional se vivió una intensa movilización legal para exigir el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo por la Corte Constitucional[98], la cual fue la causante de la discriminación contra tales parejas. Posteriormente, la Corte enmendó su propio error cambiando el precedente discriminatorio. En este artículo sostengo la tesis de que esta movilización legal nacional tuvo impacto en la decisión interamericana, al mismo tiempo que la sentencia de la Corte IDH va a tener impacto en la garantía del derecho a la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo en discusiones futuras a nivel nacional.

Este comentario consta de cuatro partes. En primer lugar, se recordará el apartheid legal que afectó a las parejas del mismo sexo desde la expedición de la Constitución de 1991 hasta la sentencia C-075 de 2007, en la cual se reconoció por primera vez que las parejas del mismo sexo contaban con protección constitucional. Este momento

---

96 Ibíd. Página 28.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

98 Albarracín, Mauricio. Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de las parejas del mismo sexo en Colombia. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 8 (14), 6-33. 2011.

histórico es fundamental para entender el origen del caso de Ángel Alberto Duque y por qué este caso, a su vez, es fundamental para entender el pasado discriminatorio que los jueces tienden a no mencionar y a no tomar en consideración en sus decisiones. En segundo lugar, se reconstruirá el proceso de reconocimiento judicial de las pensiones de parejas del mismo sexo entre los años 2008 y 2014. En tercer lugar, se analizarán algunos elementos de la decisión de la Corte IDH, en particular, la paradójica defensa del Estado, los argumentos tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de los representantes del demandante y la doctrina establecida por la Corte. Finalmente, en la cuarta parte, se hará referencia a una decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo, en la cual puede observarse el impacto del caso *Duque vs. Colombia* en la garantía y permanencia de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

2. El apartheid legal: el origen del caso de Ángel Alberto Duque

Como se mencionó anteriormente, Ángel Alberto Duque vivió con su compañero por más de 10 años hasta la muerte de este en septiembre de 2001; es decir, su convivencia empezó en el año 1991, año de la expedición de nuestra actual Constitución. Si bien la Constitución de 1991 estableció amplias garantías democráticas para el reconocimiento de los derechos fundamentales, desde su inicio surgieron controversias sobre la aplicación e interpretación de las disposiciones constitucionales referidas a la protección legal de lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (en adelante LGBTI) y de las parejas del mismo sexo. Es por ello que el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI ha sido gradual y desarrollado por la Corte Constitucional como principal protagonista. Es así que la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las personas LGBTI ha pasado por distintas fases, desde una protección inicialmente débil de la Corte hasta una protección igualitaria en los últimos años[99].

Sin embargo, entre 1991 y 2007, las parejas del mismo sexo vivieron 16 años de apartheid legal porque no se les reconocía ninguna protección[100]. Esta situación se

---

99 Para más detalles de las fases de la jurisprudencia, ver declaración del perito Rodrigo Uprimny Yepes, Director del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad. Audiencia pública 25 de agosto de 2015. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.763.pdf

100 Albarracín, Mauricio. El 'apartheid' legal de las parejas del mismo sexo: 1991-2007. Ámbito Jurídico. 15 de febrero 2012. Disponible en https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional-y-Derechos-Humanos/noti-120215-15-el-apartheid-legal-de-las-parejas-del-mismo-sexo-1991-2007

generó debido a dos factores: en primer lugar, una legislación que reconocía derechos y obligaciones familiares solamente a las parejas heterosexuales. Sobre este particular, el Congreso de la República se ha negado a reconocer a las parejas del mismo sexo en los 25 años de vigencia de la Constitución, a pesar de que se han presentado más de 18 iniciativas legislativas al respecto[101].

En segundo lugar, la Corte Constitucional mantuvo durante 16 años una interpretación discriminatoria y restrictiva del artículo 42 de la Constitución Política y, por tanto, solamente reconocía la protección constitucional a la familia heterosexual. Esta interpretación se inició durante la primera década de la Corte Constitucional, caracterizada por una protección constitucional débil de las personas LGBTI, reflejada en decisiones de la Corte que validaron la discriminación, por ejemplo las sentencias T-539 de 1994, T-569 de 1994, T-290 de 1995 y T-277 de 1996. Estas decisiones tienen en común la validación de actos discriminatorios en distintos ámbitos como el educativo y el laboral, el uso de prejuicios para justificar las decisiones judiciales y el poco desarrollo doctrinal de los derechos de las personas LGBTI[102].

Específicamente, la Corte Constitucional estudió en la sentencia C-098 de 1996 la cuestión de la protección legal de las parejas del mismo sexo. En esa sentencia, la Corte determinó que la protección legal de las parejas heterosexuales por medio de la unión marital de hecho no era discriminatoria respecto a la protección legal de las parejas del mismo sexo y, por tanto, no violaba la Constitución. A pesar de que la Corte determinó que la orientación sexual es una categoría protegida por el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política) y por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política), esta protección constitucional no tuvo consecuencias respecto a la desprotección legal de las parejas del mismo

---

101 Para una discusión sobre la relación entre el Congreso y la Corte Constitucional en el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo, ver Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016. La Corte opinó en esa oportunidad: "La Sala Plena verifica que el Congreso de la República ha omitido regular las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo sexo. Desde 1999 a la fecha, se han archivado o retirado - en algunas ocasiones sin discusión alguna-, 18 proyectos de ley del más variado alcance y naturaleza, que buscaban suplir el déficit de protección, tantas veces reclamado, mediante la normalización y la nominación jurídico-dispositiva de las comunidades de vida de aquéllas".

102 Ver Motta, Cristina (1998). La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. En Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación (pp. 290 – 299). Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. Lemaitre, Julieta. Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. en Bonilla, Daniel & Iturralde, Manuel. Hacia un nuevo derecho constitucional (pp. 181-217). Bogotá: Universidad de los Andes. 2005

sexo. Según la Corte, en aquel entonces no existía una obligación constitucional de dar igual tratamiento a las parejas del mismo y de distinto sexo, teniendo en cuenta que la Constitución protege a la familia heterosexual. Opinó la Corte, además, que la unión marital de hecho era una institución creada por el legislador para proteger a las mujeres que no contaban con protección legal cuando vivían con sus compañeros sin estar casadas con ellos. En este sentido, la Corte determinó que el reconocimiento de la unión marital de hecho era una medida legislativa que eliminaba una injusticia y que el Congreso no tenía la obligación de eliminar todas las injusticias a la vez. Finalmente, la Corte expresó explícitamente que el Congreso era la institución encargada de dar el debate democrático para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Este precedente se consolidó años después en una decisión de la Corte Constitucional que no reconocía el derecho de una persona a estar afiliada al sistema de salud como beneficiaria de su compañero del mismo sexo. En efecto, en la sentencia SU-623 de 2001, la Corte reiteró que no existía discriminación cuando se reconocía un derecho exclusivamente a la familia heterosexual, pues era esta la que se encontraba protegida por el legislador. Además, la Corte reiteró que el Congreso es la institución llamada a reconocer este tipo de protecciones. Este precedente también se aplicó a la discusión sobre la adopción por parejas del mismo sexo (sentencia C-814 de 2001), el derecho de residencia en el departamento de San Andrés y Providencia para los compañeros permanentes (sentencia T-725 de 2004) y el reconocimiento de la pensión de sobreviviente (sentencia T- 349 de 2006)[103].

En la sentencia T-349 de 2006, la Corte estudió el caso de un hombre que convivió con su compañero entre mayo de 1992 y junio de 2000, cuando este falleció como consecuencia de VIH/SIDA. El compañero sobreviviente presentó la solicitud de sustitución pensional invocando sus derechos constitucionales, en particular, "*la protección constitucional de la orientación sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad*", la prohibición de la discriminación y la "*primacía de la Constitución sobre la ley*". Lamentablemente, la Corte Constitucional consideró que la negación de la pensión de sobreviviente no era discriminatoria porque se trataba de una prestación social diseñada para proteger a la familia y

---

[103] Céspedes, Lina. *¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud.* Tesis de grado, Maestría en Género. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Humanas. 2004.

en "*ese régimen no están incluidas las parejas del mismo sexo, 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 sobreviviente fue el del grupo familiar*"; el cual, a juicio de la Corte en esa oportunidad, "*se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla*". Para completar su argumentación, la Corte determinó que existen "*diferencias objetivas entre los sujetos*" debido a que "*la unión heterosexual tiene un plus en la conformación de la familia como núcleo esencial de la sociedad y objeto de especial protección constitucional*". Además, la Corte desestimó el caso Young contra Australia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, un caso similar, porque a juicio de la Corte su doctrina constitucional era reiterada y justificada. De esta manera, el precedente establecido por la sala plena de la Corte Constitucional se materializó en decisiones de las salas de revisión sobre los derechos de parejas del mismo sexo tanto en la pensión de sobreviviente como en la afiliación al sistema de salud (ver, entre otras, las sentencias T-999 de 2000, T-1426 de 2000 y T-618 de 2000). Un asunto común en todos estos casos es que la mayoría de los reclamantes eran personas que vivían con VIH/SIDA, situación que no fue tenida en cuenta por la Corte Constitucional a pesar de la jurisprudencia progresista sobre los pacientes con esa enfermedad[104].

Como se ha evidenciado en este recuento, el caso de Ángel Alberto Duque se produjo en un contexto normativo y jurisprudencial que validaba la discriminación contra las parejas del mismo sexo. Es por esto que los jueces que negaron los derechos a Duque actuaron siguiendo una doctrina de apartheid legal establecida por una legislación discriminatoria y validada por la Corte Constitucional. De hecho, el caso *X vs. Colombia* en el Comité de Derechos Humanos[105] (en adelante caso *X vs. Colombia*) y el caso de *Duque vs. Colombia* en la Corte IDH iniciaron su trámite en este mismo período de tiempo y tenían como objetivo cuestionar esta injusticia generalizada. Como se verá más adelante, a pesar de la evidencia de desprotección legal de las parejas del mismo sexo bajo la vigencia de la Constitución Política y de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte IDH no hizo mención alguna al respecto.

---

104 Albarracín, Mauricio. "Discriminación laboral y derecho a la salud de los portadores de VIH y enfermos de SIDA en la jurisprudencia constitucional" en Revista Kaleidoscopio No 3. Universidad Industrial de Santander, 2004.

105 Comité de Derechos Humanos. *X contra Colombia.* Comunicación Nº 1361/2005: Colombia. 14/05/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

3. La lucha judicial por el reconocimiento de las pensiones de las parejas del mismo sexo

Hasta el año 2006, la jurisprudencia constitucional adolecía de una contradicción interna insostenible en cuanto a los derechos de las parejas del mismo sexo. Mientras que se había consolidado una protección constitucional fuerte de la orientación sexual de las personas, en particular a partir de la sentencia C-481 de 1998, la misma Corte sostenía el precedente de que las parejas del mismo sexo no gozaban de protección constitucional porque no constituían una familia. De hecho, este precedente fue criticado intensamente dentro y fuera de la Corte Constitucional por su irrespeto de la Constitución, por su inconsistencia con la jurisprudencia en otras áreas y por su deficiente argumentación. En efecto, la Corte se dividió en estos casos: cinco magistrados contra cuatro en la sala plena y dos magistrados contra uno en las salas de revisión.

En 2007, la Corte Constitucional resolvió una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la ley 54 de 1990 presentada por la organización Colombia Diversa, defensora de los derechos de las personas LGBTI, y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes[106]. En esa demanda se presentó una nueva perspectiva del problema constitucional, pues se argumentó que la ausencia de una legislación que protegiera a las parejas del mismo sexo generaba un "déficit de protección constitucional" que vulneraba el derecho a la dignidad humana. Siguiendo esta metodología al abordar la cuestión, la Corte Constitucional cambió su precedente constitucional sobre las parejas del mismo sexo y extendió la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo junto con la protección patrimonial correspondiente. Sin embargo, la Corte no declaró una violación del derecho a la igualdad, ni tampoco que existiera discriminación, ni mucho menos reconoció que las parejas del mismo sexo se consideraran una familia[107]. Las sentencias que reconocen derechos a las parejas del mismo sexo entre los años 2007 y 2011 se caracterizan por analizar las cuestiones constitucionales bajo la doctrina del déficit de protección constitucional (dignidad humana) y no bajo la protección de la igualdad ni de la familia. Entre las sentencias

---

[106] Ver Colombia Diversa y Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes. *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07*. Bogotá. 2008.

[107] Ver Albarracín, Mauricio y Azuero, Alejandra. *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas.* Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos – ILSA. 2009. Albarracín, Mauricio. Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009 en Corporación Humanas, *Observatorio de sentencias judiciales.* Bogotá: Corporación Humanas. 2009.

más destacadas de este período se encuentran la C-811 de 2007 sobre la afiliación en salud, la C-336 de 2008 sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la C-798 de 2008 sobre la obligación de alimentos mutuos, la C-029 de 2009 que analiza 28 leyes sobre distintos derechos y obligaciones y las C-283 de 2011 y C-238 de 2012 sobre derechos sucesorales, entre otras.

Justo un año después de que la Corte Constitucional reconociera los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, y un año antes de que la Corte reconociera el derecho de pensión de sobreviviente de estas parejas, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió el caso *X vs. Colombia*. El Comité determinó que Colombia había violado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en particular el artículo 26, por negar la pensión de sobreviviente a un hombre que convivió con su compañero hasta abril de 1993. El Comité encontró que Colombia no había presentado ningún argumento razonable ni prueba que justificara la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales.

El dictamen del Comité fue muy útil para fortalecer los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad que llevó a la sentencia C-336 de 2008, en la cual se reconoció la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo. La Corte siguió el precedente establecido en la sentencia C-075 de 2007 relacionado con el déficit de protección constitucional, e incluyó también la protección del libre desarrollo de la personalidad y la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. En palabras de la Corte: "*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*"[108]. Para garantizar que este derecho pudiera ser reclamado, la Corte determinó que para acreditar la convivencia, las parejas del mismo sexo deberían: "*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*"[109]. Al tomar esta decisión, la Corte creó una confusión sobre la prueba necesaria para reclamar la pensión de parejas del

---

108 Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008.
109 Ibíd.

mismo sexo porque dio a entender que para realizar tal reclamación debía declararse la unión previamente en todos los casos, lo que no siempre sucede. Esta confusión fue advertida por los demandantes en una solicitud de aclaración de la sentencia[110] que, lamentablemente, la Corte negó en el Auto 163 de 2008, y la ambigüedad en la decisión de la Corte incrementó la litigiosidad en la reclamación del derecho.

La sentencia que reconoció la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo no tuvo una implementación inmediata ni pacífica por dos razones: en primer lugar, la Corte creó ambigüedad sobre el mecanismo de prueba de la unión. Como resultado, los fondos de pensiones interpretaron que la declaración de la unión marital de hecho ante notario era una condición *sine qua non* para el reconocimiento de la pensión. En segundo lugar, la Corte no advirtió sobre los efectos de la decisión en el tiempo y, por tanto, los fondos de pensiones interpretaron que la sentencia sólo tendría efectos a futuro, según lo determina el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (ley 270 de 1996). En consecuencia, tanto el mecanismo de prueba como los efectos de la sentencia en el tiempo nos llevaron incluso a pensar que estábamos frente a una sentencia de papel por su difícil implementación[111].

Estos obstáculos al hacer real y efectivo este derecho llevaron a una alta litigiosidad en el momento de reclamar la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo. De hecho, la Corte Constitucional se ha pronunciado en al menos diez ocasiones en los últimos siete años al respecto (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). Las dos sentencias iniciales de la Corte después de la C-336 de 2008 consideraron que debía presentarse una declaración ante el notario de la unión marital de hecho. Esta interpretación sufrió un cambio en la sentencia T-051 de 2010, en la cual la Corte Constitucional determinó que las parejas del mismo sexo podían acudir a cualquier medio probatorio, como ocurría con las parejas heterosexuales. Además, sobre los efectos en el tiempo determinó que no podía usarse como "pretexto" la fecha de expedición de la sentencia para negar el derecho. La Corte entonces ordenó que el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente

---

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

111 Rodríguez, César (Dir.), Albarracín, Mauricio (Dir.), Soto, Camila, Camacho, Andrea y Méndez, Ana María. "¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Documento Justicia Global Número 6. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Agosto de 2011.

de las parejas del mismo sexo se hiciera "*bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales*"[112] y como consecuencia decretó efectos *inter comunis,* es decir que la orden de la sentencia se hizo "*extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente*"[113]. A pesar de esta decisión, la Corte tuvo que estudiar otros casos al respecto pues, no obstante la claridad de la jurisprudencia, los fondos de pensiones se negaban a reconocer la pensión de sobreviviente con los mismos argumentos. En todo caso, y pese a la desobediencia de los fondos de pensiones, la jurisprudencia ha sido reiterada en relación con la libertad probatoria para reclamar la pensión y con amplios efectos en el tiempo para el reconocimiento del derecho.

En conclusión, el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia se ha dado por la vía de la jurisprudencia constitucional al mismo tiempo que su desarrollo ha sido controvertido y gradual. De hecho, existió un largo período de desprotección legal de las parejas del mismo sexo durante la vigencia de la Constitución Política. Esta situación ha llevado incluso a la violación de los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, como lo evidencia el caso *X vs. Colombia* en el Comité de Derechos Humanos y el caso *Duque vs. Colombia* en la Corte IDH. Sin embargo, a partir de la sentencia C-075 de 2007, la Corte cambió su jurisprudencia sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo. No obstante, este cambio no fue ni global ni automático para todos los derechos. La Corte optó por una forma rogada de justicia constitucional, en la cual se fueron reconociendo los derechos conforme se presentaban las demandas de inconstitucionalidad, hasta llegar recientemente al reconocimiento del matrimonio igualitario[114]. Esta gradualidad ha tenido efectos perversos en la implementación de los derechos de las parejas del mismo sexo, toda vez que se han presentado controversias interpretativas en el reconocimiento del derecho, sus alcances y sus procedimientos. Así, por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha hecho interpretaciones de los efectos en el tiempo de las uniones maritales de hecho de parejas del mismo sexo que son claramente discriminatorias[115]. En particular, en materia pensional, la implementación de la sentencia C-336 de 2008 ha sido lenta y poco satisfactoria, como lo demuestran los reiterados casos que ha estudiado la Corte. El caso de Duque tiene origen en esta

---

112 Corte Constitucional. Sentencia T-051 de 2011.

113 Ibíd.

114 Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016.

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

narrativa jurisprudencial, la cual tuvo efectos también en la forma como finalmente se desarrolló en el sistema interamericano.

4. *Duque vs. Colombia*: la última batalla por la pensión de sobreviviente

La cronología del caso de Ángel Alberto Duque puede ayudarnos a ver las relaciones de este caso con el debate jurídico nacional. El caso de Duque se inició en 2001 en Colombia y se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2005, cuando las parejas del mismo sexo no gozaban de ninguna protección legal. Fue admitido por la Comisión en el año 2011, cuando el derecho a la pensión de sobreviviente era reconocido por la Corte Constitucional pero no garantizado plenamente. Posteriormente, el informe de fondo de la Comisión y la demanda ante la Corte relacionados con el caso se presentaron en 2014, cuando las parejas del mismo sexo ya eran objeto de una protección constitucional más consolidada. La Corte IDH se pronunció finalmente en febrero de 2016, un mes antes de la sentencia sobre el matrimonio igualitario en Colombia. El caso Duque tuvo un desarrollo paralelo al debate jurídico nacional, y este último terminó incidiendo en la defensa que hizo el Estado y en el comportamiento de la CIDH y de la Corte IDH.

La defensa del Estado colombiano resulta paradójica, pues instrumentalizó el precedente constitucional del reconocimiento de las parejas del mismo sexo para estructurar su argumento, a pesar de que el gobierno fue hostil a este reconocimiento cuando tuvo que conceptuar ante la Corte sobre el asunto y no tomó medidas para remover los obstáculos al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo. El Estado manipuló el precedente diciendo que hubo un ilícito internacional pero que "*cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010, que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo*"[116]. Esta estrategia de defensa fue oportunista e incoherente pues el Estado debió haber declarado su responsabilidad y no acudir a manipulaciones de una narrativa judicial compleja para tratar de ocultar su responsabilidad. Además, el Estado argumentó que el señor Duque podía interponer una acción de tutela dado que las circunstancias del derecho interno habían cambiado; sin embargo, esta era una

[116] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párr. 40.

situación con resultados inciertos e implicaba una carga adicional para el señor Duque, quien ya había agotado los recursos disponibles cuando ocurrieron los hechos. Esta estrategia de defensa del Estado no tuvo éxito respecto al caso concreto, pero produjo efectos en cuanto a la obligación de tomar medidas, como veremos más adelante. A pesar de lo cuestionable del comportamiento del Estado, esta defensa tuvo un efecto positivo: se abandonó una estrategia de defensa conservadora que podía cuestionar la protección de la orientación sexual bajo la Convención y el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo en el derecho internacional. Es decir que tanto el Estado como la Comisión Interamericana coincidían en la interpretación de la Convención en lo sustancial. La discrepancia se centró en la temporalidad y el alcance de la responsabilidad del Estado, así como en la existencia de un recurso efectivo.

La Corte IDH reconoció solamente que el Estado violó el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el caso de Ángel Alberto Duque por no otorgarle la pensión de sobreviviente. No se declaró la responsabilidad del Estado sobre los otros derechos alegados. El mayor avance doctrinal de la sentencia se encuentra precisamente en la protección de las parejas del mismo sexo bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual, sin duda, es un aporte importante para la consolidación de los derechos en Colombia y en la región. La Corte analizó la cuestión y recogió la estrategia del Estado de la siguiente manera: "*Este Tribunal toma nota del hecho que el Estado no discute el carácter ilícito y contrario a la Convención Americana de las normas internas que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo*". Sin embargo, la Corte agregó: "*Sin perjuicio de lo reconocido por el Estado, corresponde a la Corte determinar si, efectivamente, las disposiciones internas colombianas relativas a las pensiones de sobrevivencia eran discriminatorias y contrarias al derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana al momento de ocurrencia de los hechos del caso, y si fueron aplicadas en el presente caso*"[117]. La Corte IDH llegó a la conclusión de que la normatividad colombiana efectivamente establecía "*una diferencia de trato entre, por un lado, las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión"*[118].

---

[117] Ibíd. Párr. 99.
[118] Ibíd. Párr. 103.

Para analizar si esta diferencia de trato era discriminatoria, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia sobre la protección de las personas LGBTI bajo este tratado. En palabras de la Corte, "*la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención*"[119]. Esta reiteración del caso de Karen Atala Riffo y niñas contra Chile fue enriquecida con otros casos precedentes de la región y del Comité de Derechos Humanos, pero curiosamente no se menciona el caso X vs. Colombia. La Corte IDH también recogió *in extenso* la sentencia C-336 de 2008 como fundamento de su decisión y concluyó: "*El Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana*"[120]. Esta cita demuestra la armonía que la Corte IDH establece con el derecho interno, que al mismo tiempo le sirve como fuente para interpretar la Convención y ampliar su alcance para proteger a las parejas del mismo sexo. Además de reconocer que se violó la Convención, la Corte IDH hizo un reconocimiento explícito del precedente colombiano: "*La Corte destaca el significativo avance jurisprudencial realizado por el Estado de Colombia por medio de su Corte Constitucional desde el año 2008. Específicamente, en cuanto a los efectos retroactivos del cambio normativo, consta que: a) la sentencia C-336 de 2008 no señaló expresamente efectos retroactivos, y b) la sentencia T-051 del 2010 aclaró que la sentencia C-336 tiene efectos retroactivos, lo cual fue confirmado por otras sentencias de la Corte Constitucional de Colombia tales como la sentencia T-860 de 2011. Este desarrollo jurisprudencial constituye un adelanto importante en procura de hacer cesar el trato discriminatorio que resultaba contrario a los derechos convencionales*"[121]. Esta doble condición, violación de la Convención en el caso concreto y reconocimiento del precedente de la Corte sobre la pensión de sobreviviente, llevó a la Corte IDH a determinar que "*no existía una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno*"[122].

A pesar de la evidencia del apartheid que vivieron las parejas del mismo sexo antes de 2007, la Corte IDH no censuró esta situación de manera contundente ni tampoco analizó que esta desprotección legal masiva y continua pudo afectar a otras personas.

---

119 Ibíd. Párr. 104.
120 Ibíd. Párr. 124.
121 Ibíd. Párr. 133.
122 Ibíd. Párr. 139.

En este mismo sentido, la sentencia de la Corte IDH no tomó en serio los notables problemas de cumplimiento de las sentencia de la Corte Constitucional y por tanto no ordenó al Estado a adoptar medidas generales al respecto, como lo solicitaron la Comisión y los peticionarios.

A pesar de que la Corte constató la discriminación, determinó igualmente que a Ángel Alberto Duque no se le violaron los derechos a las garantías judiciales como tampoco el derecho a la integridad personal ni el derecho a la vida. Es evidente que la violación de estos derechos se dio como consecuencia de la discriminación, pues si se hubiera tratado de una pareja heterosexual esta no sólo hubiera obtenido la protección judicial debida sino que además el demandante hubiera sido integrado como afiliado al sistema de salud. En el análisis de estos dos derechos, la Corte IDH acogió la defensa del Estado y no analizó en profundidad las consecuencias que tuvo la discriminación en la garantía de otros derechos íntimamente relacionados.

Como consecuencia de este análisis, la Corte IDH ordenó varias medidas de reparación, entre ellas una medida de restitución que consistía en que "*el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002*"[123]. Además, como medida de satisfacción se ordenó la publicación del resumen y el texto de la sentencia. Sin embargo, no se ordenaron otras medidas de reparación solicitadas, como la promulgación de una ley, una política de capacitación a los funcionarios de pensiones, disculpas públicas por la discriminación que sufrió Duque, ni otras medidas asociadas a las consecuencias del acto discriminatorio.

Sin duda, la jurisprudencia de la Corte IDH en este caso consolidó un precedente importante para el sistema interamericano en relación con la protección de las parejas del mismo sexo. Esto fue posible porque los casos colombianos sobre derechos LGBTI tenían una particularidad importante: el Estado no discutió la existencia de esta protección bajo la Convención porque la Corte Constitucional de Colombia

---

[123] Ibíd. Párr. 99.

tiene una fuerte doctrina sobre los derechos LGBTI. Sin embargo, fue muy notable la falta de reflexión de la Corte IDH sobre el período de tiempo cuando la protección legal no existía, ni tampoco avanzó en un examen más profundo y completo de las causas y consecuencias de la discriminación. En este sentido, la Corte IDH perdió una oportunidad importante para avanzar hacia análisis más completos sobre el derecho a la igualdad.

A pesar de las críticas que puedan hacerse a las sentencia de la Corte, ellas no opacan la lucha de Duque y su equipo jurídico conformado por el abogado Germán Rincón y la Comisión Colombiana de Juristas. Esta decisión constituye un aporte fundamental en la narrativa de la protección judicial a nivel interno y seguramente tendrá mucho impacto en el comportamiento del Estado y de los fondos de pensiones. El hecho de que el Estado reconozca la discriminación y la jurisprudencia de la Corte a nivel internacional permite exigirle al gobierno nacional un comportamiento similar a nivel interno. Además, la sentencia de *Duque vs. Colombia* aporta a la consolidación de los derechos LGBTI en un año particularmente controvertido debido a las decisiones recientes sobre el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo.

5. Conclusión: los ecos de *Duque vs. Colombia* en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

¿Qué consecuencias e impactos puede tener el caso *Duque vs. Colombia* en la discusión legal y social interna sobre los derechos LGBTI? Es difícil saberlo en tan poco tiempo, pero al menos se puede identificar un impacto jurisdiccional reciente en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: el 27 de abril de 2016, esa sala de la Corte Suprema, con ponencia del magistrado Jorge Mauricio Burgos, resolvió el caso de Alexander Alzate Valencia contra el fondo de pensiones Protección[124]. El señor Alzate solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en julio de 2009 por el fallecimiento de su compañero permanente, con quien convivió seis años. El fondo de pensiones respondió a su petición diciendo que debía presentar una declaración juramentada de su compañero o una sentencia judicial que declarara la existencia de la unión marital de hecho. Por esta razón, el señor Alzate presentó una demanda contra el fondo de pensiones, la cual fue fallada favorablemente para el demandante tanto por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Manizales como

[124] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Sl5524-2016. Radicación N.° 59750. Acta 14. Bogotá, D. C., Veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016).

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. El fondo de pensiones interpuso un recurso de casación y por ello la Corte Suprema conoció el caso.

La Corte Suprema negó las pretensiones del fondo de pensiones por varias razones. En primer lugar, la Corte recordó que los jueces tienen libertad probatoria para demostrar la existencia de la unión marital de hecho y el término de la convivencia. En relación con la exigencia de una prueba específica a las parejas del mismo sexo, la Corte Suprema fue enfática: "*Aceptar el razonamiento del censor atinente a que el miembro sobreviviente de una pareja del mismo sexo* sólo puede acreditar la condición de compañero(a) permanen*te del afiliado o pensionado fallecido por medio de declaración ante notario, sería avalar un criterio de interpretación discriminatorio frente a las parejas heterosexuales que, como se vio, les ha sido reconocida libertad probatoria en ese campo*"[125]. Para llegar a esta conclusión, la Sala Laboral hizo una argumentación sustentada en los derechos a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), a la familia (artículo 42 de la Constitución Política) y a la seguridad social (artículo 48 de la Constitución Política), así como en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, en particular sobre la unión marital de hecho (sentencia C-075 de 2007), el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familias (sentencia C-577 de 2011), los derechos pensionales de estas parejas (sentencia C-336 de 2008) y la libertad de medios probatorios en casos análogos al estudiado en esta oportunidad (sentencias T-592 de 2010, T-051 de 2010, T-716 de 2011 y T-860 de 2011). Algo que llama poderosamente la atención es que en el corazón de esta argumentación apareció el caso *Duque vs. Colombia* como una fuente incuestionable de autoridad; incluso, fue citado después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, la Sala Laboral elaboró una argumentación que armoniza la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional y la jurisdicción ordinaria e integra la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*.

El uso del caso *Duque vs. Colombia* y la reconstrucción de la narrativa judicial para resolver la controversia en sede de casación es una buena noticia para la implementación judicial y administrativa de la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo, y esto por al menos tres razones: en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia se muestra más abierta a crear narrativas judiciales que tomen en cuenta la jurisprudencia constitucional e interamericana. En segundo lugar, la decisión rompe con la idea que la única Corte progresista sobre los derechos LGBTI es la Corte Constitucional.

---

[125] Ibíd. Considerando 3.

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia es seguida por los jueces y tribunales laborales que, incluso en este caso, ya habían tomado decisiones favorables a la pensión del señor Alzate.

Seguramente los fondos de pensiones seguirán desobedeciendo el derecho y tendremos más casos de negación de pensiones de sobreviviente a parejas del mismo sexo. Pero, gracias a casi una década de movilización legal nacional e internacional, el derecho a la sustitución pensional está muy bien consolidado por efecto de las decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Duque y sus abogados dieron la última batalla contra el apartheid pensional. Una sentencia no se produce en el vacío. Las palabras escritas en la sentencia tienen en su reverso: historias, dolores, ausencias, tiempo y mucho trabajo. Lo más importante de este caso es que es la expresión de una movilización incansable de quienes sufren la injusticia y buscan que los agravios sean resarcidos a través del derecho. Vivimos un tiempo nuevo donde el coronel ya no se queda esperando que le escriban, sino que se moviliza para que se cumpla la promesa de los derechos.

Ángel Duque: una oportunidad de interacción entre la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional

Andrea Liliana Romero López*

Con la lectura del voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi en el caso de Ángel Alberto Duque *vs.* Colombia[126], resulta evidente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) discutió lo que él denominó la carencia de objeto litigioso en los siguientes términos:

> *"Entonces, teniendo en cuenta el principio de la coadyuvancia y el de la complementariedad del Sistema Interamericano y habida cuenta que las pretensiones planteadas en la petición, a saber, la de que se reconociera el derecho de la víctima de solicitar el otorgamiento de la mencionada pensión de sobrevivencia y la de cambiar la legislación relativa a la materia considerada contraria a la Convención, han sido plenamente satisfechas por el Estado con anterioridad a la presente causa, se puede concluir en que lo que correspondía en ésta era que la Sentencia reconociera que no persistía objeto litigioso sobre el que se debía decidir".*

Afortunadamente, la mayoría de los jueces de la Corte IDH decidió, por una parte, desestimar la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclamaba el señor Duque; y por otra, declarar la responsabilidad internacional de Colombia por la violación

---

* Abogada con Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de Los Andes y especialización en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Trabajó durante 10 años en la Corte Constitucional y fue Delegada para Asuntos constitucionales y legales en la Defensoría del Pueblo.

126 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque vs. Colombia. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

del artículo 24 (derecho a la igualdad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). En este contexto, el propósito de este escrito es analizar la interacción de la jurisprudencia de la Corte IDH con la de la Corte Constitucional de Colombia frente al planteamiento de: i) la excepción preliminar sobre la falta de agotamiento de los recursos internos y ii) la resolución de fondo del caso concreto en cuanto a la obligación internacional de no discriminación.

He escogido el término interacción porque, como se analizará más adelante, no se trata de una relación unidireccional en la que los fallos de la Corte IDH alimentan las sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia o viceversa; por el contrario, ambos tribunales utilizan la jurisprudencia de la otra Corte en el desarrollo y alcance de la jurisprudencia constitucional colombiana o la jurisprudencia interamericana.

1. Sobre la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclamaba el señor Ángel Alberto Duque

De acuerdo con el Estado colombiano, el peticionario contaba con dos trámites a nivel interno que no agotó y que hubieran dado plena satisfacción a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente[127]. Sobre esta excepción preliminar, la Corte IDH hace dos precisiones: a) que la oportunidad para evaluar la falta de agotamiento de los recursos internos es el Informe de Admisibilidad[128], y b) que para ese momento los recursos internos ya habían sido agotados mediante la solicitud de información a Colfondos y la interposición de la acción de tutela que fue fallada negativamente. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), al proferir el Informe de Admisibilidad, desconocía la existencia de jurisprudencia constitucional posterior que hubiese concedido al señor Duque recursos adicionales que agotar. En palabras de la Corte IDH:

---

[127] Ibídem, párrafo 25: "(…) *el Estado fundamenta la excepción preliminar que fue interpuesta a través de los siguientes argumentos: a) de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y otro judicial para lograr, a nivel interno, la protección de los derechos que estimaba vulnerados para impugnar el eventual rechazo de tal reclamación, los cuales no fueron interpuestos, y b) que entre 2008 y 2010 la jurisprudencia doméstica había cambiado y que en virtud de esa jurisprudencia el señor Duque contaba con recursos adecuados y efectivos que no había agotado".*

[128] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad No. 150 del 2 de noviembre de 2011.

"*La Corte constató que las sentencias de la Corte Constitucional posteriores al año 2009, las cuales, según lo indicado por el Estado, subsanaban completamente 'el hecho ilícito internacional' en perjuicio del señor Duque y le brindaban recursos para solicitar la pensión de sobrevivencia (en particular la sentencia T-051 de 2010), no estaban en conocimiento de la Comisión al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad N° 150/11. Además, a pesar de los avances informados a la Comisión por el Estado respecto de ciertos cambios jurisprudenciales, no existía, en ese momento, claridad sobre el posible efecto retroactivo de la sentencia C-336 de 2008 ni sobre la forma de acreditar la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo. En consecuencia, la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante las instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Tampoco se acreditó por parte del Estado que existieran recursos que permitieran el reconocimiento con carácter retroactivo de la pensión solicitada por el señor Duque, esto es a partir del año 2002, cuestión que en todo caso corresponde analizar en el fondo de la presente controversia*"[129].

De lo anterior se desprende que la acción de tutela era el mecanismo idóneo y efectivo que el peticionario estaba llamado a agotar a la fecha de ocurrencia de los hechos. No obstante, un cambio en la jurisprudencia constitucional colombiana en el marco tanto de un proceso de constitucionalidad como de uno de tutela[130], relacionados con el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, abrió paso a que se exigiera nuevamente la presentación de la acción de tutela, tal y como lo alegó el Estado. En efecto, para los agentes estatales, una vez conocidos los nuevos precedentes en materia pensional de parejas del mismo sexo, el peticionario hubiera debido intentar la reclamación administrativa y de nuevo el mecanismo constitucional de la tutela.

En este contexto, podría válidamente concluirse que la falta de agotamiento de la acción de tutela debió impedir la admisibilidad del caso ante el sistema interamericano. Esto, como lo reconoce la sentencia objeto de estudio, frente a la existencia de un recurso idóneo y efectivo. Así también lo reconoce el Estado al proponer la excepción preliminar

---

[129] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 42.

[130] En particular, la Corte IDH centró su argumentación respecto a la sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008 y la sentencia de tutela T-051 de 2010.

de falta de agotamiento de los recursos internos. Por consiguiente, es indiscutible el alcance de la acción de tutela como recurso frente al sistema interamericano de derechos humanos, y por ende, el alcance de la jurisprudencia constitucional en la protección y garantía de los derechos humanos.

Ahora bien, la Corte IDH termina por desestimar la excepción preliminar por el desconocimiento del cambio de jurisprudencia y no por la falta de idoneidad y efectividad de la acción de tutela. No obstante, a juicio del perito Rodrigo Uprimny[131], una nueva acción de tutela no hubiera garantizado necesariamente la aplicación de lo decidido por la Corte Constitucional por al menos tres razones: i) la sentencia T-051 de 2010 tiene un salvamento de voto relacionado específicamente con el desconocimiento del alcance temporal de la sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008, lo que significa que, siendo los hechos del caso de Ángel Duque anteriores a la expedición de la sentencia de constitucionalidad, no estarían cobijados por lo decidido en esta[132]; ii) en sentencias ulteriores, como la T-357 de 2013, se evidencia que el tema no es pacífico en la jurisprudencia[133]; y iii) la falta de una alusión expresa en la sentencia C-336 de 2008 sobre los efectos retroactivos de esta decisión era problemática y daba lugar a interpretaciones en contrario.

Adicionalmente, la Corte IDH cuestiona la falta de claridad sobre el alcance del efecto inter comunis que ordena la sentencia T-051 de 2010. Esto, comoquiera que a partir de la frase "*bajo el supuesto antes indicado*", en la parte resolutiva de la sentencia, no es posible definir con precisión dos aspectos centrales a la condición de beneficiarios o beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, a saber: la retroactividad de la medida y los medios alternativos de prueba para comprobar la relación de la pareja homosexual. En concreto, la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada dispone:

> ***"Segundo.- CONCEDER*** *el amparo invocado por los peticionarios: A. Expediente: T-2.292.035; B. Expediente: T-2.299.859; C. Expediente: T-2.386.935, de conformidad con las consideraciones realizadas en*

---

131 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Audiencia Pública. Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Parte 2. Disponible en: https://vimeo.com/137318898

132 Al respecto, el perito recordó que salvo que la Corte Constitucional lo señale expresamente en sus decisiones, las sentencias tienen efectos únicamente hacia el futuro.

133 Igualmente, mencionó en su peritazgo ante la Corte IDH un caso reciente en el que Colfondos habría negado una pensión de sobrevivientes a una pareja del mismo sexo advirtiendo que fue necesario recurrir a la acción de tutela, la cual fue fallada de forma favorable en segunda instancia.

la presente sentencia y ORDENAR a las entidades demandadas en los procesos de la referencia que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia procedan a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales. ***Esta decisión tendrá efectos inter comunis,*** *por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado"*[134] *(subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En tal sentido, pareciera que la sentencia ordena que las parejas del mismo sexo pueden acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes acreditando los mismos requisitos que se les exigen a los y las compañeras permanentes heterosexuales. Pero como lo advierte el perito, no se dispone la retroactividad de la decisión C-336 de 2008, ni se especifican los medios probatorios para demostrar la relación homosexual.

En general, el perito concluye que la falta de fuerza vinculante vertical del precedente en Colombia hace que la mera existencia de las sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010 no asegura un fallo favorable a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, en particular en el caso de que logren demostrar su reconocimiento como beneficiarios o beneficiarias de la pensión de sobrevivientes de la pareja del mismo sexo[135].

En consecuencia, si se analiza en detalle la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el caso concreto, más allá de las razones ya mencionadas que tuvo la Corte IDH para desestimarla, lo cierto es que, de una parte, se estaría exigiendo una carga adicional al peticionario de agotamiento de un recurso interno, y de otra, la interposición de una nueva acción de tutela de ninguna manera hubiera garantizado la prosperidad de la misma.

En suma, aunque comparto las razones que llevaron a la Corte IDH a desestimar la excepción preliminar, creo que había una razón de fondo que podría haberse sumado

---

134 Corte Constitucional. Sentencia T-051 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

135 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Audiencia Pública. Caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia. Parte 2. Disponible en: https://vimeo.com/137318898

a la argumentación del Tribunal interamericano en tanto la interposición de una nueva acción de tutela no aseguraba una decisión favorable a la pretensión del señor Duque para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

2. Sobre el fondo del asunto: el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación

Han transcurrido más de dos décadas desde que la CIDH registró por primera vez, en uno de sus comunicados de prensa, la violencia sufrida por integrantes de la comunidad LGTBI[136]. En aquella oportunidad, el 8 de mayo de 1992, al terminar una visita *in loco* a Colombia, la CIDH reseñó que había recibido denuncias sobre "*la llamada práctica de 'limpieza social', o sea de homicidios de prostitutas, gamines, recicladores, vagabundos, mendigos y homosexuales*"[137].

Veinticuatro años después, en un comunicado de prensa emitido el 22 de agosto de 2016, la CIDH saluda "*la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Belice de declarar inconstitucional la criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo. Con esta decisión histórica, Belice se convierte en el segundo país del Caribe Anglófono en derogar las disposiciones legales que criminalizan las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo que se originan en la época colonial de Gran Bretaña*"[138].

En este contexto de discriminación latente en la región, cobra central importancia la sentencia interamericana de Ángel Alberto Duque por violación del derecho a la igualdad en razón de la orientación sexual. Por lo tanto, en este apartado se hará una breve referencia al alcance de la obligación de no discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género[139] en el sistema interamericano de derechos humanos, y luego se pondrán en perspectiva de la jurisprudencia constitucional colombiana los dos casos fallados hasta ahora por la Corte IDH relacionados con la obligación mencionada: Karen Atala e hijas y Ángel Alberto Duque.

---

136 Con esta sigla se identifica a las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex. Para una definición precisa de estos conceptos puede consultarse el estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

137 CIDH, Comunicados de prensa, No. 7 de 1992.

138 CIDH, Comunicados de prensa, No. 119 de 2016.

139 Ver una definición de orientación sexual e identidad de género en el preámbulo de los Principios de Yogyakarta.

Desde sus inicios, la jurisprudencia de la Corte IDH planteó la obligación de los Estados en relación con la no discriminación, contenida en el artículo 1.1. de la CADH, así: "*cualquiera sea el origen o la forma que asuma (...) respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma*"[140]. Y continúa: "*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*"[141].

Así, aunque no se mencionaron categorías propias de discriminación, como la orientación sexual o la identidad de género, la aproximación presentada por la Corte IDH desde 1984 enmarca, de un lado, la idea de que se deben respetar los derechos de la CADH sin discriminación alguna[142], y, de otro, que la igualdad está dada por la condición de seres humanos sin importar ninguna otra circunstancia[143].

Es preciso recordar que la Corte IDH profundizó en la no discriminación como una obligación general que se puede vulnerar respecto de cualquier derecho contenido en la CADH, o la violación autónoma del artículo 24 del mismo instrumento internacional. Al respeto puntualizó:

> *"La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a 'igual protección de la ley'[144]. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto*

---

140 Corte IDH, OC 4/84, párrafo 53. Esta idea fue retomada por la OC-17 de 2002. Párrafo 43 y ss.

141 Corte IDH, OC-4/84.

142 Esta idea fue retomada por la Corte IDH en la OC-18/03, párrafos 85 y 96.

143 Consideración reiterada por la Corte IDH en el caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 79.

144 *Cfr*: Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 83 párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana[145]*"*[146].

Por su parte, la CIDH ha tenido la oportunidad de conocer casos y medidas relacionadas con la población LGTBI. No obstante, sólo quince años después de que la Corte emitiera su opinión consultiva sobre el alcance de la no discriminación se admitió un caso sobre una lesbiana.

En efecto, aunque en 1999 Marta Lucía Ramírez Giraldo alegó que era discriminatorio que se impidiera, en razón de su orientación sexual, la visita íntima de su compañera en el lugar donde se encontraba privada de la libertad[147], lo cierto es que el caso fue admitido por la CIDH únicamente para analizar la violación del derecho a la honra y la dignidad (Art. 11.2 de la CADH), sin hacer siquiera una alusión a la posible discriminación de la cual era objeto la interna.

Diez años después, mediante la admisión del caso de Karen Atala e hijas, la CIDH consideró *prima facie* que los hechos podrían configurar violaciones relacionadas con el derecho a la igualdad protegido por el artículo 24 de la CADH[148]. No obstante, en la demanda presentada ante la Corte IDH por este caso, expuso: "*La Comisión sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase 'otra condición social' establecida en el artículo 1 (1), con todas las consecuencias que ello implica respecto de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, incluyendo el artículo 24"*[149].

En 2009, la CIDH avaló un acuerdo de solución amistosa entre Chile y la peticionaria en un caso en que se había realizado una investigación administrativa en atención a la relación sexual que sostenía aquella con una persona de su mismo sexo. La peticionaria pertenecía a los Carabineros, y a pesar de que como parte del acuerdo

---

145 *Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y Caso Barbani Duarte y otros, supra nota 91, párr. 174.

146 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 82.

147 CIDH, Informe No. 71/99, Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo, párrafo 10.

148 CIDH, Informe No. 42/08, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 63.

149 Demanda presentada por la CIDH ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 95.

recibió del Ministro de Defensa una carta privada de disculpas, éste nada menciona sobre la discriminación en razón de la orientación sexual ni sobre el reconocimiento de responsabilidad del Estado chileno en este aspecto.

En contraste, en el año 2011, en la admisión del caso de Ángel Alberto Duque vs. Colombia, la CIDH mencionó específicamente la posible violación de los artículos 5 (derecho a la integridad personal) , 8.1 (garantías judiciales), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) respecto a los artículos 1.1. y 2 de la CADH, con una breve alusión a la discriminación legal: "*La Comisión observa que los reclamos del peticionario se refieren a la presunta discriminación legal con relación a las parejas del mismo sexo*"[150].

Si bien en los informes de admisibilidad no se discute el incumplimiento de la obligación de respetar y garantizar, es importante que la CIDH comience a dar visibilidad a la obligación de no discriminación contenida en el artículo 1.1 y no se limite a admitir el caso por el derecho a la igualdad (artículo 24 de la CADH). Así, podría señalar explícitamente, por ejemplo, que los casos relacionados con LGTBI se admiten por determinado derecho de la CADH en conexión con la obligación 1.1, que implica respetar y garantizar esos derechos sin discriminación alguna.

Igualmente, el informe de solución amistosa arriba mencionado invisibilizó la problemática de la discriminación y violencia que subyacía este caso. Como se advirtió, en el acuerdo no hay reconocimiento de responsabilidad estatal por la discriminación en razón de la orientación sexual; y, por otra parte, en cuanto a las medidas para evitar que hechos discriminatorios como los ocurridos en los carabineros puedan repetirse, el acuerdo se circunscribe a señalar que en las indagaciones administrativas se debe "*garantizar el debido proceso administrativo (e) investigar solamente situaciones de relevancia administrativa, respetando la vida privada, honra y dignidad de las personas"*[151].

En cuanto a los casos de Ángel Alberto Duque y Homero Flor Freire, en los Informes de Fondo se expresa la conclusión de la CIDH sobre la violación del artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH en relación con el 1.1 (obligación de respeto y garantía) por discriminación en razón de la orientación sexual[152].

---

150 CIDH, Informe No. 150/11, Ángel Alberto Duque, párrafo 31.

151 CIDH, Informe No. 81/09, X, párrafo 21, numeral 2 sobre garantías de no repetición.

152 CIDH, Informe No. 81/13, Homero Flor Freire vs. Ecuador, Caso 12.743. Informe de Fondo de 4 de noviembre de 2013. Informe No. 5/14, Ángel Alberto Duque vs. Colombia, Caso 12.481. Informe de Fondo de 2 de abril de 2014.

Ahora bien, entre las medidas cautelares otorgadas por la CIDH pueden identificarse dos grupos: las dirigidas a salvaguardar la vida e integridad de defensores de los derechos humanos de personas LGTBI y las concedidas a personas pertenecientes a estas minorías. En cuanto al primer grupo, se pueden mencionar las de: i) Juana Mora Cedeño y Mario José Delgado González, quienes se encuentran en riesgo de sufrir atentados contra su vida e integridad[153]; ii) **Caleb Orozco, quien habría** sido objeto de hostigamiento y ataques en su residencia y en las calles, y habría recibido amenazas de muerte por medios sociales[154]; iii) Maurice Tomlinson, quien habría recibido amenazas de muerte[155]; iv) Agustín Humberto Estrada Negrete, Leticia Estrada Negrete y Guadalupe Negrete Silva, quienes habrían recibido amenazas de muerte, hostigamientos y agresión física; v) Indyra Mendoza Aguilar y otras. En este último evento, los hechos que dan origen a las medidas se refieren no sólo a amenazas a miembros de una ONG que trabaja con personas LGTBI, sino a funcionarios estatales que investigan violaciones de los derechos de esta población[156]. Asimismo, se han otorgado medidas cautelares para la protección de los derechos a la vida e integridad de los miembros de las siguientes organizaciones: Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH)[157], Asociación LGTB Arcoíris[158], CEPRES[159] y OASIS[160].

En el segundo grupo es posible relacionar X y Z[161] y Elkyn Johalby Suárez Mejía y otros[162]. En estos casos son recurrentes las agresiones, los ataques, las amenazas y el hostigamiento a estas personas debido a su orientación sexual[163].

Como se evidencia, la protección otorgada por la CIDH en las once medidas cautelares concedidas en los últimos trece años no pareciera ejemplificar una situación crítica respecto a la discriminación y violencia a la que se enfrenta la población LGTBI. Representaría, en cambio, una situación aislada y especialmente preocupante en Centroamérica, toda vez que las medidas fueron concedidas en Cuba, Belice, Honduras, Guatemala, México y Jamaica.

---

153 CIDH, MC 236/16.
154 CIDH, MC 155/13.
155 CIDH, MC 80/11.
156 CIDH, MC 18/10.
157 CIDH, MC 457/13.
158 CIDH, MC 196/09.
159 CIDH, MC 210/08.
160 CID, MC 03/06.
161 CIDH, MC 153/11.
162 CIDH, MC 621/03.
163 CIDH, MC 222/09.

Por el contrario, la activación del tema de los derechos humanos desde la perspectiva de las personas LGTBI[164] se concretó inicialmente con la creación de la Unidad para los derechos de las personas LGTBI en la CIDH, y luego con la entrada en funcionamiento el 1º de febrero de 2014 de la Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

Sin embargo, como se expondrá a continuación, el papel protagónico en la protección de los derechos de la población LGTBI lo ha tenido hasta ahora la Corte IDH. En efecto, no fue sino hasta el caso de Karen Atala e hijas que la CIDH y la Corte IDH trataron la responsabilidad estatal por este tipo de discriminación.

En el caso de Karen Atala Riffo y niñas, la Corte determinó que en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica se desconoció el derecho de la peticionaria a no ser discriminada, pues sustentaron sus decisiones en las siguientes consideraciones basadas en su orientación sexual: i) la discriminación social de las niñas; ii) la confusión de roles; iii) la prevalencia de intereses personales sobre los deberes maternos; y iv) el derecho a una familia normal y tradicional.

Para arribar a esa conclusión, la Corte reafirmó que las categorías de no discriminación contenidas en el artículo 1.1 de la CADH no son taxativas y que la obligación estatal de no discriminar es parte del *ius cogens*.

En cuanto al primer aspecto, concretamente en el Caso de Karen Atala Riffo y niñas, luego de recurrir a una interpretación evolutiva, a los criterios establecidos en el artículo 29 de la CADH y al principio *pro homine*, la Corte concluyó que la orientación sexual y la identidad de género se incluían en la categoría de condición social[165]:

> *"Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no*

---

[164] Al respecto, ver Resoluciones de la Asamblea General de la OEA: AG/RES. 2653 (XLI-O/11); AG/RES. 2600 (XL-O/10); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09); y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

[165] Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas, párrafos 83 y ss. En la parte final de ese apartado (párrafo 93) concluyó la Corte: *"Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención"*.

son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo"[166].

En tal sentido, la Corte concluyó de manera contundente:

"La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"[167].

En lo relacionado con el segundo aspecto, en la OC-17/03 la Corte IDH reconoció el carácter de *ius cogens* de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos sin discriminación alguna. Al respecto, puntualizó:

"El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o

---

166 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 85.

167 Ibídem, párrafo 91. Consideración reiterada en el caso Ángel Duque, párrafos 104 y 105.

de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens"[168].

La obligación internacional de los Estados de no discriminar como ius cogens ha sido reiterada, entre otras, en la OC-20/09[169], en la sentencia de Karen Atala Riffo y niñas[170] y en el caso Espinoza Gonzáles[171]. Este último ha establecido un estándar de protección inequívoco de no discriminación por razones de género, planteado de forma general, y de forma específica, desarrollado por motivos de orientación sexual en el caso.

Por su parte, en el caso de Ángel Alberto Duque, la Corte IDH reitera el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación[172]. Asimismo, luego de realizar un juicio de igualdad, encontró internacionalmente responsable a Colombia por la existencia en su ordenamiento jurídico del artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994, normas que establecían un trato diferenciado entre beneficiarios o beneficiarias de la pensión de sobrevivientes heterosexuales y

---

168 Corte IDH, OC-18/03, párrafo 100.
169 Corte IDH, OC-20/03, párrafo 54.
170 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 79.
171 Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles, párrafo 216.
172 Corte IDH, Caso Ángel Duque, párrafo 91.

homosexuales que no era admisible bajo las categorías prohibidas de no discriminación previstas en el artículo 1 de la CADH. En tal sentido, concluyó la Corte IDH:

> *"Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta de COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá"*[173].

Ahora bien, sobre la aparente superación del hecho ilícito internacional alegada por el Estado por la expedición de las sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010, la Corte IDH advirtió que no había garantía en cuanto a los efectos en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al señor Duque, toda vez que en el derecho interno colombiano existía una norma de prescripción de tres años de las mesadas pensionales que podría afectar el goce pleno de su derecho pensional desde el año 2002. Al respecto, la Corte señaló:

> *"De ese modo, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el Estado, el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual se habrían modificado la reglas para acreditar la condición de uniones de hecho (supra párr. 82). Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que, en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los*

---

[173] Ibídem, párrafo 125.

que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria"[174].

En este orden de ideas, a partir de este breve recuento interamericano sobre el alcance de la obligación internacional de los Estados de no discriminar en razón a la orientación sexual o la identidad de género, es pertinente revisar la interacción de esta jurisprudencia con la Corte Constitucional colombiana en cuatro momentos. El primero: las sentencias que tuvo en cuenta el Tribunal interamericano cuando decidió el caso de Karen Atala Riffo y niñas. En esa oportunidad, la Corte IDH consideró importante referirse a pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con tres temas, a saber: i) el control de convencionalidad[175]; ii) que la falta de consenso en los países del hemisferio no puede ser óbice para negar el reconocimiento de derechos a las personas LGTBI[176]; y iii) la libertad de autodeterminarse[177].

El segundo: a propósito del vigoroso intercambio por medio del cual interrogó el Juez Diego García Sayán al perito Rodrigo Uprimny[178] durante la audiencia del caso de Ángel Alberto Duque, en relación con la incidencia de la sentencia de Karen Atala Riffo y niñas en la jurisprudencia constitucional colombiana. Al respecto, vale mencionar que en el buscador de la Corte Constitucional aparecen 35 coincidencias con la sentencia interamericana en los cuatro años que han trascurrido desde que se profirió. A mi juicio, donde esa interacción ha sido más relevante es en los siguientes casos: a) la adopción por parejas del mismo sexo[179]; b) la no discriminación por identidad de género diversa de las mujeres transgénero a quienes se les exige libreta militar[180]; c) la no discriminación por identidad de género diversa en el acceso a la educación[181] y en el cambio de nombre[182]; d) el matrimonio igualitario[183]; y e) la discriminación

---

174 Ibídem, párrafo 137.

175 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 283. En el que se hace alusión a la sentencia C-10/00.

176 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 92. En el que se mencionan las sentencias C-481/98, C-507/99 y C-373/02.

177 Corte IDH, Caso Karen Atala Riffo y niñas, párrafo 136. En el que se comenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad por parte del Tribunal colombiano a partir de las sentencias T-499/03, C-309/97 y SU-642/98.

178 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Audiencia Pública. Caso Ángel Alberto Duque Vs. Colombia. Parte 2. Disponible en: https://vimeo.com/137318898. Minuto: 1:51.

179 Corte Constitucional, sentencia SU-617/2014, C-071/15, C-683/15.

180 Corte Constitucional, sentencia T-476/2014, T-099/15.

181 Corte Constitucional, sentencia T-804/2014.

182 Corte Constitucional, sentencia T-077/16.

183 Corte Constitucional, sentencia SU-214/16.

en una conciliación extrajudicial en la que se acordó que una madre de menores no conviviera con su pareja del mismo sexo[184].

El tercero: en la decisión del caso de Ángel Duque, tanto en el análisis de las excepciones preliminares como en el fondo del asunto, fue central la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad de parejas del mismo sexo, así como la relacionada con la acción de tutela como mecanismo para acceder a los servicios de salud de personas con VIH.

Y el cuarto: estaría por medirse el impacto de la sentencia de Ángel Alberto Duque en la jurisprudencia constitucional colombiana, ya que por tratarse de una sentencia reciente aún no registra coincidencias en el buscador de la Corte Constitucional.

3. Conclusiones

La acción de tutela es reconocida en el sistema interamericano de derechos humanos como un mecanismo idóneo y efectivo en términos del requisito de agotamiento de recursos internos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional que se construye en el marco de este mecanismo, y/o del trámite de una acción pública de inconstitucionalidad, puede no ser suficiente para evitar el avance de un caso a nivel internacional a fin de declarar la responsabilidad internacional de un Estado. El caso de Ángel Alberto Duque da cuenta de esta situación, pues a pesar de que las sentencias tanto de tutela como de constitucionalidad habían reconocido el derecho a acceder a una pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo, los problemas de aplicación del precedente y la prescripción de las mesadas pensionales pueden considerarse como razones verdaderas para desestimar la excepción preliminar más allá de la oportunidad que habría podido tener la CIDH de conocer sobre las decisiones judiciales internas. Ahora bien, respecto a la obligación de no discriminación en razón de la orientación sexual o la identidad de género diversa, el papel de la CIDH frente a los casos y medidas que han involucrado personas LGTBI en los últimos años ha sido muy lento, pues a pesar de contar desde 1984 con la interpretación autorizada de la Corte IDH en materia de no discriminación a partir de elementos básicos de igualdad basada en la condición de seres humanos y no discriminación por ningún motivo, el análisis de los pocos casos de personas LGTBI ha sido bastante precario en esas dos materias. Tampoco hubo análisis con respecto a las circunstancias de violencia que rodearon

---

184 Corte Constitucional, sentencia T-252/16.

esos casos, ni es posible analizar de manera integral la situación de derechos humanos de las personas LGTBI en la región.

El análisis de fondo del caso de Karen Atala Riffo y niñas, y la posterior demanda presentada ante la Corte IDH, parecen un punto de quiebre en esa dinámica. Igualmente, la inclusión en la agenda de este tema en la Asamblea General de la OEA parecería otorgarle una relevancia distinta a los derechos humanos desde la perspectiva LGTBI. Por ello, es trascendental y significativo para la jurisprudencia interamericana que cuatro años después, con la sentencia sobre Ángel Alberto Duque, la Corte IDH vuelva a visibilizar un caso de no discriminación en razón de la orientación sexual. Los dos casos fallados por la Corte IDH han visibilizado batallas contra la discriminación esenciales a la garantía y protección de los derechos humanos de la comunidad LGTBI. Eliminar la normalización de conductas que los han excluido y marginado de los derechos más básicos, como la conformación de familia y el reconocimiento de prestaciones sociales, constituye un avance esencial en el hemisferio donde el reconocimiento como iguales está aún muy lejos de alcanzarse[185].

De hecho, se espera que con la creación de la Relatoría para LGTBI, la CIDH participe de forma más activa en los casos que involucren la discriminación de esta minoría. Por una parte, la CIDH se encuentra vinculada por la jurisprudencia de la Corte IDH, que ya reconoció la obligación estatal de no discriminar por motivos de orientación sexual e identidad de género, y en esa medida deberá hacer explícita la discriminación por estos motivos en el trámite de peticiones. Y por otra, está llamada a tratar de forma evidente la violencia como elemento que contribuye a la discriminación en estos casos[186]. Esto último, porque el contexto en que acaecen las violaciones de derechos humanos de la población LGTBI requiere la visibilización de esta problemática para que los Estados puedan adelantar acciones diferenciadas en materia de protección de las personas LGTBI.

Finalmente, vale reconocer que es notable la utilización que ha hecho la Corte IDH de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los dos casos por discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género, pues la misma es ejemplo de protección y garantía de derechos frente a la que existe en otras latitudes de la región.

---

185 El 1º de noviembre de 2012, se celebró una audiencia general sobre homicidios de personas LGTBI e impunidad en las Américas. El 16 de marzo de marzo de 2015, se celebró una audiencia sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas trans en América. Al respecto puede consultarse: www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32.

186 La denuncia mediante comunicados de prensa relacionados con la violencia contra la comunidad LGTBI puede consultarse en http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/comunicados

ANEXO

Texto completo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque Vs. Colombia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DUQUE VS. COLOMBIA[1]

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el *Caso Duque,*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes Jueces:

Roberto F. Caldas, Presidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
Eduardo Vio Grossi, Juez.

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante también "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia.

[1] La presente Sentencia se dicta en el 113 Período Ordinario de Sesiones de la Corte. De conformidad con los artículos 54.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5.3 del Estatuto de la Corte y 17.1 de su Reglamento, los jueces que terminen sus mandatos seguirán conociendo de los casos que ya conocieren y que se encuentren en estado de sentencia. En razón de lo anterior, los Jueces Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán y Alberto Pérez Pérez participaron en la deliberación y firma de la presente Sentencia. El Juez Humberto Antonio Sierra Porto, de nacionalidad colombiana, no participó en la deliberación de la presente Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.2 del Estatuto y 19.1 del Reglamento de la Corte.

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

Tabla de contenido

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA 4
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE 6
III COMPETENCIA 7
IV. EXCEPCIONES PRELIMINARES 8
A. Falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque 8
A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes 8
A.2. Consideraciones de la Corte 9
B. Hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana 15
C. Falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal. 16
C.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes 16
C.2. Consideraciones de la Corte 16
V. CONSIDERACIONES PREVIAS 18
VI. PRUEBA 19
A. Prueba documental, testimonial y pericial 19
B. Admisión de la prueba 20
C. Valoración de la prueba 20
VII. HECHOS 20
A. Situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja 21
B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia 21
C. Acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia 23
D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional 25
VIII. FONDO 26
VIII-1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN 26
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 26
B. Consideraciones de la Corte 27
B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación 27
B.2. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso 30
B.3. La alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso 36
B.4. Conclusión 39
VIII-2. LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL 39
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 39
B. Consideraciones de la Corte 40
B.1. La existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente 41
B.2. La alegada violación al artículo 8.1 de la Convención por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales 44
VIII-3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA 46
A. Argumentos de las partes y de la Comisión 46
B. Consideraciones de la Corte 47
B.1. Estándares relativos al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH 47
B.2. Análisis del caso concreto 51
IX. REPARACIONES (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana) 53
A. Parte Lesionada 54
B. Medida de Restitución 54

C. Medidas de Satisfacción 55
D. Otras medidas de reparación solicitadas 56
E. Medida de rehabilitación 57
F. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial 57
F.1. Daño material 57
F.2. Daño inmaterial 58
G. Costas y gastos 59
H. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas 61
I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados 61
X. PUNTOS RESOLUTIVOS 62

I
INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* – El 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Ángel Alberto Duque* contra la República de Colombia (en adelante, "el Estado" o "Colombia"). De acuerdo con lo señalado por la Comisión, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una "pensión de sobrevivencia"[2] tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, consideró que la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.

2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

a. *Petición.* – El 8 de febrero de 2005 la Comisión recibió una petición presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti (en adelante "los peticionarios").

b. *Informe de Admisibilidad*. - El 2 de noviembre de 2011 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N°. 150/11[3].

c. *Informe de Fondo*. - El 2 de abril de 2014 la Comisión emitió el Informe de Fondo N° 5/14 (en adelante "el Informe de Fondo"), en los términos del artículo 50 de la Convención, en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado:

i. Conclusiones. La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación a los siguientes derechos humanos establecidos en la Convención Americana:

- El derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque;

[2] De acuerdo con la legislación colombiana, la pensión de sobrevivencia es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), y que tiene la finalidad de proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte.

[3] En dicho Informe, la Comisión declaró la admisibilidad de la petición por la presunta violación de los derechos establecidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, en conexión con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

- Los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, y
- El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

ii. Recomendaciones. La Comisión recomendó al Estado:

- Reparar adecuadamente al señor Ángel Alberto Duque por las alegadas violaciones de derechos humanos declaradas en el Informe de Fondo contemplando los daños materiales e inmateriales. Dicha reparación debería, como mínimo, incluir la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Asimismo, el Estado debería proveer el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH;
- Adoptar todas las medidas que aún fueran necesarias para garantizar la no repetición de los hechos como los del caso. En particular, adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo –y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos-, sean debidamente acatadas y cumplidas;
- Adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, y
- Adoptar todas las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, y en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

d. *Notificación al Estado.* - El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 21 de abril de 2014, otorgándose un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado presentó un informe el 20 de junio de 2014[4], en el cual solicitó un plazo de tres meses para remitir determinada información, lo cual fue concedido, y posteriormente presentó un segundo informe.

e. *Sometimiento a la Corte.* - El 21 de octubre de 2014 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana la totalidad de los hechos y alegadas violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo, "por la necesidad de obtención de justicia para la [presunta] víctima", haciendo referencia a que el Estado, en su segundo informe, se habría abstenido de efectuar una propuesta concreta de reparación integral, habría indicado que la presunta víctima debía iniciar un segundo trámite, y habría indicado que no reconocía que de los hechos del caso resulte un ilícito internacional.

3. *Solicitud de la Comisión Interamericana.* – Con base en lo anterior, la Comisión solicitó al Tribunal que declare la responsabilidad internacional de Colombia por la supuesta violación de los derechos anteriormente indicados en las conclusiones del Informe de Fondo. Adicionalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación, que se detallarán y analizarán en el capítulo correspondiente.

[4] El escrito de sometimiento del caso de la Comisión no hace referencia a este primer informe, pero está incluido en el expediente del caso.

II
PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. *Notificación al Estado y a los representantes*[5]. – El sometimiento del caso por parte de la Comisión fue notificado al Estado y a los representantes el 11 de noviembre de 2014.

5. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 12 de enero de 2015 los representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas[6] (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos de los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte.

6. *Escrito de contestación.* – El 1 de abril de 2015 el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso y al escrito de solicitudes y argumentos y de excepciones preliminares (en adelante "contestación" o "escrito de contestación"), en los términos del artículo 41 del Reglamento del Tribunal[7].

7. *Observaciones a las excepciones preliminares.* - Mediante escritos recibidos el 1 de junio de 2014, los representantes y la Comisión presentaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y solicitaron que fueran rechazadas.

8. *Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.* – Mediante Resolución de 5 de mayo de 2014 el Presidente de este Tribunal declaró procedente la solicitud interpuesta por la presunta víctima, a través de sus representantes, para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, y aprobó que se otorgara la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones, ya sea en audiencia o por affidavit.

9. *Audiencia pública.* – Mediante Resolución del Presidente de la Corte de 2 de julio de 2015, se convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública que fue celebrada el 25 de agosto de 2015 durante el 53º Período Extraordinario de Sesiones de la Corte, la cual tuvo lugar en Tegucigalpa, Honduras[8]. En la audiencia se recibieron las declaraciones de la presunta víctima y un perito, propuestos por los representantes, un perito propuesto por la Comisión, y un testigo y un perito ofrecidos por el Estado, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión, los representantes de la presunta víctima y el Estado, respectivamente. Asimismo, en esa Resolución se ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) de cuatro peritos, propuestos por los representantes, así como de un testigo y un perito, ofrecidos por el Estado, y un perito propuesto por la Comisión.

10. *Amici Curiae.*- El Tribunal recibió 9 escritos de *amici curiae*, presentados por: 1) la Fundación Latina de Cultura[9]; 2) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de

---

[5] Los representantes en el presente caso ante la Corte son la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti.

[6] Los representantes enviaron el escrito de solicitudes y argumentos vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 30 de enero de 2015, los representantes remitieron a la Corte el escrito original y anexos del mismo.

[7] El Estado envió su escrito de contestación vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 23 de abril de 2015, el Estado remitió a la Corte el escrito original y anexos del mismo. Asimismo, mediante escrito de 12 de diciembre de 2014 el Estado designó como Agentes a Juana Inés Acosta López y Camilo Ernesto Vela Valenzuela.

[8] A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Tracy Susanne Robinson, Comisionada; Silvia Serrano Guzmán y Jorge H. Meza Flores, asesores de la Secretaría Ejecutiva; b) por los representantes de la presunta víctima: Gustavo Gallón Giraldo, Representante; Fredy Alejandro Malambo Ospina, Representante; y Germán Humberto Rincón Perfetti, representante, y c) por el Estado de Colombia: Juana Inés Acosta y Camilo Vela Valenzuela, Agentes; Jonathan Riveros Tarazona, Asesor; y Juanita López Patrón, Directora de la Defensa Jurídica de la ANDJE.

[9] El escrito fue firmado por María Inés Franck, Presidenta de la referida Fundación.

la Universidad de Texas e International Gay and Lesbian Human Rights Commission[10]; 3) Organización Alliance Defending Freedom[11]; 4) Damián A. González-Salzberg[12]; 5) Centro Leitner por la Justicia y el Derecho Internacional de la Universidad de Fordham y la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas[13]; 6) Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes[14]; 7) The Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, Venezuela Diversa Asociación Civil, United and Strong Inc., Corporación Promoción de la Mujer / Taller de Comunicación Mujer, SASOD - Society Against Sexual Orientation Discrimination, Colectiva Mujer y Salud, Aireana Grupo por los Derechos de las Lesbianas, United Belize Advocacy Movement, Mulabi - Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos, Akahatá - Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros, Colectivo Ovejas Negras, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Rede Nacional de Negras e Negros LGBT, Women's Way Foundation, Jamaica Forum of Lesbians, All-Sexuals and Gays (J-FLAG), Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans), Sindicato Amanda Jofré, Red Trans del Perú, Asociación Panameña de Personas Trans, Asociación Panambí y Asociación Alfil[15]; y 8) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara en California[16] y 9) Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, La Fundación Probono Colombia, Red Probono Chile, Estudio Jurídico Ferrada Nheme y la Firma de Abogados Baker and McKenzie de Colombia.

11. *Alegatos y observaciones finales escritos.* – El 25 de septiembre de 2015 los representantes y el Estado presentaron sus respectivos alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana remitió sus observaciones finales escritas.

12. *Deliberación del presente caso.* - La Corte inició la deliberación de la presente Sentencia el 25 de febrero de 2016.

III
COMPETENCIA

13. La Corte es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Colombia es Estado Parte de la Convención desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

---

[10] El escrito fue firmado por Ariel Dulitzky, Profesor de Derecho y Director de la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas.

[11] El escrito fue firmado por Neydy Casillas Padrón, Consejera Legal; Sofía Martínez Agraz, Consejera Legal; Federica dalla Pria, Abogada Asistente; Natalia Callejas Aquino, Allied Attorney e Isabella Franco Emerick Albergaria, Pasantes en Derecho.

[12] El escrito fue firmado por Damián A. González-Salzberg, Profesor de Derecho de la Universidad de Sheffield.

[13] El escrito fue firmado por Zach Hudson.

[14] El escrito fue firmado por Marcela Sánchez Buitrago, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa; Viviana Bohórquez Monsalve, Abogada de Colombia Diversa; Mávilo Nicolás Giraldo Chica, Abogado de Colombia Diversa; Andrea Parra, Directora de PAIIS y Jenny Guzmán Moyano, Estudiante de Derecho.

[15] El escrito fue firmado por Clovis J. Trevino, Covington & Burling LLP.

[16] El escrito fue firmado por Francisco J. Rivera Juaristi, Director y Abogado Supervisor de la referida clínica; Britton Schwartz, Abogada supervisora; Erica Sutter, Estudiante; Allison Pruitt, Estudiante; Forest Miles, Estudiante.

IV
EXCEPCIONES PRELIMINARES

14. El *Estado* presentó dos excepciones preliminares referentes a: a) la falta de agotamiento de los recursos internos, frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque, y b) los supuestos hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. Además, el Estado señaló que "de forma subsidiaria" presentaba la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal. A continuación la Corte analizará las excepciones presentadas por el Estado.

A. Falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque

A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes

15. El *Estado* alegó que de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal de reconocimiento del derecho pensional ante la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - COLFONDOS) y otro judicial para lograr, a nivel interno, la protección de los derechos que estimaba vulnerados. Además, el *Estado* alegó que durante el proceso de admisibilidad, antes de la emisión del Informe de Admisibilidad, le informó a la Comisión que la jurisprudencia doméstica había cambiado, ofreciendo recursos adecuados y efectivos que el señor Duque no había agotado.

16. De acuerdo con el Estado, el señor Duque interpuso su petición ante la Comisión en 2005, y la jurisprudencia en Colombia resolvió la situación pensional de las parejas del mismo sexo con la emisión de la sentencia C-336 de 2008 y la consolidó con la sentencia T-051 de 2010. Asimismo, el *Estado* alegó que informó de este avance en su jurisprudencia en su escrito de observaciones de 7 de julio de 2009. El Estado señaló que no sólo había mencionado los recursos internos que no se habían agotado, sino que también especificó cuáles eran los que se encontraban pendientes de agotamiento y presentó pruebas tendientes a demostrar que eran los adecuados y efectivos.

17. Finalmente, el *Estado* señaló que la jurisprudencia nacional se encuentra a favor del señor Duque, por lo que la exigencia de realizar una solicitud al fondo de pensiones conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia resulta razonable. De acuerdo con el Estado, el recurso sigue siendo efectivo al día de hoy, haciendo plenamente viables las pretensiones del señor Duque; por lo que una decisión de admisibilidad del presente caso resultaría contraria al principio de subsidiariedad que rige el Sistema Interamericano.

18. La *Comisión* señaló que el principio de subsidiariedad no implica que los Estados deban contar con oportunidades ilimitadas para resolver la cuestión. Agregó que una vez que el Estado ha contado con una oportunidad de dar respuesta a la alegada violación sin que lo hubiera hecho, debe entenderse que se ha resguardado el principio de subsidiariedad. De lo contrario, se estarían imponiendo cargas excesivas a las víctimas que, aún habiendo recibido un rechazo a nivel interno, deban continuar intentando una respuesta favorable. Indicó que ello llevaría, en la práctica, a retardar injustificadamente la justicia internacional y ese no sería el sentido del sistema de peticiones y casos ni de la regla del agotamiento de los recursos internos.

19. Además, la *Comisión* alegó que el argumento central del Estado sobre la falta de agotamiento de los recursos internos, se centró en que a partir de la sentencia T-051 de 2010 se modificaron las reglas judiciales que impedían la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 cuando la muerte hubiera tenido lugar antes de dicha decisión y que exigían la declaración ante notario de ambas partes como prueba de la unión homosexual. Sin embargo, teniendo en cuenta que el último escrito del Estado en la etapa de admisibilidad es del año 2009, resultaba evidente que el Estado se abstuvo de informar a la Comisión, en el momento procesal oportuno y contando con amplia oportunidad para hacerlo, sobre la emisión de la sentencia T-051 de 2010, sus consecuencias en el análisis de la admisibilidad de la petición y las sentencias posteriores que la ratificaron.

20. Finalmente, la *Comisión* señaló que, si bien el Estado enfatizó en varios apartes de su contestación que la sentencia T-051 de 2010 tuvo lugar antes del Informe de Admisibilidad de la Comisión, tomando en cuenta las reglas de carga de la prueba y el hecho que no le corresponde a los órganos del sistema interamericano investigar *ex officio* sobre la idoneidad y efectividad de los recursos, lo relevante no es la fecha en que tal sentencia fue emitida, sino si la misma fue puesta en conocimiento de la Comisión oportunamente y de manera debida con la argumentación respectiva sobre la relevancia de la misma para el análisis de admisibilidad. En ese sentido, los argumentos de hecho y de derecho planteados por el Estado relativas a las excepciones preliminares que se basan en la sentencia T-051 de 2010 y posteriores, no fueron puestos en conocimiento de la Comisión oportunamente y, por lo tanto, resultan extemporáneos.

21. Los *representantes* alegaron que, a pesar de que existió un cambio en el marco jurídico respecto del reconocimiento de la pensión a parejas del mismo sexo con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, ello no conlleva automáticamente la subsanación de un hecho de discriminación por razones de identidad sexual contra Ángel Alberto Duque por la negación que tuvo el 19 de marzo de 2002 en la concesión de la prestación social. De acuerdo con los representantes, el alegato del Estado sobre el recurso administrativo y judicial que se generó a partir de la providencia de la Corte Constitucional, implícitamente reconoce que la presunta víctima no poseía ningún recurso para remediar la situación de discriminación sufrida al momento de los hechos.

22. Asimismo, los *representantes* señalaron que la excepción descrita en el artículo 46.2 (a) de la Convención Americana cuando "no exista en la legislación interna del Estado […] el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados", se mantiene incólume en la actualidad pues dicha circunstancia fue la que se presentó en el tiempo de ocurrencia de la violación de derechos humanos alegada. Además, sostuvieron que unicamente con la sentencia T-051 de 2010 se consolidaron los presupuestos de la sentencia C-336 de 2008; por lo que fue hasta ocho años después del marco fáctico que da lugar a la violación, que surgieron los recursos que el Estado indica que debía agotar el señor Duque.

A.2. Consideraciones de la Corte

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

durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión[17]. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos[18].

24. En el presente caso, para llevar a cabo el análisis sobre el alegato de falta de agotamiento de los recursos internos, corresponde en primer término determinar si esa excepción preliminar fue presentada en el momento procesal oportuno. En tal sentido, la Corte nota que el Estado presentó ese alegato en su escrito de observaciones a la petición inicial[19], por lo que fue presentado en la debida oportunidad procesal.

25. En segundo lugar, el Estado fundamenta la excepción preliminar que fue interpuesta a través de los siguientes argumentos: a) de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, el señor Ángel Alberto Duque contaba con un recurso administrativo (reclamación formal del reconocimiento del derecho pensional ante COLFONDOS) y otro judicial para lograr, a nivel interno, la protección de los derechos que estimaba vulnerados para impugnar el eventual rechazo de tal reclamación, los cuales no fueron interpuestos, y b) que entre 2008 y 2010 la jurisprudencia doméstica había cambiado y que en virtud de esa jurisprudencia el señor Duque contaba con recursos adecuados y efectivos que no había agotado.

a) El agotamiento de los recursos internos en el año 2005

26. Con relación al primer punto, consta que el 19 de marzo de 2002 el señor Duque presentó ante COLFONDOS una solicitud (*infra* párr.68) de carácter general requiriendo información solicitó que "se sirvan dar[l]e información para saber qué requisitos deb[ía] gestionar, adelantar o llenar para solicitar la pensión del señor [J.O.J.G], quien falleció el día 15 de septiembre de 2001 y en vida estaba afiliado a dicha entidad y laboraba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales". En ese escrito el señor Duque agregó que "[s]u tendencia sexual era gay y convivió [con él] durante diez (10) años y tres (3) meses, compartiendo todo lo relacionado como pareja desde el 15 de junio de 1991 hasta el momento de su fallecimiento"[20]. Esa comunicación no fue acompañada por ninguna documentación que hubiese permitido analizar y determinar si el señor Duque cumplía con los requisitos legales y de esa manera efectuar los cálculos correspondientes a la pensión de sobrevivencia[21].

27. Sin perjuicio de lo arriba indicado, este Tribunal constata que, en respuesta a la comunicación del señor Duque, COLFONDOS contestó que "no se puede llevar a cabo el trámite solicitado", puesto que el señor Duque "no acredita[ba] la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia", de conformidad con la legislación colombiana en materia de seguridad social que "no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo"[22] (*infra* párrs. 71 a 74). A raíz de la respuesta de COLFONDOS, el

---

17 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares,* párr. 88, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador párr. 27.

18 *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares,* párrs. 88 y 91, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 21.

19 *Cfr.* República de Colombia, Ministerio de relaciones exteriores, Escrito de 31 de enero de 2006, DDH.GOI No. 2706/132 (expediente de prueba, folios 307 y ss.).

20 Petición Presentada por el Señor Duque a la Compañía colombiana administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -COLOFONDOS S.A el 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

21 *Cfr.* Declaración durante la audiencia pública del presente caso del Testigo Juan Manuel Trujillo, el 25 de agosto de 2015.

22 Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -COLOFONDOS S.A., Oficio No. DCI-E-P-1487-02, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

señor Duque presentó una acción de tutela por medio de la cual solicitó que se ordene "al gerente general de COLFONDOS y/o quien corresponda, [que] reconozca y pague la sustitución pensional al señor Ángel Alberto Duque como sustituto de su compañero [J.O.J.G.]. Como consecuencia de lo anterior se garantiza el derecho a la salud del accionante, ya que al acceder a la pensión también tiene derecho a la seguridad social en salud. Lo anterior ya que conforme lo certifica el médico tratante si el accionante deja de tomar el tratamiento antirretroviral fallecerá"[23] (*infra* párr. 69).

28. En la sentencia de tutela el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó que "el accionante solicitó efectivamente el reconocimiento de la pensión, a la cual se le dio respuesta negativa […]" y señaló que la respuesta de COLFONDOS se ajustaba a derecho y no constituía una violación a los derechos fundamentales del señor Duque[24]. Asimismo indicó: "puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el [artículo] sexto del [Decreto] 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial"[25].

29. Con respecto al acceso a la seguridad social, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá agregó que "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el [E]stado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"[26]. Esa decisión fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá[27].

30. Lo anterior permite a la Corte llegar a las siguientes conclusiones: a) tanto COLFONDOS como el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Doce Civil de Bogotá atribuyeron a la nota remitida por el señor Duque (*supra* párr. 70) la misma naturaleza y consecuencias que una solicitud formal de reconocimiento de pensión; b) el señor Duque presentó la tutela para perseguir dos objetivos distintos, uno que consistía en la obtención de la pensión de sobrevivencia, y otro que era acceder a la seguridad social en salud y de esa forma no interrumpir su tratamiento médico, y c) el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó al señor Duque que la tutela no era el recurso que procedía para solicitar la pensión de sobrevivencia, y que para tales efectos debía acudir a los procedimientos ordinarios, que serían la vía contenciosa administrativa y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales.

---

[23] Acción de tutela incoada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación de Ángel Alberto Duque, 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 7).

[24] *Cfr.* Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folios 84 y 86).

[25] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

[26] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

[27] *Cfr.* Juzgado Doce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Sentencia, 19 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 93 y 94).

31. Por otra parte, es necesario recordar que el Estado señaló en sus alegatos relacionados con la excepción preliminar sobre la falta de agotamiento de los recursos internos, frente a los derechos a la vida e integridad personal, que "la acción de tutela constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico; por lo que el señor Duque debía agotar dicho recurso frente a los hechos alegados de falta de continuidad en el tratamiento antirretroviral".

32. Como consecuencia de lo anterior es posible inferir que la acción de tutela planteada por el señor Duque, la cual buscaba un reconocimiento de la pensión de sobrevivencia y también un acceso a una prestación regular de un servicio médico, podía ser el recurso adecuado y efectivo para cumplir con las dos finalidades perseguidas, sin perjuicio de que existieran otros recursos ordinarios específicos para solicitar la pensión de sobrevivencia que fueron mencionados por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (*supra* párr. 79). En este caso, es razonable concluir que, de todos aquellos disponibles, la tutela era un recurso acorde a la situación de urgencia en la cual podría encontrarse el señor Duque.

33. Por tanto la Corte entiende que, para la fecha de la presentación del escrito de observaciones a la petición por parte del Estado, el cual fue remitido en el año 2006, el señor Duque había agotado los recursos de la jurisdicción interna en los términos de lo establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana.

b) El agotamiento de los recursos internos al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad en el año 2011

34. En el caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, la Corte indicó que el artículo 46.1.a) de la Convención Americana, en el cual se dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, debe ser interpretado en el sentido que exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma[28].

35. Del mismo modo, este Tribunal recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios[29]. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención[30]. Asimismo, el hecho de que el análisis del cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición no afecta el carácter complementario del sistema interamericano. Por el contrario, de estar pendiente algún recurso interno, el Estado tiene la oportunidad de solucionar la situación alegada durante la etapa de admisibilidad[31].

---

[28] *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 25.

[29] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 20.

[30] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo,* párr. 63, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 48.

[31] *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú,* párr. 27.

36. Con relación al segundo alegato sobre la excepción preliminar al agotamiento de los recursos internos, el Estado indicó que entre los años 2008 y 2010, la normatividad interna colombiana cambió y que como consecuencia de ello el señor Duque contaba con un recurso administrativo ante COLFONDOS y otro judicial para lograr en el nivel interno la protección de los derechos que considera vulnerados.

37. En consecuencia, de conformidad con lo establecido por esta Corte en su jurisprudencia, corresponde al Tribunal determinar si con anterioridad a la emisión del Informe de Admisibilidad el 2 de noviembre de 2011, la Comisión tuvo efectivamente la oportunidad de tomar en cuenta los desarrollos jurisprudenciales recientes en Colombia que, según plantea el Estado, habrían creado recursos que no habrían sido agotados por el señor Duque.

38. Con respecto a lo señalado, el Tribunal constata que el Estado se refirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en varias sentencias e indicó los efectos que habría tenido en relación con la normatividad interna relacionada con el acceso a la pensión de sobrevivencia para personas del mismo sexo[32]. Asimismo, la Corte advierte que durante el trámite que se llevó a cabo ante la Comisión, y con anterioridad a la emisión del Informe de Fondo, el Estado informó, mediante escrito de 8 de julio de 2009, sobre el desarrollo jurisprudencial hasta ese momento, haciendo particular alusión a las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, y T-1241 de 2008. Además, la Comisión tenía conocimiento, al momento de adoptar el Informe de Admisibilidad, de otra sentencia de la Corte Constitucional que se refiere al tema de la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, a saber la sentencia T-911 de 2009. Asimismo, en ese Informe, la Comisión hizo referencia al alegato del Estado según el cual, posteriormente a las sentencias de la Corte Constitucional C-336 y T-1241, "se configuró un cambio en el panorama jurídico que habría permitido a la presunta víctima acceder a la pensión de sobrevivencia". Sin embargo, la Comisión agregó, en el mismo Informe, que la sentencia T-911 de 2009 estableció que "debe existir constancia suficiente, mediante declaración ante notario, de la voluntad que la persona fallecida hubiere tenido que conformar una unión marital de hecho junto con la persona que posteriormente pretende el derecho a la pensión de sobrevivientes" y que "no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento". Concluyó

[32] En particular mencionó las siguientes: a) la sentencia C-075 de 2007 mediante dicha decisión se declaró la *exequibilidad condicionada* de la Ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes". Entendiendo que "el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales". *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007 (expediente de prueba, folios 1866 y ss.); b) la sentencia C-811 de 2007 que declaró la *exequibilidad condicionada* del artículo 63 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-811 de 2007 (expediente de prueba, folios 1955 y ss.); c) la sentencia C-336 de 2008 que declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones conyugue y compañero o compañera permanente, contenidas en el artículo 47121 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336 de 2008 (expediente de prueba, folios 2006 y ss.); d) la sentencia T-051 de 2010 en la que se estableció que la sentencia C-336 de 2008 debía también ser aplicada a los casos en que el deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo, y que se reconoció medios de prueba distintos a la declaración ante notario público de los interesados para acreditar la unión entre personas del mismo sexo *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051 de 2010 (expediente de prueba, folios 2228 y ss.); e) la sentencia T-592 de 2010 en la cual se volvió a afirmar que la sentencia C-336 de 2008 debía aplicarse a los casos en que el fallecimiento del causante se presentó de manera previa a que se profiriera dicho fallo de exequibilidad y se reiteró que deben hacerse valederos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-592 de 2010 (expediente de prueba, folios 2275 y ss.), y f) la sentencia T-716 de 2011 y las Sentencias T-860 de 2011 en las cuales se reiteran los criterios anteriores sobre libertad probatoria y sobre la retroactividad del criterio contenido en la sentencia C-336 de 2008 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-716 de 2011 y T-860 de 2011 (expediente de prueba, folios 2302 y ss y 2354 y ss.).

que el señor Duque no podría beneficiarse de los referidos cambios jurisprudenciales, puesto que su compañero falleció en el año 2001.

39. No consta que el Estado hubiese remitido información actualizada a la Comisión luego de ese último informe, previamente a la emisión del Informe de Admisibilidad en noviembre de 2011, ni que ésta tuviera conocimiento de las citadas sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2010 y 2011. Por el contrario, el Informe de Admisibilidad N° 150/11 únicamente se refiere a las Sentencias anteriores a esos años, información que el mismo Estado enfatizó cuando señaló que la sentencia T-051 de 2010 "fue puesta en conocimiento de la [Comisión] con posterioridad a la emisión del Informe de Admisibilidad"[33]. En ese mismo sentido, el Estado indicó que "no existió un requerimiento previo a la emisión del Informe de Admisibilidad, por parte de la […] Comisión, mediante el cual el Estado pudiera introducir la sentencia T-051 de 2010 al presente trámite internacional".

40. Por otra parte el Estado indicó en su escrito de contestación al escrito de sometimiento del caso que los desarrollos jurisprudenciales derivados de la sentencia C-336 de 2008, que según alegó, se habrían consolidado con la sentencia T-051 de 2010, son posteriores a los hechos y a la presentación de la petición. Sin embargo, tuvieron ocurrencia antes de la emisión del Informe de Admisibilidad. Además, señaló que "el hecho ilícito principal cesó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional que lo declaró y aunque subsistieron algunos efectos del hecho ilícito internacional, estos también desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo". En ese orden de ideas, alegó que los efectos del hecho ilícito únicamente se terminaron de subsanar completamente a partir de la emisión de la sentencia T-051 de 2010. Del mismo modo, la Comisión constató que el argumento del Estado sobre la falta de agotamiento de los recursos internos se "centró en que a partir de la sentencia T-051 de 2010 se modificaron las reglas judiciales que impedían la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 cuando la muerte hubiera tenido lugar antes de dicha decisión y que exigían la declaración ante notario de ambas partes como prueba de la unión homosexual; sin embargo teniendo en cuenta que el último escrito del Estado en la etapa de admisibilidad es del año 2009, resulta evidente que el Estado se abstuvo de informar a la Comisión, en el momento procesal oportuno y contando con amplia oportunidad para hacerlo, sobre la emisión de la sentencia T-051 de 2010".

41. Sobre el particular, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, de modo tal que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado[34]. En consecuencia, los desarrollos de la jurisprudencia a nivel interno y sus eventuales consecuencias en la normatividad interna colombiana únicamente podrían haber sido tomados en cuenta por la Comisión en la medida que las partes le hubiesen brindado esa información en el marco del proceso. Tampoco consta que la Comisión hubiese tenido noticia de esos desarrollos jurisprudenciales en el marco de procedimientos en otros casos o en el desarrollo de sus funciones de promoción de los derechos humanos.

42. Con respecto a lo anterior, la Corte recuerda que, de conformidad con lo establecido en su jurisprudencia, la Comisión debía analizar el agotamiento de los recursos internos para el momento en que se decidió la admisibilidad de la petición y no para el momento de la

---

[33] Escrito de Alegatos finales escritos del Estado de 25 de septiembre de 2015 (expediente de fondo, folio 3974).

[34] *Cfr. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 23, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 23.

presentación de la misma[35]. Sobre ese extremo, la Comisión debía contar con la información actualizada, necesaria y suficiente para llevar a cabo ese examen de admisibilidad, la cual debía ser remitida por las partes en el procedimiento. La Corte constató que las sentencias de la Corte Constitucional posteriores al año 2009, las cuales, según lo indicado por el Estado, subsanaban completamente "el hecho ilícito internacional" en perjuicio del señor Duque y le brindaban recursos para solicitar la pensión de sobrevivencia (en particular la sentencia T-051 de 2010), no estaba en conocimiento de la Comisión al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad N° 150/11. Además, a pesar de los avances informados a la Comisión por el Estado respecto de ciertos cambios jurisprudenciales, no existía, en ese momento, claridad sobre el posible efecto retroactivo de la sentencia C-336 de 2008 ni sobre la forma de acreditar la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo. En consecuencia, la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante la instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Tampoco se acreditó por parte del Estado que existieran recursos que permitieran el reconocimiento con carácter retroactivo de la pensión solicitada por el señor Duque, esto es a partir del año 2002, cuestión que en todo caso corresponde analizar en el fondo de la presente controversia.

c) Conclusión

43. En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal considera innecesario separarse del criterio señalado por la Comisión en el Informe de Admisibilidad emitido en el presente caso. Por tanto, la Corte desestima la excepción preliminar.

B. Hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

44. El *Estado* alegó que los representantes de la presunta víctima en ninguna de las etapas del proceso han aportado pruebas que acrediten que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento antirretroviral que le ha sido prescrito[36]. La *Comisión* señaló que la determinación de si un hecho alegado por una parte se encuentra probado o no, corresponde al fondo del asunto y no constituye una causal de inadmisibilidad bajo el artículo 47 de la Convención Americana[37]. Los *representantes* agregaron que la excepción presentada no es procedente ya que opera el principio de preclusión procesal, pues en el Informe de Admisibilidad al no hacerse referencia en la caracterización de los hechos que estos eran "manifiestamente infundados", se superó tácitamente la discusión propuesta por el Estado en relación al cumplimiento del artículo 47.c de la Convención, adujeron también que esta excepción no se planteó en el momento procesal respectivo que es la etapa de admisibilidad.

45. La Corte nota que el Estado presentó alegatos en los cuales afirmó que los representantes de la presunta víctima no han aportado pruebas que acrediten que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento antirretroviral que le había sido prescrito. Este Tribunal constata que lo alegado por el Estado se encuentra relacionado con

---

35 *Cfr. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, párr. 25.

36 De acuerdo con el Estado, la revisión del expediente evidencia la inexistencia de cualquier documento o declaración que demuestre la desafiliación del señor Duque al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social o la negativa al suministro de la atención prescrita por su médico tratante.

37 La Comisión alegó que no analizaba en la etapa de admisibilidad si existe prueba o no para acreditar los hechos alegados. Unicamente, de ser probado en la etapa de fondo, un hecho puede constituir una violación a la Convención Americana o a otros instrumentos interamericanos aplicables.

la valoración de los medios de prueba para la determinación de hechos que podrían fundamentar una alegada violación al derecho a la integridad personal y al derecho a la vida. En consecuencia, lo alegado por el Estado no constituye una excepción preliminar ni una causal de inadmisibilidad bajo el artículo 47 de la Convención Americana. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tomará en cuenta los alegatos del Estado para la determinación de los hechos del caso en el acápite correspondiente al fondo.

C. Falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal

C.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes

46. El *Estado* alegó que la acción de tutela constituye un mecanismo judicial adecuado y efectivo para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico, por lo que el señor Duque debía agotar dicho recurso frente a los hechos alegados de falta de continuidad en el tratamiento antirretroviral. Además, señaló que si el señor Duque consideraba que se le realizaban cobros que no tenía la posibilidad de sufragar o que se estaba interrumpiendo el tratamiento antirretroviral, contaba con la posibilidad de entablar una acción de tutela, que no se encontraba ligada a la reclamación del derecho pensional en cuestión.

47. La *Comisión* indicó que el Estado colombiano ya contó con la oportunidad de resolver la situación relativa a la salud del señor Duque, pues ese tema fue expresamente planteado mediante la acción de tutela que fue negada en dos instancias y no fue seleccionada por la Corte Constitucional de Colombia para revisión. Por otra parte, la Comisión señaló que la violación principal en el presente caso es la negativa al reconocimiento de los derechos pensionales del señor Angel Duque. Las circunstancias a las que pudo estar expuesto en cuanto a su tratamiento de salud, constituyen hechos conexos a la violación principal y, en tal circunstancia, no es la práctica de los órganos del sistema interamericano, por no atender a parámetros de razonabilidad, exigir el agotamiento de los recursos internos de manera separada y autónoma frente a cada uno de los efectos derivados de una violación principal.

48. Los *representantes* alegaron que la fragmentación hecha por el Estado del derecho a la vida digna y la integridad personal por un lado, y la evaluación de acceso a un recurso efectivo para proteger su derecho a no ser discriminado en el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, no permite vislumbrar que el primero se puso en riesgo por el cambio de circunstancias de la atención derivada de la falta de recursos económicos al negarse la prestación, mientras que la afectación del segundo intrínsecamente se deriva del comportamiento del fondo de pensiones y las autoridades judiciales. Asimismo, los representantes alegaron que la tutela respecto del derecho a la vida digna era irrelevante e ineficaz porque le concedía la continuidad del servicio pero no la calidad diferenciada del régimen contributivo respecto del subsidiado y las posibilidades de una mayor supervivencia.

C.2. Consideraciones de la Corte

49. La Corte reitera que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, en el momento procesal oportuno, esto es, durante el procedimiento de

admisibilidad ante la Comisión (*supra* párr. 23). Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos.

50. En el presente caso, el Estado consideró que no fueron agotados los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, los cuales eran la acción de tutela para lograr protección inmediata de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida cuando se vean amenazadas a causa de la prestación irregular del servicio médico. Por su parte, la Comisión planteó que: a) el Estado colombiano ya contó con la oportunidad de resolver la situación relativa a la salud del señor Duque, pues ese tema fue planteado mediante la acción de tutela que fue negada en dos instancias, y b) la violación principal en el presente caso es la negativa al reconocimiento de los derechos pensionales del señor Angel Duque y que las circunstancias a las que pudo estar expuesto en cuanto a su tratamiento de salud, constituyen hechos conexos a la violación principal.

51. La Corte advierte que la acción de tutela presentada por el señor Duque el 26 de abril de 2002 solicitaba que el juez competente para conocer de esa acción "ordenar[a] al gerente general de COLFONDOS y/o quien corresponda, [que] reconozca y pague la sustitución pensional al señor Ángel Alberto Duque como sustituto de su compañero [J.O.J.G.]. Como consecuencia de lo anterior se garantiza el derecho a la salud del accionante, ya que al acceder a la pensión también tiene derecho a la seguridad social en salud. Lo anterior ya que, conforme lo certifica el médico tratante, si el accionante deja de tomar el tratamiento antirretroviral fallecerá"[38] (*supra* párr. 69).

52. Por su parte, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, que denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, señaló con respecto al derecho a la salud del señor Duque que: "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"[39].

53. En el presente caso no consta como hecho probado que el Estado hubiese negado algún tratamiento de salud a la presunta víctima como un hecho independiente del reconocimiento de una pensión de sobrevivencia, en cuyo caso, dada la diferente naturaleza de las pretensiones, hubiese sido necesario que el señor Duque agotara los recursos internos relacionados con la falta de atención en salud. Por el contrario, los alegatos de los representantes se refieren a los supuestos efectos sobre la integridad personal del señor Duque derivados de la presunta falta de acceso a un régimen de salud de tipo contributivo como consecuencia de que no se le hubiese otorgado la pensión sustitutiva. En ese sentido, los representantes, que no controvierten que el señor Duque podía acceder al régimen de salud de tipo subsidiado, alegan que el mismo no le permitía acceder a un tratamiento equivalente al que tenía en el régimen contributivo, lo que habría puesto en riesgo su vida e integridad.

54. La Corte constata que la violación del derecho a la salud alegada en la demanda de tutela por el señor Duque, estaba en estrecha conexidad con la reclamación del acceso a un régimen de protección específico del derecho a la salud, régimen contributivo al cual, en principio, la presunta víctima supuestamente sólo podría acceder con el reconocimiento de la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente. Desde esa perspectiva, resulta

---

[38] Acción de tutela presentada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación del señor Duque del 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 7).

[39] Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

razonable inferir que los recursos internos fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela, al margen de lo alegado por el Estado, en el sentido de que el señor Duque tenía a su disposición recursos judiciales específicos que no fueron agotados en relación con violaciones concretas del derecho a la salud.

55. En consecuencia, este Tribunal encuentra que, por considerar que los representantes vinculan la alegada violación a los derechos a la vida e integridad personal a la imposibilidad del señor Duque de acceder a un régimen contributivo por no ser beneficiario de una pensión sustitutiva, los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal se encuentran subsumidos en los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a la posibilidad de acceder a la pensión desarrollados. Por tanto, esta Corte se remite a las consideraciones desarrolladas en los párrafos 23 a 43, y desestima esta excepción preliminar.

V
CONSIDERACIONES PREVIAS

56. Durante el trámite del presente caso, el *Estado* planteó en varias oportunidades que reconocía la existencia de un "hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo" y "que fueron aplicadas en Colombia". El Estado agregó que "este hecho ilícito internacional que existió en el Estado de Colombia, no activa inmediatamente la exigibilidad de ese hecho ilícito internacional ante [la] Corte". Con respecto al momento del inicio de ese hecho ilícito internacional, el Estado no se refirió a una fecha, aunque comentó que no era "necesario determinar ese momento para efectos de analizar la responsabilidad internacional en el presente caso" y que lo "relevante en este punto es analizar si (a) cesó el hecho ilícito internacional, (b) cuándo cesó el hecho ilícito internacional y (c) qué incidencia tiene esta cesación para el pronunciamiento de la [Corte]".

57. El *Estado* indicó asimismo que "mucho antes que el caso fuera sometido a la […] Corte e incluso antes que fuera proferido el Informe de Admisibilidad por parte de la […] Comisión, el hecho ilícito internacional principal cesó [puesto que] la jurisprudencia de la Corte Constitucional y particularmente la sentencia C-336 de 2008 tuvo la capacidad de modificar las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional". Sobre ese extremo, el Estado arguyó que "el hecho ilícito internacional en este caso se produ[jo] por la vigencia de unas normas, y no por la actuación de los jueces que las aplicaron".

58. Por otra parte, el "Estado reconoce que hubo un efecto que siguió subsistiendo después de la cesación del hecho ilícito [mediante sentencia C-336 de 2008], que consistió en dos cuestiones que no dejó clara la sentencia. La primera, cuales eran [los] efectos en el tiempo de la sentencia y la segunda cuales eran los medios de prueba para probar la unión de parejas del mismo sexo para efectos del pago de la pensión". Añadió, sin embargo, que esos efectos "desaparecieron con la jurisprudencia posterior vinculante de la Corte Constitucional que termino de consolidarse en el año 2010" por cuanto "con la emisión de la sentencia T051 de 2010, se aclararon los puntos previamente mencionados".

59. En suma, el Estado: a) reconoció que se produjo un hecho ilícito internacional continuado, toda vez que la normatividad interna colombiana que estaba en vigor para el año 2002, no permitía el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo. De acuerdo a lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-336 de 2008, "no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de

sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales"[40]; b) señaló que ese hecho ilícito había cesado con la emisión de la referida sentencia C-336 la cual modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y reconoció el derecho de una pareja del mismo sexo para acceder a la pensión de sobreviviente bajo las mismas condiciones que los integrantes de una unión heterosexual, y c) afirmó que se había reparado los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.

60. Este Tribunal recuerda que el artículo 62 de su Reglamento dispone que "[s]i el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos".

61. En el presente caso, la Corte constata que el reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito internacional por parte del Estado no es sinónimo de un reconocimiento de la responsabilidad internacional por la violación de algún derecho de la Convención. Por el contrario, el argumento del Estado es que no es posible declarar la responsabilidad por la violación al derecho a la igualdad ante la ley puesto que la normatividad interna colombiana fue modificada y sus efectos reparados, por lo que el Estado habría subsanado el hecho ilícito internacional, impidiendo de esa forma, de conformidad con el principio de complementariedad, que la Corte reconozca la violación a la Convención.

62. En consecuencia, la Corte concluye que el reconocimiento realizado por el Estado no equivale a un reconocimiento internacional de responsabilidad, en los términos de lo dispuesto en el artículo 62 de su Reglamento, ni tampoco incluye la reparación del hecho ilícito referido. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que ese alegato del Estado puede producir efectos jurídicos tanto en el marco de la alegada violación del artículo 24 de la Convención Americana y eventuales reparaciones.

VI
PRUEBA

A. Prueba documental, testimonial y pericial

63. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado, adjuntos a sus escritos principales. Asimismo, el Tribunal recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) por un testigo[41] y seis peritos[42]. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima Ángel Alberto Duque, el testigo Juan Manuel Trujillo Sánchez, y los peritos René Urueña, Rodrigo Uprimny Yepes y Macarena Sáez.

---

[40] Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1375).

[41] Ricardo Luque Núñez.

[42] Miguel Rueda Sáenz, Fernando Ruiz, Robert Wintemute, Stefano Fabeni, Juan Carlos Upegui y Roberto Saba.

B. Admisión de la prueba

64. El Tribunal admite los documentos presentados en la debida oportunidad procesal por las partes y la Comisión, cuya admisibilidad no fue controvertida ni objetada[43]. Respecto a algunos documentos señalados por medio de enlaces electrónicos, la Corte ha establecido que, si una parte o la Comisión proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal porque es inmediatamente localizable por la Corte, por la otra parte o la Comisión[44]. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las partes ni de la Comisión sobre la admisibilidad de tales documentos.

65. Asimismo, la Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas en audiencia pública y ante fedatario público, en cuanto se ajusten al objeto definido por la Resolución que ordenó recibirlos[45] y al objeto del presente caso.

C. Valoración de la prueba

66. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 51, 52, 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia constante en materia de prueba y su apreciación, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión en los momentos procesales oportunos, las declaraciones y dictámenes rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidavit*) y en la audiencia pública. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa[46].

VII
HECHOS

67. En el presente capítulo se exponen los principales hechos del caso de acuerdo al siguiente orden: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c) acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia.

---

43 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo,* párr. 140, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 33.

44 *Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 35.

45 Los objetos de las declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte de 2 de julio de 2015.

46 *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37 párr. 76, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 42.

A. Situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a COLFONDOS respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja

68. Es un hecho no controvertido por el Estado que el señor Ángel Alberto Duque y el señor J.O.J.G convivieron como pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que señor J.O.J.G falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida[47].

69. El 4 de agosto de 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con azt-3ct-idv-rtv (800/100mg), el cual no debía suspenderse, ya que esa circunstancia podría implicar un riesgo de muerte[48].

70. El señor J.O.J.G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.)[49]. Ante el fallecimiento del señor J.O.J.G, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero[50]. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia[51]. En particular, COLFONDOS señaló lo siguiente[52]:

> [L]a legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.

B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia

71. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 estableció el sistema de seguridad social integral, el cual se entiende como "el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida […], para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"[53]. El artículo 10 de esta ley estipula que el objeto del sistema general de pensiones es "[…] garantizar a la población, el

---

47 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4). Acción de tutela interpuesta por la presunta víctima el 26 de abril (expediente de prueba, folio 7).

48 *Cfr*. Seguro Social, Certificación médica, 17 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 21).

49 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

50 *Cfr*. Petición presentada por la presunta víctima a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de 19 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 4).

51 *Cfr*. Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – COLFONDOS S.A., Officio No. OCI-E-P-1487-02-, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

52 Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – COLFONDOS S.A. Officio No. OCI-E-P-1487-02-, 3 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

53 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, preámbulo (expediente de prueba, folio 1294).

amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte [...]"[54] y por otro lado, el artículo 15 del mismo cuerpo legal determina que la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo[55].

72. Asimismo, el artículo 47 de dicha norma, que se encontraba vigente al momento de los hechos, establecía que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite"[56]. Por su lado, el artículo 74 que estaba vigente al momento de los hechos señalaba que[57]:

> En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que ésta cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido […]

73. Por otra parte, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990 que regula las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, definía en su artículo 1 la unión marital de hecho en Colombia de la siguiente forma: "[p]ara todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho"[58].

74. En la misma línea, el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11[59]:

> Artículo 10. Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.
>
> Tratándose del pensionado, quien cumpla con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.
>
> Artículo 11. Prueba de la calidad de Compañero Permanente. 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. En todo caso las entidades administradoras indicarán en sus reglamentos los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento respectivo.

75. Con respecto a las afiliaciones a los sistemas de salud, el artículo 157 de la aludida Ley 100 de 1993, existen dos clases de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en

---

54 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 10 (expediente de prueba, folio 1300).

55 *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 15 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folio 1320).

56 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 47 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folios 2871 y 2872).

57 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 74 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folios 2879 y 2880).

58 Congreso de la República de Colombia, Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, Diario Oficial No. 39.615, artículo 1 (expediente de prueba, folio 1368).

59 Presidente de la República de Colombia, Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, Diario Oficial No. 41.480, artículos 10 y 11 (expediente de prueba, folio 1363).

Salud. Una de ellas es la de los afiliados mediante el régimen contributivo, estando incluidas dentro de esta clase las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago[60]. La otra clase incluye a la población más pobre y vulnerable del país, aquellas personas sin capacidad de pago, afiliados mediante el régimen subsidiado[61]. En esta clase de afiliados, tendrán prioridad "las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago"[62].

76. El artículo 162 de la norma citada establece los servicios de salud que corresponden a cada régimen de afiliación en los siguientes términos[63]:

> Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.
>
> Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

C. Acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia

77. El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva[64]. Para fundamentar la acción de tutela, se argumentó, entre otras cosas, que efectivamente formaba una pareja con el señor J.O.J.G, que no tenía rentas propias, que vivía con VIH y estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no podía suspenderse, que al morir su pareja perdería la afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud y que en todo caso, al tener acceso a la pensión de sobreviviente,

---

60 *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(1) (expediente de prueba, folios 2911 y 2912).

61 *Cfr.* Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(2) (expediente de prueba, folio 2912).

62 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 157(A)(2) (expediente de prueba, folio 2912).

63 Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Official No. 41.148, artículo 162 (expediente de prueba, folio 2914).

64 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 6 a 19).

contaría con los servicios de salud que su condición requería[65]. Asimismo, el señor Duque argumentó que al no otorgársele la sustitución de pensión constituía una violación a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural y la dignidad humana[66].

78. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, al sostener lo siguiente[67]:

> […] el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas de homosexuales, que es un hecho, una realidad de la vida, pero que están a la expectativa que en algún momento el legislador se pronuncie, como lo hizo frente a la materialidad que represent[ó] en alguna época las relaciones maritales de hecho.
>
> [...] El Despacho concluye, entonces, que la acción es improcedente y adicionalmente, puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 03 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Dec. 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial.
>
> Con dicha respuesta negativa de la entidad accionada, de ninguna manera se vislumbra vulneración de alguno de los derechos invocados por el accionante, toda vez que dicha decisión se encuentra más que ajustada a derecho, pues constituye elemental aplicación de normas de orden legal y constitucional y por ende, no reconocer derechos que no ha establecido aún ni el legislador y la primera carta. Por lo mismo, inaplicar las normas mencionadas o acceder al amparo solicitado, implica ir en contra de la constitución y la ley.
>
> En este orden de ideas, se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN.

79. La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá en los siguientes términos[68]:

> No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su

---

65 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 7 y 8).

66 *Cfr.* Acción de tutela presentada por la presunta víctima el 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folios 11 a 16).

67 Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 86).

68 Juzgado Doce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Sentencia, 19 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 92 y 93).

> fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.
>
> En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de sobrevivientes tiende a proteger la familia y, como se entiende, hasta ahora, en nuestro medio, la familia se forma por la unión de hombre y una mujer únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión homosexual de hombre con hombre o de mujer con mujer, en sí misma, no constituye una familia. Una cosa es la relación íntima que pueda existir entre las parejas del mismo sexo y otra la relación que conforma una familia.

80. El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión.

D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional

81. A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido jurisprudencialmente a parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. La Corte estableció que la referida Ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también aplica para las parejas del mismo sexo y que, por tanto, estas parejas gozarán de dicho régimen de protección en la medida en que cumplan los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de dichas uniones maritales[69]. Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo y que, para el efecto, la comprobación de dicha calidad y de la vocación de permanencia de la pareja debía regularse por el mismo mecanismo que aplica a las parejas heterosexuales[70].

82. En el año 2008 la Corte Constitucional de Colombia concluyó a través de la sentencia C-336 que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes[71]. Asimismo, desde el año 2010 ese mismo tribunal Constitucional consideró en varias sentencias que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no justificaba que pudiese negarse la pensión de sobrevivencia al miembro supérstite y además que no era constitucionalmente válido proveer solo de una vía para acreditar su unión permanente a las parejas del mismo sexo, mientras que las parejas heterosexuales disponían de cinco vías para el efecto y que, por tanto, debían otorgarse los mismos mecanismos en ambos casos[72].

---

69 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, párrafos 6.2.3.2, 6.2.4 y 6.3 (expediente de prueba, folios 1924 a 1926).

70 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-811 de 3 de octubre de 2007, apartado 6 (expediente de prueba, folios 1990 a 1992).

71 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1411).

72 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051/10 de 2 de febrero de de 2010, párrafo 6.7 (expediente de prueba, folios 1528 y 1529), y Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-860/11 de 15 de noviembre de 2011 (expediente de prueba, folios 1570 y 1572).

VIII
FONDO

83. En atención a las violaciones de derechos de la Convención alegadas en el presente caso, la Corte realizará el siguiente análisis: 1) el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación; 2) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, y 3) el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.

VIII-1
EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

84. La *Comisión* alegó que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque se habría basado expresa y exclusivamente en que su pareja con J.O.J.G. estaba conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones. Además consideró que, aunque los motivos esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de "proteger la familia" siendo que en el caso colombiano para ese momento, por familia debía entenderse como la constituida por un hombre y mujer, ese razonamiento podría operar tan sólo sobre la base de un "concepto limitado y estereotipado del concepto de familia, que excluye arbitrariamente las formas diversas de familia como aquellas formadas por parejas del mismo sexo, las cuales son merecedoras de igual protección bajo la Convención Americana". Agregó que el Estado no demostró un vínculo causal entre el fin de proteger una forma particular de familia y la exclusión al acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviencia.

85. Del mismo modo la Comisión indicó que el Estado no había desvirtuado la presunción de inconvencionalidad de la diferencia de trato y que por el contrario éste reconoció que con anterioridad a la sentencia C-336 de 2008 había una situación de discriminación para las parejas del mismo sexo en cuanto a las posibilidades de acceder a dicha pensión, que además calificó como "ilícito internacional". Finalmente, consideró que el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, consideró que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos, contempladas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

86. Los *representantes* señalaron que en abril de 2002 las parejas del mismo sexo no tenían reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, situación por la cual habría sido negado este beneficio al señor Duque, por lo que *ab initio* existiría una discordancia entre la Convención y el ordenamiento interno colombiano. Argumentaron que los motivos que se adujeron para negarle la pensión de sobrevivencia al señor Duque no soportan ningún juicio de razonabilidad y objetividad, tanto la falta de reconocimiento legal del derecho, como el fin de protección de la familia conformada por un hombre y una mujer. Con respecto al alegato del Estado consistente en sostener que el hecho ilícito internacional había cesado y habría sido reparado con posterioridad, reconocieron que la sentencia C-336 de 2008 "fue un avance significativo en el inició de la superación del hecho de discriminación en los derechos pensionales de los compañeros supérstites de las parejas homosexuales, pero fue

insuficiente y conllevó muchos problemas en su implementación"[73]. Asimismo, respecto de la sentencia T-051 de 2010, soslayaron que esa providencia "solamente atañe a las partes que se involucraron en el caso (efectos *inter comunis*), no a la víctima, aparte que su promulgación no evitó el surgimiento de problemáticas iguales"[74]. Por último arguyeron que aceptando que a partir de la sentencia T-051 de 2010 "pudiera colegirse alguna reparación, automáticamente no se traduce en una sustracción de la competencia y conocimiento de la Corte. Esa acción puede tener efectos en la determinación y monto de las reparaciones pero no se constituye en un impedimento para decidir el asunto puesto en conocimiento del alto tribunal, máxime cuando fue muy posterior tanto a los hechos como al inicio del trámite en el sistema interamericano".

87. Los *representantes* concluyeron que "a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, sus presupuestos no se cumplen ni se sancionan efectivamente en el ordenamiento interno". Por tanto, consideraron que el Estado vulneró el artículo 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, porque faltó al deber de adoptar disposiciones en su ordenamiento jurídico interno que evitaran un trato desigual y discriminatorio por la orientación sexual.

88. El *Estado* argumentó que si bien existió un hecho ilícito internacional, el mismo cesó con la sentencia C-336 de 2010 de la Corte Constitucional que lo declaró, y los efectos de ese hecho que habrían subsistido desaparecieron con la sentencia T-051 de 2010 que consolidó el precedente jurisprudencial para la protección de los derechos pensionales a las parejas del mismo sexo. De acuerdo con el Estado, el hecho ilícito internacional en este caso se produce por la vigencia de unas normas, y no por la actuación de los jueces que las aplicaron, por lo que el hecho ilícito internacional cesó con la modificación de dichas normas. Además, señaló que las obligaciones secundarias subsistentes del Estado, en particular el deber de reparar, serían hoy protegidas por la existencia de recursos internos adecuados y efectivos a lo interior del Estado; y las razones por las cuales estos recursos no se han activado dependen exclusivamente del señor Duque, por lo que no podrían ser trasladadas al Estado y dependería de la presunta víctima activar esos recursos.

B. Consideraciones de la Corte

89. A continuación, la Corte pasa a desarrollar sus consideraciones siguiendo el siguiente orden: a) derecho a la igualdad y a la no discriminación; b) el derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, c) la alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso, y d) conclusión.

B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

90. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando

---

[73] Asimismo, los *representantes* señalaron que "empezando por la propia Corte Constitucional, existen diferencias jurisprudenciales entre el régimen probatorio aplicable y el tiempo de vigencia de la sentencia, lo que, aterrizado a la realidad cotidiana provoca que, aún en la actualidad, se presenten numerosos casos en los que se niega a las parejas del mismo sexo la pensión de sobrevivencia por parte de fondos privados y públicos de pensiones aduciéndose la falta de legislación".

[74] Del mismo modo indicaron que ni siquiera respecto al monto económico de las mesadas dejadas de "percibir se puede colegir que una reclamación pensional fundada en los parámetros de la C-336 de 2008 y su consolidación, según el […] Estado desde la sentencia T-051 de 2010, integralmente concedería los dineros de la prestación dejados de percibir por Ángel Alberto Duque ya que solamente procedería a desembolsársele los últimos tres años anteriores a la presentación de la reclamación porque los demás prescribirían conforme a la regla del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo".

como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[75] y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[76], el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"[77].

91. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación[78]. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[79].

92. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*[80]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros

---

[75] El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

[76] Véase *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Asimismo el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

[77] Véase *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 81. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párr. 6.

[78] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55 y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216.

[79] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso *Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 216.

[80] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 103, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 220.

que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[81].

93. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma[82]. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional[83]. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación[84].

94. Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"[85]. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación[86]. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana[87] en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

95. En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que el Estado había violado el principio de igualdad y no discriminación por dos motivos: a) por la existencia de normas, a saber el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 (*supra* párrs. 73 y 74), que impedían al señor Duque acceder a la pensión

---

[81] *Cfr*. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 220. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

[82] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 53, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 214.

[83] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, *y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 214.

[84] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 214.

[85] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 53 y 54, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 217.

[86] *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua***.** *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005**.** Serie C No. 127, párr. 186, *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 217.

[87] *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 243.

de sobrevivencia sin discriminación al establecer que únicamente pueden ser considerados como compañeros permanentes, o que pueden conformar las uniones maritales de hecho, las personas de sexo diferente, y b) por la actuación de las autoridades administrativas y judiciales que excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia (*supra* párrs. 70, 78 y 79).

96. Con respecto al primer punto, tomando en consideración que la alegada discriminación se refiere a una presunta protección desigual de la ley interna corresponde a este Tribunal analizar ese hecho a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. En cuanto al segundo punto, el mismo será analizado en el capítulo correspondiente a las garantías judiciales.

B.2. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso

97. Como fuera mencionado, para el mes de abril de 2002, la normatividad colombiana vigente negaba a las parejas del mismo sexo un reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, lo cual sería constitutivo de una violación del derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención.

98. La Corte recuerda que el Estado mencionó en sus escritos principales y durante la audiencia pública que "reconoce que existió un hecho ilícito internacional continuado durante al menos parte del período de tiempo [en] que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo" el cual también fue declarado mediante la sentencia C-336 de 2008. El Estado agregó que ese hecho ilícito internacional se había configurado por la mera existencia de normas que "no permitían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo y que fueron aplicadas en Colombia". En cuanto a los efectos temporales de ese hecho ilícito internacional, el Estado no precisó el momento exacto a partir del cual esas normas debían considerarse discriminatorias, únicamente indicó que lo anterior fue declarado en el año 2008 por la Corte Constitucional de Colombia y que además consideraba que no era "necesario determinar ese momento para efectos de analizar la responsabilidad internacional en el presente caso".

99. Con respecto a lo anterior, este Tribunal toma nota del hecho que el Estado no discute el carácter ilícito y contrario a la Convención Americana de las normas internas que no permitían el reconocimiento y pago de pensiones a parejas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo reconocido por el Estado, corresponde a la Corte determinar si, efectivamente, las disposiciones internas colombianas relativas a las pensiones de sobrevivencia eran discriminatorias y contrarias al derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana al momento de ocurrencia de los hechos del caso, y si fueron aplicadas en el presente caso.

100. A continuación, la Corte pasa a examinar si las referidas normas (los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994) eran discriminatorias a la luz de lo establecido en el artículo 24 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Para llevar a cabo ese análisis, corresponde a este Tribunal determinar: a) si esas normas establecían una diferencia de trato; b) si esa diferencia de trato se refería a categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y c) si esa diferencia de trato revestía un carácter discriminatorio.

B.2.1. La diferencia de trato en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994

101. En primer término la Corte recuerda que el artículo 47 de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 establecía al momento de los hechos del caso que eran beneficiarios de

la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite" y que artículo 74 de la misma ley señalaba que en "caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que ésta cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte […]" (*supra* párr. 74).

102. Asimismo, la Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, definía unión marital de hecho como "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho" (*supra* párr. 73). Asimismo, el Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecía en sus artículos 10 y 11 que para los "efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años" (*supra* párr. 74).

103. La Corte constata que la normatividad interna colombiana que regulaba las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y el decreto reglamentario de la ley que creó el régimen de seguridad social, establecían una diferencia de trato entre por un lado las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión.

B.2.2. La orientación sexual y las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana

104. La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual[88].

105. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención[89]. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

B.2.3. El alegado carácter discriminatorio de la diferencia de trato establecido en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994

---

88 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 91.

89 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 93.

106. Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable[90], es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido[91]. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva[92].

107. En el presente caso, el Estado no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni sobre por qué el hecho de recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa finalidad.

108. En lo que respecta al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social[93].

109. Asimismo, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación[94].

110. Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de

---

[90] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 219.

[91] *Cfr. Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile,* párr. 200, y E González *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 219.

[92] *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. L 257. Asimismo, *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs.* Chile. *Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 124, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.

[93] *Cfr.* Consejo Económico y Social (CESCR), *Observación General Nº 19: el derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29.

[94] *Cfr.* Consejo Económico y Social (CESCR), *Observación General Nº 20*: *la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32

orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte[95].

111. El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas[96].

112. A continuación, el Tribunal se referirá a cierta normatividad y jurisprudencia de algunos de los países de la región que han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo estableciendo que las preferencias sexuales de una persona no constituyen un obstáculo para hacer realidad los derechos a acceder a una pensión de sobrevivencia.

113. En el caso de la Ciudad de México, está permitida la "sociedad de convivencia" de las parejas del mismo sexo desde el año 2006[97] y el matrimonio desde 2009[98]. Este estatuto otorga varios derechos patrimoniales. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: "[l]a ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"[99]. La Suprema Corte señaló que vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales[100].

114. En Uruguay, desde el año 2007, existe una ley sobre la Unión Concubinaria que se aplica a las parejas del mismo sexo que incluye a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a las personas que hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual[101]. Por su parte, Uruguay autoriza el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde el 2013[102].

---

95 *Cfr. Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, March 2007. Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

96 *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, caso *Edward Young v. Australia,* Communication No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003), párr. 10.4 "The State party provides no arguments on how this distinction between same-sex partners, who are excluded from pension benefits under law, and unmarried heterosexual partners, who are granted such benefits, is reasonable and objective, and no evidence which would point to the existence of factors justifying such a distinction has been advanced. In this context, the Committee finds that the State party has violated article 26 of the Covenant by denying the author a pension on the basis of his sex or sexual orientation".

97 *Cfr.* México, DF, Asamblea legislativa del Distrito Federal, Ley de sociedad de convivencia para el Districto Federal, 16 de noviembre de 2006.

98 *Cfr.* México, DF, Código civil para el Distrito Federal, modificado por la ley de 29 de diciembre de 2009.

99 México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

100 *Cfr.* México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.

101 *Cfr.* Uruguay, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Ley N. 18.246, "Unión Concubinaria", 27 de Diciembre de 2007, Artículo 14.- Agregase al artículo 25 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995, el siguiente literal: Las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que,

115. En el caso de Argentina, la ciudad de Buenos Aires autoriza la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el 2002[103]. La Ley 1004 precisa que, en cuanto al ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios, "los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges"[104]. A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el 2010[105]. La ley precisa que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"[106]. Además, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo[107]. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja[108].

116. En Brasil, el 10 de diciembre de 2010, un decreto ejecutivo reconoció el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja[109]. Además, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales[110]. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación[111].

117. Del mismo modo, en Chile, a partir de octubre de 2015, los convivientes civiles de mismo sexo tienen los mismos derechos en materia de pensión que las parejas heterosexuales[112].

118. Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo. En

---

hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 91 del Código Civil".

102 *Cfr.* Ley Nº 19.075, aprobada por el Parlamento el 10 de abril 2013 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 3 de mayo 2013.

103 *Cfr.* Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002

104 Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002, artículo 4.

105 *Cfr.* Argentina. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010.

106 Argentina. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010, artículo 172.

107 *Cfr.* Director ejecutivo de la administración nacional de la seguridad social, Resolución 671/2008, 19 de agosto de 2008.

108 *Cfr.* Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de Junio de 2011.

109 *Cfr.* Brasil, Superintendência Nacional De Previdência Complementar, Portaria Nº 941, 9 de diciembre de 2010.

110 *Cfr.* Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, 5 de mayo de 2011.

111 *Cfr.* Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, 14 de mayo de 2013.

112 Chile, Ministerio Secretaria General De Gobierno, Ley No. 20.830, Del acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles, promulgada el 13 de abril de 2015 y publicada el 21 de abril de 2015. "Artículo 1°.- El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26".

ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita[113].

119. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha indicado que la posibilidad de obtener la porción conyugal no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden vivir en pareja, en la medida en que la finalidad de esta figura consiste en equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común[114].

120. La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-336 de 2008 sobre pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo que "el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana"[115].

121. Con respecto a las pensiones de sobrevivientes indicó que "corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante […]. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él". La Corte concluyó que "[a] la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas, que en ejercicio de sus derechos al

---

113 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

114 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012.

115 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1398).

libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género"[116].

122. En el mismo sentido, señaló que "no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales".

123. Del mismo modo, este Tribunal ha indicado que "la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana"[117].

124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá (*supra* párr. 79).

126. A continuación corresponde determinar si ese hecho ilícito internacional fue ulteriormente subsanado, al haber sido dejado sin efecto y reparado, en cuyo caso, no sería necesario reconocer la responsabilidad internacional del Estado.

B.3. La alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso

127. La Corte expresó que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos "consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren" y que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte". Además este Tribunal también indicó que "cuando una cuestión ha sido resuelta

[116] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1375 y 1376).

[117] *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 92.

definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su 'aprobación' o 'confirmación'"[118].

128. Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[119]. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa[120].

129. En el presente caso, el Estado alegó que el hecho ilícito internacional (*supra* párr. 56) había cesado y había sido subsanado o reparado. Para ello, indicó que la sentencia C-336 de 2008 y la sentencia T-051 así como las subsiguientes, habían modificado la normatividad interna colombiana que ahora permite que se paguen pensiones a parejas del mismo sexo, por lo que en la actualidad el señor Duque contaría con un recurso adecuado y efectivo para solicitar la pensión de sobrevivencia (*supra* párr. 57).

130. Con respecto a lo anterior, la Corte constata que, efectivamente, las partes y la Comisión indicaron que la Corte Constitucional de Colombia modificó la legislación interna colombiana en el sentido de permitir el acceso a las pensiones de sobrevivencia para parejas del mismo sexo. Sin embargo, el Tribunal nota también que se alega que aún subsisten controversias con respecto a) a los requisitos para acreditar la calidad de compañero permanente y b) a los efectos retroactivos del cambio normativo.

131. En relación con el primer punto, la Corte constata que: a) la sentencia C-336 de 2008 estableció que la unión de hecho entre parejas del mismo sexo podía ser acreditada a través de una la declaración conjunta ante notario público de los interesados, y que b) la sentencia T-051 de 2010 estipuló que las reformas implementadas por la sentencia C-336 de 2008, en el sentido de reconocer que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivencia en las mismas condiciones que una pareja heterosexual, resultaba también aplicable a los casos en que el deceso del causante se registró de manera previa a su emisión, aún cuando se hubiera realizado una reclamación previa a dicha fecha. Adicionalmente estableció que la unión permanente entre personas del mismo sexo, podía

---

118 *Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 136.

119 *Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66, y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, parr. 159.

120 *Cfr. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú*, párr. 137. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú,* párr. 159.

ser acreditada a través de medios probatorios distintos a la declaración conjunta ante notario público de los interesados.

132. En consecuencia, el Estado indicó que siguiendo ese precedente, a partir del año 2010, el señor Duque se encontraba en condiciones de presentar una solicitud de pensión de sobrevivencia ante COLFONDOS en condiciones de igualdad con respecto a un cónyuge supérstite de una pareja heterosexual. Al respecto, COLFONDOS envió dos comunicaciones al señor Duque en los años 2014 y 2015, en las cuales le solicitó que remitiera la documentación necesaria "para realizar el reconocimiento pensional"[121].

133. La Corte destaca el significativo avance jurisprudencial realizado por el Estado de Colombia por medio de su Corte Constitucional desde el año 2008. Específicamente, en cuanto a los efectos retroactivos del cambio normativo, consta que: a) la sentencia C-336 de 2008 no señaló expresamente efectos retroactivos, y b) la sentencia T-051 del 2010 aclaró que la sentencia C-336 tiene efectos retroactivos, lo cual fue confirmado por otras sentencias de la Corte Constitucional de Colombia tales como la sentencia T-860 de 2011. Este desarrollo jurisprudencial constituye un adelanto importante en procura de hacer cesar el trato discriminatorio que resultaba contrario a los derechos convencionales.

134. Sin embargo, también consta que el Código Sustantivo del Trabajo prevé en su artículo 488 que "[l]as acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto", por lo cual el dinero que le podría corresponder a la prestación dejada de percibir por Ángel Alberto Duque en caso de que le fuera concedida la pensión de sobrevivencia únicamente abarcaría los últimos tres años anteriores a la presentación de la reclamación porque los demás prescribirían conforme a la regla del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

135. Por otra parte, la Corte constata que el Estado puso en duda que la pensión que podría haber reclamado el señor Duque tuviera como consecuencia la aplicación del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo impidiendo al señor Duque la percepción de sus pensiones no cobradas desde el año 2002. En ese sentido, se refirió a lo indicado por el testigo propuesto por el Estado, el señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, el cual indicó "que la negación en [la] carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor […] Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor […] Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho"[122]. Sin embargo, el mismo Estado agregó que esa "decisión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, pues se requiere de la intervención de la aseguradora, no se cuentan con elementos que permitan deducir que dicha entidad se negará a cubrir el riesgo previsional".

136. Con respecto a lo anterior, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el mismo Estado, no existe plena certeza en cuanto al hecho de que ese sería el criterio que seguiría la aseguradora, por lo cual, aun asumiendo que a partir del año 2010, el señor Duque se encontraba en condiciones de presentar una solicitud de pensión de sobrevivencia ante COLFONDOS en condiciones de igualdad con respecto a un cónyuge supérstite de una pareja heterosexual como lo afirma el Estado, no es posible saber plenamente si ese

---

121 *Cfr.* Comunicaciones remitidas por COLFONDOS al doctor German Rincón Perfetti, el 7 de octubre de 2014 y el 26 de enero de 2015 (expediente de fondo, folios 2418 y ss.).

122 Declaración del señor Testigo, Juan Manuel Trujillo durante la audiencia pública en el presente caso.

recurso sería efectivo para restituir al señor Duque, en caso de ser aprobada, la integralidad de las pensiones dejadas de percibir desde el año 2002, debido a la discriminación de la cual fue objeto.

137. De ese modo, la Corte constata que, de acuerdo a lo alegado por el Estado, el hecho ilícito internacional habría sido totalmente reparado con la emisión de la sentencia T-051 de 2010, fecha en la cual se habrían modificado la reglas para acreditar la condición de uniones de hecho (*supra* párr.82). Sin embargo, aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002. En ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad, puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.

B.4. Conclusión

138. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana.

139. En lo que respecta a la alegada violación al artículo 2 de la Convención, la Corte considera que atendiendo la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia en lo que respecta al reconocimiento y la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no cuenta con elementos para concluir que exista una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En vista de lo anterior, la Corte concluye que el Estado no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento.

VIII-2.
LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

140. La *Comisión* indicó que el objeto de la tutela interpuesta por el señor Duque era cuestionar la validez de la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho a la pensión de sobrevivencia. Sin embargo, los jueces de tutela "declinaron su obligación de analizar los cuestionamientos planteados y otorgaron a la tutela un alcance limitado que resulta contrario a la Convención y a la propia jurisprudencia constitucional citada por el Estado". La Comisión consideró que en virtud de la remisión a los procesos ordinarios y la supuesta falta de tratamiento de las cuestiones formuladas, el señor Duque no habría contado con un recurso judicial efectivo para cuestionar la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición que lo excluía como beneficiario de la pensión de sobrevivencia de su compañero.

141. Asimismo, señaló que los méritos de la acción de tutela - justificación, razonabilidad y proporcionalidad de las disposiciones cuestionadas - "no fueron debidamente analizados por las instancias judiciales sino que se rechazaron en base a una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente". Consideró que "los procesos judiciales perpetuaron

con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la "conservación de la especie y la procreación de los hijos". Concluyó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención.

142. Los *representantes* señalaron que las acciones de reclamación promovidas por el señor Duque ante las autoridades públicas indican que éstas no le garantizaron el acceso a un debido proceso, ya que en primer término "reafirmaron la falta de legitimidad de las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes", y en segundo término "aduj[eron] que no era procedente para la reclamación de prestaciones sociales como la solicitada, agregándose que su finalidad era encaminada al resguardo de la familia conformada por un hombre y una mujer". Los representantes concluyeron que el señor Duque "no tenía ninguna posibilidad de contar con un recurso efectivo que tratara adecuadamente la razón de la exclusión y el tratamiento diferenciado a su petición por su condición sexual".

143. El *Estado* argumentó que no habría incurrido en responsabilidad internacional como consecuencia de las sentencias que decidieron la tutela interpuesta por la presunta víctima en el año 2002, ya que no habrían existido elementos en el derecho internacional que las exigieran ejercer un control de convencionalidad o aplicar estándares internacionales para fallar de manera favorable las pretensiones de la presunta víctima.

144. El *Estado* señaló que los jueces que emitieron las decisiones judiciales estaban aplicando las normas que se encontraban vigentes en Colombia al momento de interponerse el recurso de tutela; tomando en consideración que para la época en que fue fallada la tutela, ni la ley ni la jurisprudencia vigente permitían a los jueces apartarse de la interpretación vigente, según la cual no existía derecho a la pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Además, el Estado alegó que para el momento de las decisiones de primera y segunda instancia adoptadas por los jueces en Colombia respecto del caso del señor Duque, no se había desarrollado una interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos vinculantes para Colombia que permitiera el reconocimiento de derechos pensionales a parejas del mismo sexo.

B. Consideraciones de la Corte

145. La Corte ha considerado que el Estado tiene la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, conforme al artículo 25 de la Convención Americana, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8.1 de la Convención, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención en el artículo 1.1 de la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción[123].

146. A continuación, la Corte realizará las consideraciones referentes a las alegadas violaciones a las garantías judiciales y la protección judicial, para ello analizará: 1) la alegada violación al artículo 25 de la Convención por la alegada inexistencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente, y 2) la alegada

[123] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301, párr. 258.

violación al artículo 8.1 de la Convención por la alegada aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales.

B.1. La existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente

147. En lo que respecta al artículo 25.1 de la Convención, este Tribunal ha indicado que el mismo establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales[124]. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas[125].

148. La Corte también ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo[126], es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley[127]. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente[128]. De igual manera, un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas[129].

149. Asimismo, la Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios[130]. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales[131].

---

124 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 219.

125 *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 02 de septiembre de 2015. Serie C No. 300, párr. 123.

126 *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

127 *Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 182, y *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 136.

128 *Cfr. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 117, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

129 *Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96, y y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

130 *Cfr.* Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 247.

131 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 314.

150. En el presente caso, la Corte recuerda que el 19 de marzo de 2002 el señor Duque solicitó a COLFONDOS que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para recibir la pensión de sobrevivencia de su compañero J.O.J.G. (*supra* párr. 70). Posteriormente, el 3 de abril de 2002 COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia (*supra* párr. 70). El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa de COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que en 48 horas se reconociera y se pagara la sustitución pensional a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva.

151. El 5 de junio de 2002 el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida y sostuvo que: "la acción es improcedente […] puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Decreto. 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial" (*supra* párr. 78).

152. La resolución de la tutela fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, que señaló lo siguiente: "[n]o s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos" (*supra* párr. 79).

153. En atención a lo anterior, la Corte analizará a continuación: i) si la tutela y la apelación fueron recursos efectivos en el presente caso, y ii) si es posible determinar que para el momento de los hechos no existían en Colombia recursos efectivos para solicitar la pensión de sobreviviente.

154. Respecto a la efectividad de la tutela y la apelación, la Corte recuerda que ha sido determinado que debido a la alegada urgencia derivada de la situación de salud del señor Duque, la acción de tutela era un recurso idóneo (*supra* párr. 32). No obstante lo anterior, la Corte nota que, al resolver la solicitud del señor Duque, las resoluciones de tutela y apelación manifestaron expresamente que de acuerdo al ordenamiento legal no era posible reconocer la pensión de sobreviviente por vía de tutela; indicándole que los recursos que podía interponer para solicitar la pensión era acudir a la vía contenciosa administrativa y, en su caso, a la interposición de los recursos de reposición o apelación en contra de la disposición emitida por COLFONDOS.

155. La Corte considera que no cuenta con elementos que le permitan concluir que la acción de tutela y la apelación interpuestas por la presunta víctima no fueron recursos efectivos, únicamente porque no tuvieron la conclusión jurídica que deseaba el señor Duque. Los jueces determinaron que la tutela no era el recurso adecuado para solicitar la pensión, considerando que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual y sólo desplaza los medios ordinarios en ciertos eventos, por ejemplo cuando el demandante acredita una situación de urgencia o la posibilidad de un perjuicio irremediable, situación en la que se determinó que no se encontraba el señor Duque. No obstante lo anterior, los jueces informaron al señor Duque de los recursos que si serían adecuados e idóneos para

solicitar la pensión[132]. La Corte recuerda que la obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medio o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio o no se arribe a la conclusión pretendida por la presunta víctima[133]. Asimismo, la Corte considera que no cuenta con elementos para determinar la inexistencia de una voluntad estatal de brindar protección jurídica al señor Duque, tomando en consideración que las resoluciones de primera y segunda instancia se resolvieron conforme a la normativa vigente, señalando las vías adecuadas para solicitar la pensión de sobrevivencia.

156. Por otro lado, para el análisis de la alegada inexistencia de recursos efectivos en Colombia es necesario considerar la existencia de las otras vías a las que hicieron alusión las sentencias de tutela y que no fueron interpuestas por la presunta víctima. En ese sentido, corresponde recordar que los jueces de tutela estimaron que el señor Duque no estaba en una situación de urgencia que le impidiera acudir a los medios ordinarios para solicitar la pensión de sobreviviente y que por ese motivo decidieron que la tutela no era el mecanismo idóneo para su reclamación siendo que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario o residual y en esa medida sólo desplaza los medios ordinarios en ciertos eventos, como por ejemplo cuando el demandante acredita una situación de urgencia o la posibilidad de un perjuicio irremediable.

157. Derivado de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso no cuenta con elementos que le permitan concluir que en Colombia no existía un recurso idóneo o efectivo para solicitar el pago de la pensión de sobreviviente, dado que no es posible realizar un análisis en abstracto acerca de la idoneidad o efectividad de los recursos que eran posibles en la vía contenciosa administrativa y la reposición o apelación en contra de la disposición emitida por COLFONDOS, toda vez que estos recursos no fueron interpuestos.

158. Por tanto, este Tribunal estima que no es posible concluir la inexistencia de recursos efectivos en Colombia derivado únicamente de que la tutela y la apelación no le concedieron la pensión que reclamaba el señor Duque, sin que hayan sido interpuestos los otros recursos que le fueron señalados como idóneos en las resoluciones de tutela y apelación. La Corte concluye que no existen elementos que demuestren que las actuaciones de las autoridades judiciales implicaron una afectación en la protección judicial del señor Ángel Alberto Duque. Por consiguiente, la Corte estima que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención.

---

132 Al respecto, al resolver la tutela el Juzgado Décimo Civil de Bogotá le indicó al señor Duque que su inconformidad podía resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, por la vía contenciosa administrativa y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada por COLFONDOS el 3 de abril de 2002. Además, se indicó al señor Duque que si su intención era obtener algún tipo de seguridad social en salud, podía acudir a las instituciones de salud pública del Estado que existían para proteger a aquellas personas sin ningún recurso económico, como era el caso del programa ofrecido por el SISBEN. Esta información fue reiterada por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá al resolver la apelación de la tutela.

133 *Cfr. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 237.

B.2. La alegada violación al artículo 8.1 de la Convención por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales

159. El artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine[134] y bajo el procedimiento dispuesto para ello.

160. Ha sido alegado que la acción de tutela y la apelación no fueron debidamente analizados por las instancias judiciales sino que se rechazaron con base en una interpretación dogmática y formalista de la normativa vigente; además se ha señalado que estos procesos judiciales perpetuaron con sus decisiones los prejuicios y estigmatización de las parejas del mismo sexo, al reafirmar una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia vinculada exclusivamente con la conservación de la especie y la procreación de los hijos.

161. Al respecto, el Estado alegó que los jueces aplicaron la normativa vigente al momento de los hechos, sin que existiera en ese momento jurisprudencia nacional o internacional que estableciera la obligación de reconocer pensiones de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

162. La Corte reitera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio[135]. Este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática[136]. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia[137]. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta[138], sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho[139].

163. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario[140]. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado

---

134 *Cfr. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 158, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 243.

135 *Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 171, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr. 304.

136 *Cfr.* Caso Herrera *Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 171, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela,* párr 304.

137 *Cfr. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 146, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr 304.

138 Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

139 *Cfr. Caso Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 56, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras,* párr. 233.

140 En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (No. 73797/01), sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119 ("In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary"), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca*, (No. 10486/83), sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

caso[141]. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales[142].

164. En el presente caso, la Corte advierte que la resolución de la tutela y de la apelación presentaron argumentos respecto a la procedencia legal del otorgamiento de las pensiones a personas del mismo sexo, basándose en la normativa colombiana vigente al momento de los hechos. La Corte considera que de la lectura integral de las resoluciones de tutela y de apelación no se desprende que la fundamentación de las mismas haya tomado en consideración como principal y factor determinante la orientación sexual del señor Duque o se haya basado de forma preponderante en un estereotipo en su contra debido a su orientación sexual. Por el contrario, consta que los órganos judiciales se remitieron de forma principal a lo establecido en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 (*supra* párrs. 73 y 74) para concluir que al señor Duque no le correspondía acceder a la pensión de sobrevivencia. Por otra parte, las resoluciones de tutela y apelación establecieron que la vía de la tutela no era la idónea y señalaron los recursos en la vía ordinaria que debían interponerse, sin que se pueda concluir que el sentido de los fallos tuvo como base principal creencias estereotipadas de los jueces.

165. La Corte resalta que una violación del artículo 8.1 de la Convención por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales[143]. En el presente caso, el Tribunal considera que no es posible concluir que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas. Además, la Corte no cuenta con elementos que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con la orientación sexual del señor Duque que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión.

166. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado no es responsable por la violación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención.

---

141 *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 118 ("a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case").

142 *Cfr.* T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, , No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 119 ("As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal"). Ver asimismo, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, No. 46575/09, 21 de junio de 2011, párr. 52; y *Caso De Cubber Vs. Bélgica*, No. 9186/80, 26 de octubre de 1996, párr. 25. Además, el Tribunal Europeo señaló que la imparcialidad subjetiva de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizados en la decisión, o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión. *Cfr*. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, No. 73797/01, G.C., 15 de diciembre de 2005, párrs. 130 a 133.

143 *Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 190.

VIII-3
EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

167. La *Comisión* recordó que en su Informe de Admisibilidad determinó que, en el presente caso, el análisis del derecho a la integridad personal tenía un carácter subsidiario y dependía de la conclusión a la que se arribara respecto al mérito de los alegatos formulados en relación con los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana. Consideró que los efectos de: i) la exclusión al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia de su compañero permanente fallecido, en virtud de una disposición discriminatoria basada en su orientación sexual; ii) la búsqueda de protección no encontrada y la ausencia de una respuesta desprejuiciada y eficaz por parte del sistema judicial, y iii) el sufrimiento frente a la falta de previsibilidad en cuanto a la regularidad y provisión del tratamiento médico requerido, afectaron el derecho a la integridad personal del señor Duque. La Comisión señaló en su Informe de Fondo que ya había concluido en el Informe de Admisibilidad que la información presentada no caracterizaba una posible violación del derecho consagrado en el artículo 4 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.

168. Los *representantes* señalaron que al denegar al señor Duque su derecho a la pensión de sobrevivencia y a las demás prestaciones sociales asociadas, y en particular en garantías de acceso a la atención en salud, y dada su condición de persona "con diagnóstico de infección por VIH" con tratamiento antirretroviral, "tratamiento que no debe suspenderse, salvo dictamen médico, ya que esta circunstancia podría acarrear la muerte", el Estado vulneró el derecho del señor Duque al respeto a su integridad física, psíquica y moral. Además, los *representantes* alegaron que además de causarse un perjuicio moral intrínseco por el trato discriminatorio a que se vio sometido por su orientación sexual, la integridad física del señor Duque estuvo literalmente en peligro de muerte por la falta de recursos económicos que le garantizaran el tratamiento adecuado por su condición de paciente VIH positivo. Asimismo, resaltaron que el derecho a la integridad personal se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la preservación de la salud, consagrado en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

169. Por otra parte, los *representantes* destacaron la estrecha vinculación entre el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, psíquica y moral y el derecho a la preservación de la salud, consagrado en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por tanto, señalaron que "la negativa de la pensión de sobrevivencia a Angel Alberto Duque desembocó en que por varios períodos de tiempo estuvo sin la protección que le permitiera atender su grave situación de salud física y emocional como persona con diagnóstico de VIH", lo cual "implicó que el Estado […] irrespetara el derecho a unas condiciones de vida digna de Ángel Alberto Duque, socavando su dignidad, ya de por si vulnerada con el acto de discriminación, y llevándolo a una situación límite atentatoria de su propia existencia terrenal", lo cual permite sostener que se vulneró el artículo 4.1 de la Convención en perjuicio del señor Duque.

170. El *Estado* argumentó que cuenta con un marco legal e institucional que cumple con los estándares de garantía del derecho a la salud del sistema interamericano, en especial con relación a la población portadora del VIH-SIDA. Además, señaló que no existe prueba alguna en el expediente que acredite que le fue negado el acceso al tratamiento del VIH al señor Duque o que los servicios médicos fueron de alguna manera interrumpidos. El Estado alegó que existe certeza de que el señor Duque estuvo afiliado al sistema de seguridad social en salud de manera ininterrumpida, y por tanto tendría acceso a los servicios

derivados de dicha afiliación. Asimismo, el *Estado* manifestó que los representantes han afirmado que el señor Duque tiene resuelta su situación de acceso a los servicios de salud que su condición de portador del VIH merecen, y que en cualquier caso, si el señor Duque no hubiera contado con los recursos económicos para realizar aportes en el régimen contributivo, habría podido acceder a los servicios de salud en el régimen subsidiado que presta servicios de igual calidad para enfermedades "catastróficas", como lo es el VIH.

B. Consideraciones de la Corte

171. A continuación la Corte analizará algunos estándares respecto al derecho a la integridad personal, con relación al derecho a la salud de las personas con VIH. Posteriormente, la Corte analizará los alegatos respecto a la alegada violación de los derechos a la integridad personal y la vida del señor Ángel Alberto Duque.

B.1. Estándares relativos al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH

172. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a […] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos […] para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social"[144]. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público[145]. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas[146].

---

144 El artículo 26 de la Convención Americana (Pacto de San José) refiere al desarrollo progresivo "de los derechos que se derivan de las normas económicas [y] sociales […], contendidas en la Carta de la [OEA] […] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Contenido en dicha referencia se encuentra el derecho a la salud. Respecto a las obligaciones de los Estado en relación con Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Asimismo, indicó que "[e]ntre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observ[ó], por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos". *Cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 2 y 5.

145 Dicho artículo establece que: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; [y] b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado".

146 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 172, y OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de

173. El Protocolo de San Salvador establece que entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar "la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas"; "la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole", y "la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables"[147]. Obligaciones similares establece el artículo 12(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este marco de obligaciones se insertan diversos deberes en relación con el acceso a medicamentos. De acuerdo con la Observación General N° 14, el derecho al más alto nivel posible de salud genera algunas obligaciones mínimas, que incluyen "[f]acilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS"[148].

174. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud[149]. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que "el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[150].

2011, párrs. 66 y 67. En este documento se establece que: "El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país […] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas". Asimismo, dentro de los indicadores referidos se incluyen: "Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministerios o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud". En este mismo sentido, *cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también OEA, Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2.

147 Artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador.

148 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr.163, y Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 43(d).

149 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre 'El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' (11 de junio de 2013) UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.l párr. 2; Asamblea General de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Paul Hunt ' (13 de septiembre de 2006) UN Doc A/61/338 párr. 40, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, relativo al acceso a los medicamentos' (1 de mayo de 2013) UN Doc A/HRC/23/42 párr. 3.

150 *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y, por ejemplo, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 'Acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo', Resoluciones 2001/33, 2002/32, 2004/26 y 2005/23. De forma similar se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos respecto al VIH/SIDA. *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)' (13 de abril de 2011) UN Doc A/HRC/RES/16/28, párr. 1. Por otra parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en el marco del reconocimiento de las personas con VIH como sujetos de especial protección, ha señalado que su vida "depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión". *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2011, expediente número 0479-2009-PA/TC, párr. 29.

175. Al respecto, la Corte considera que las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante "OACNUDH") y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (en adelante "ONUSIDA") constituyen una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en esta materia. La Sexta Directriz, revisada en 2002, señala que:

> Los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles. Los Estados deberían tomar también las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/SIDA, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas. […][151].

176. Esta Sexta Directriz ha sido interpretada por la OACNUDH y ONUSIDA en el sentido de que una respuesta eficaz al VIH requiere un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo:

> La prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo son elementos que se refuerzan mutuamente y una secuencia continua para una respuesta eficaz al VIH. Deben integrase en un enfoque amplio y es necesaria una respuesta polifacética. El tratamiento, atención y apoyo integrales incluyen fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos; pruebas diagnósticas y otras tecnologías relacionadas para la atención del VIH y el SIDA, de las infecciones oportunistas y de otras enfermedades; buena alimentación y apoyo social, espiritual y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria. Las tecnologías de prevención del VIH abarcan los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril, fármacos antirretrovíricos (por ej., para revenir la transmisión materno infantil o como profilaxis pos exposición) y, una vez desarrollados, microbicidas y vacunas seguros y eficaces. El acceso universal, basado en los principios de los derechos humanos, requiere que todos estos bienes, servicios e información no sólo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad, sino también que estén al alcance físico de todos y sean asequibles para todos[152].

177. La Corte constata que estos estándares resaltan que el acceso a los fármacos antirretrovíricos es sólo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con el VIH. En este sentido estas personas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud[153].

---

151 *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 195, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, sexta directriz.

152 *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 196, y OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, comentario a la sexta directriz, párr. 26.

153 Las Directrices también señalan que "Los Estados también deberían asegurar el acceso al tratamiento y medicamentos adecuados, dentro de su política general de salud pública, de modo que las personas que viven con el VIH puedan vivir lo máximo y satisfactoriamente posible. Las personas que viven con el VIH también deberían tener acceso a ensayos clínicos y a poder elegir libremente entre todos los medicamentos y terapias disponibles, incluso las terapias alternativas". OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 145. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, respecto a la protección del derecho a la salud de las personas con VIH/SIDA ha manifestado que "con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios". También ha sostenido que "este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación". Cfr.

178. En Colombia fue expedida la Ley 972 de 2005 ("Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA"), en cuyo artículo 1° se establece que la atención integral estatal y la lucha contra la enfermedad será una prioridad para […] Colombia y que el Estado, así como el Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizarán "el suministro de los medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas, de acuerdo con las competencias y las normas que debe atender cada uno de ellos"[154].

179. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el derecho fundamental a la salud de los portadores de VIH/SIDA está protegido en los ámbitos internos e internacional, siempre con el objetivo de que el tratamiento que se requiere no sólo sea integral sino también continuo y oportuno[155]. Además, la jurisprudencia constitucional de Colombia ha resaltado el especial tratamiento que se debe procurar a quienes padecen de esta enfermedad, en razón a su gravedad y carácter progresivo, observando la existencia de determinados ámbitos de protección, a saber: "(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean"[156].

180. También, la Corte Constitucional ha establecido que cuando un enfermo de VIH/SIDA requiere un tratamiento o procedimiento fundamental para garantizar su existencia en condiciones dignas, ya sea que se encuentre o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encontrándose la persona afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud o vinculada, su derecho a la salud se considera fundamental y es amparado a través de la acción de tutela[157].

181. Además, en la normativa colombiana se ha establecido que las personas con diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, se encuentran exentas de copagos y cuotas moderadoras en el Plan Obligatorio de Salud, según el Acuerdo 260 de 2004, artículo 7, que establece que "[s]ervicios sujetos al cobro de copagos. Deberán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, con excepción de: […] Enfermedades catastróficas y de alto costo"[158].

---

sentencia T-843 de la Corte Constitucional de Colombia de 2 de septiembre de 2004. Ver también, Peritaje de Paul Hunt 6 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folios 3706 a 3734).

154 Congreso de la República de Colombia, Ley 972 de 2005, 15 de julio de 2005, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, Diario Official 45.970, en lo relativo a las multas "Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida" (expediente de prueba, folio 2793).

155 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-228 de 18 de abril de 2013.

156 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-027 de 25 de enero de 2013.

157 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-579 de 27 de Julio de 2011.

158 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 000260 "Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, 4 de febrero de 2004 (expediente de prueba, folios 2798 y ss.).

B.2. Análisis del caso concreto

182. En su Informe de Fondo la Comisión estableció que no contaba con información suficiente sobre la continuidad, calidad y condiciones de prestación del servicio médico al señor Duque después de la muerte de J.O.J.G. No obstante lo anterior, la Comisión concluyó que había quedado establecido que el señor Duque "se había visto afectado por múltiples factores de vulnerabilidad derivados de su orientación sexual, situación de enfermedad y situación económica".

183. Los argumentos de los representantes respecto a la alegada violación de los derechos a la vida e integridad personal del señor Duque se encuentran relacionados con: 1) el alegado daño en su integridad moral por las resoluciones de COLFONDOS y de los jueces de tutela y apelación, quienes lo habrían estigmatizado por su condición de homosexual, 2) la alegada falta de atención médica al señor Duque y las consecuencias en su salud derivadas de la misma; 3) la alegada diferencia de la atención médica en el régimen contributivo y el régimen subsidiado en Colombia y los efectos negativos de esta diferencia en la salud del señor Duque. Los representantes alegaron que la violación se encuentra directamente vinculada con la falta de atención médica del señor Duque, derivada de su falta de recursos económicos para cubrir el tratamiento adecuado para él. De acuerdo con los representantes, esta situación provocó una fuerte carga emocional para el señor Duque, que debió buscar los recursos para obtener su tratamiento.

184. En lo referente al alegado daño en la integridad moral del señor Duque por las resoluciones de COLFONDOS y de los jueces de tutela y apelación, los representantes señalaron que la discriminación sufrida por el señor Duque y la necesidad de conseguir sus medicamentos generaron en el señor Duque una "tremenda carga emocional" que afectó su integridad personal. Al respecto, la Corte observa que no fue aportada ninguna prueba de un daño en la integridad psicológica o moral del señor Duque derivada de las resoluciones emitidas por COLFONDOS y los tribunales internos.

185. Respecto a la alegada falta de atención médica y los efectos de ésta para el señor Duque, la Corte nota que de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud el 9 de febrero de 2015, desde 1995 hasta la actualidad se le han "compensado" al señor Duque "todo los períodos de manera ininterrumpida en materia de salud", estando afiliado a "[l]a Nueva EPS S.A." y el "Instituto de Seguros Sociales E.P.S." desde el año 1995 hasta la actualidad. Asimismo, de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015, el señor Ángel Alberto Duque "no evidencia interrupciones en su afiliación desde mayo de 1985 hasta la fecha"[159]. Estos oficios no fueron controvertidos por los representantes.

186. Por otro lado, la Corte constata, además, que en la resolución de la tutela, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá informó al señor Duque que si su intención era obtener algún tipo de seguridad social en salud, podía acudir a las instituciones de salud públicas que existían para proteger aquellas personas sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el "SISBEN" (Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales).

187. La Corte resalta que no fueron aportados informes médicos, análisis o pruebas de algún tipo que demostraran que el señor Duque haya sufrido una afectación en su salud o que el Estado haya dejado de proveerle asistencia médica. Sin embargo, de haber sido necesario, el señor Duque habría podido recurrir al régimen subsidiado para recibir mediante éste la atención médica que requería.

---

[159] Oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folio 2808).

188. Respecto de la diferencia entre los regímenes contributivo y subsidiado en Colombia, los representantes indicaron que "las diferencias eran notorias, y todavía lo siguen siendo, respecto a la calidad y continuidad en la prestación del servicio […] para el 2002 existían diferencias en el precio de las UPC, que es el valor reconocido a pagar a las Empresas Promotoras de Salud que cubren los servicios de salud […] se encuentra un motivo de diferenciación, por lo menos material, en el abordaje d[el VIH] entre los regímenes".

189. En ese sentido, el Estado expuso el marco jurídico vigente en Colombia que "garantiza que se provean todos los medicamentos, tratamientos y servicios necesarios, para la atención de las personas con VIH"[160].

---

[160] El Estado señaló algunas disposiciones, tales como: a) Decreto 559 de febrero de 1991: Este decreto determinó respecto a la atención a los infectados por el VIH y los enfermos de SIDA, que esta debía darse de acuerdo con el criterio médico y con sujeción a las normas técnico - administrativas expedidas por el Ministerio de Salud, y debía prestarse en el servicio ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario; b) Acuerdo 8 de 1994: Se reconoce a las personas afiliadas bajo el régimen contributivo el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, bajo la denominación de tratamiento de alto costo, de enfermedades ruinosas o catastróficas. En este acuerdo se hace mención expresa al tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; c) Resolución 526 de 5 de agosto de 1994 por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Este manual fue expedido con miras a unificar criterios en la prestación de servicios de salud dentro de la Seguridad Social en Salud, como garantía de acceso, calidad y eficiencia. Bajo esta disposición se incluyeron en el Plan Obligatorio de Salud tratamientos para enfermedades ruinosas o catastróficas, entre los que se incluyó el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; d) Decreto 1543 de 1997 que actualiza el Decreto 559 de 1991: Determinó la obligatoriedad en la atención a las personas infectadas con el virus del VIH y la garantía de la atención en salud que incluyó los medicamentos para controlar la infección. De igual manera, el Decreto hace énfasis en los deberes de las IPS y las personas del equipo de salud para garantizar la atención integral a las personas que viven con el virus, la cual debe ser brindada en condiciones de respeto a la dignidad y sin discriminación alguna; e) el Acuerdo 72 de 1997: Se incluyó por primera vez el tratamiento con medicamentos antirretrovirales para las personas que se encontraban afiliadas tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, para las atenciones de alto costo, de forma que independientemente de la capacidad de pago de la persona, las atenciones en VIH/SIDA tanto en el régimen contributivo, como en el régimen subsidiado estaban cubiertas; f) en el Acuerdo 228 de 2002: Actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, en el que se determinó que las EPS y las IPS que contaran con programas especiales para el manejo del VIH/SIDA, debían incluir el listado mínimo de principios activos con las características específicas para el respectivo programa; g) en el Acuerdo 260 de 2004: Estableció que las personas que tuviesen diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, estaban exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS; h) en el Acuerdo 306 de 2005: Actualizó el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y contributivo, y se ampliaron las prestaciones y las tecnologías en salud para el tratamiento del VIH/SIDA. Allí se incluyeron: atención ambulatoria y hospitalaria de la complejidad necesaria, los insumos y materiales requeridos, el suministro de medicamentos antirretrovirales e inhibidores de proteasa establecidos en el Manual de Medicamentos vigente del Sistema, la Carga Viral para VIH/SIDA y todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial del caso confirmado, así como los de complementación diagnóstica y de control; i) Ley 972 de 2005 Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas especialmente el VIH/Sida. Declaró la atención integral estatal en contra del virus como de interés y prioridad estatal. Establece que el Estado debe garantizar el suministro de medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades ruinosas o catastróficas. Se incluyen además disposiciones que obligan a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud a garantizar y no negar la asistencia médica, hospitalaria y de laboratorio a los pacientes infectados por el VIH; j) Acuerdos 336 y 368 de 2007: Realizaron la inclusión en el POS de los antirretrovirales Lopinavir + Ritonavir en tabletas; k) Decreto 19 de 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Estableció que las EPS tienen la obligación de crear los procedimientos de suministro de medicamentos cubiertos por el POS a sus afiliados, en el que se asegure su entrega completa e inmediata; l) Resolución 1604 de 2013 "Por la cual se reglamenta el artículo 131 del Decreto 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones": Dispone que en los casos que las EPS no puedan efectuar la entrega completa de los medicamentos, estas deben realizar la entrega en un lapso no mayor a 48 horas, para lo cual deberán contar con un mecanismo excepcional de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, coordinando con el afiliado, si así lo desea, de su entrega en su residencia o lugar de trabajo. Además, crea el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control de la entrega de medicamentos que tiene como finalidad servir de herramienta de información a las autoridades en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control frente al mecanismo de entrega, que para el caso de los medicamentos antirretrovirales recae en la Superintendencia Nacional de Salud y las Direcciones Departamentales de Salud; m) Resolución 5521 de 2014: Actualiza el POS e incluye el suministro de preservativos en servicios de planificación familiar; y n) Ley Estatutaria de 2 de febrero de 2015 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la

190. Por su parte, el peritaje rendido por el señor Ricardo Luque señaló, entre otros aspectos, que: i) a través del Sistema de Seguridad Social en Salud se garantiza el acceso universal a la atención integral en VIH/SIDA independientemente del régimen de afiliación al sistema, la capacidad de pago o de las particularidades poblacionales que caracteriza a los grupos más afectados; ii) el Estado colombiano desde 1997 unificó y homologó las atenciones del régimen subsidiado con el régimen contributivo para las acciones de alto costo, incluyendo la infección por VIH/SIDA, de forma que tanto en un régimen como en el otro e independientemente de la capacidad de pago de la persona, se tiene acceso al mismo paquete de servicios incluyendo los medicamentos antirretrovirales; y iii) la UPC ("Unidad de Pago por Capitación") tiene un valor diferencial entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, pero esto no afecta la cobertura en la prestación del servicio para las enfermedades de alto costo.

191. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte considera que no cuenta con elementos que le permitan concluir que en el caso concreto del señor Duque el régimen subsidiario le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo.

192. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no es responsable de la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

IX
REPARACIONES
(Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

193. A continuación, este Tribunal analizará la pertinencia de otorgar medidas de reparación por la violación declarada en la presente Sentencia y determinar cuáles serían esas medidas. Sin perjuicio de ello, corresponde reiterar que Colombia ha logrado grandes avances en el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo, que la jurisprudencia emitida por su Corte Constitucional reconoce "que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes"[161], así como la voluntad de las distintas instituciones estatales y otras de avanzar en esa dirección.

194. Con base en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención[162], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente[163] y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"[164]. Además, este Tribunal

---

salud y se dictan otras disposiciones": Crea un marco legal e institucional para garantizar el derecho fundamental a la salud con fundamento en los principios de universalidad, calidad y eficiencia.

161 *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1411).

162 El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

163 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

164 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 25*, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho[165].

195. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron[166]. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[167].

196. En consecuencia, y sin perjuicio de cualquier forma de reparación que se acuerde posteriormente entre el Estado y la víctima, el Tribunal procederá a disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados. Para ello, tomará en cuenta las pretensiones de la Comisión y de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar[168].

A. Parte Lesionada

197. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por tanto, esta Corte considera como parte lesionada a Ángel Alberto Duque, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en esta Sentencia, será considerado beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

B. Medida de Restitución

198. Los *representantes* solicitaron a la Corte que se ordene al Estado requerir al fondo privado de pensiones COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses, la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente. La *Comisión* indicó que la reparación al señor Duque debe incluir la concesión de una pensión de sobrevivencia y una justa compensación. El *Estado* no presentó alegatos con respecto a esta medida de reparación.

199. En relación con lo anterior, el Tribunal constata, en primer término, que el Estado fue encontrado responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana (*supra* párr. 138). En consecuencia, el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la

---

165 *Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 254.

166 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 26, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 255.

167 *Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 294, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 255.

168 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párrs. 25 a 27, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 256.

pensión de sobreviviencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002.

200. Sobre esto último, el Tribunal constata que el Estado se refirió al testimonio del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, en el cual declaró que "que la negación en [la] carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor […] Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor […] Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho".

C. Medidas de Satisfacción

201. El Tribunal determinará medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, así como medidas de alcance o repercusión pública[169]. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación[170].

202. Los *representantes* solicitaron que la Corte ordene "la publicación, en forma legible, por una sola vez en el Diario Oficial de las partes relevantes de la sentencia, incluyendo los nombres de cada capítulo y el apartado respectivo–sin las notas al pie de página-, así como la parte resolutiva de la presente Sentencia, y en otro diario de amplia circulación nacional del resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte. La medida deberá efectuarse en el plazo de 6 meses posteriores a la fecha de notificación de la Sentencia". Así, como "la publicación en forma inmediata del texto íntegro en el sitio web oficial de la Presidencia de la República, en el del Ministerio de Relaciones Exteriores y en el del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social". El *Estado* indicó que en caso de que se emita sentencia en su contra solicita a la Corte que, conforme a lo establecido en su propia jurisprudencia, estime que el fallo, en sí mismo, y su publicación, constituyen una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. La *Comisión* no se pronunció sobre esta solicitud de forma particular.

203. La *Corte* estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos[171], que el Estado, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice las siguientes publicaciones: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional de Colombia, y b) la presente Sentencia en su integridad, disponible, por un periodo de al menos un año, en un sitio web oficial del Estado.

---

169 *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 268.

170 *Cfr. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 35, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 268.

171 *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 271.

D. Otras medidas de reparación solicitadas

204. Como medidas de no repetición, los *representantes* solicitaron: a) la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia de las que son acreedoras las parejas heterosexuales; b) una política pública de capacitación a funcionarios de fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual, y c) que se ordene al Estado colombiano la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y pedido de disculpas a Ángel Alberto Duque, por haber sufrido discriminación por razón de su identidad sexual y por la respuesta negativa recibida en parte de autoridades administrativas y judiciales, ante su solicitud de pensión de sobrevivencia por el hecho de ser homosexual.

205. El *Estado* argumentó, en relación con la primera solicitud: a) que no se requiere la promulgación de una ley para reconocer la igualdad de derechos patrimoniales ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo la virtualidad de integrar la opción sexual al ordenamiento colombiano y que hoy existiría plena certeza sobre dicho reconocimiento, y en cuanto a la segunda solicitud: b) que la medida solicitada por los representantes se basaría en (i) la supuesta falencia práctica en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional y (ii) la supuesta discriminación en la que hubieran incurrido los jueces de tutela en el año 2002. Alega que del primero no habrían presentado prueba y respecto del segundo, indicó que en el año 2002 los jueces no habrían estado obligados a acceder a las pretensiones del señor Duque. Con respecto a la solicitud de acto público de reconocimiento de responsabilidad, el *Estado* señaló que al ser la publicación y difusión de la sentencia una medida de satisfacción y una garantía de no repetición, el acto público de reconocimiento de responsabilidad no resulta necesario, y la Corte debe abstenerse de ordenarlo.

206. Como medidas para garantizar la no repetición de los hechos como los del presente caso, la *Comisión* solicitó a la Corte: a) adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del presente caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos, sean debidamente acatadas y cumplidas; b) adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integraron o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno; y c) adoptar las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

207. En relación con la solicitud de medida relacionada con una reforma legislativa, en el presente caso la Corte no encontró que el Estado fuera responsable por una violación a la obligación de adecuar el derecho interno ni tampoco por una violación al derecho a la igualdad ante la ley de una norma actualmente vigente. Tampoco la Corte concluyó que existiera una violación al derecho a la protección judicial por la inexistencia de los recursos para solicitar una pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo. En consecuencia, no corresponde otorgar esa medida de reparación por cuanto no existe un nexo entre la reparación solicitada por los representantes y lo declarado por la Corte en esta Sentencia.

208. En lo que se refiere a la solicitud de la medida de capacitación, en el presente caso, la Corte no ha establecido que los funcionarios de los fondos de pensiones públicos y privados no estuviesen aplicando el cambio de normatividad operado mediante la sentencia

C-336 de 2008. Tampoco la Corte concluyó que en el presente caso se hubiese violado el derecho a las garantías judiciales por la falta al deber de respeto o de garantía por parte de los jueces que conocieron de la tutela. En consecuencia, la Corte no considera procedente otorgar la medida de reparación solicitada.

209. Con respecto a las demás medidas de reparación solicitadas, este Tribunal considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma resultan suficientes y adecuadas.

E. Medida de rehabilitación

210. Como medida de rehabilitación, los *representantes* indicaron que por causa del perjuicio psicológico y moral sufrido por el señor Duque, tanto por el trato discriminatorio de que fue objeto, así como por el desasosiego y la intranquilidad vivida al no poder asegurarse el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo, por lo que solicitaron que la Corte ordene al Estado proveer al señor Duque, de forma gratuita y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico y psicológico necesario que sea proporcionado por profesionales competentes y que incluya indispensablemente la provisión de medicamentos antirretroviral es que requiere la víctima por su enfermedad.

211. En cuanto a esta medida, el *Estado* reiteró "que la presunta víctima tiene acceso al Sistema General de Seguridad Social, lo cual incluye medicamentos, así como atención médica y sicológica". Asimismo señaló que "en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se le debe brindar al paciente portador de VIH/SIDA toda la asistencia necesaria para que afronte en debida forma la patología que padece. Esto incluye todos los tratamientos prescritos por el médico tratante, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Dichos servicios, en caso de ser necesarios, podrán ser prestados de manera gratuita". En conclusión, alega el Estado que el señor Duque puede acceder a la asistencia médica y psicología que requiere, incluso sin costo alguno si acredita las condiciones para ello, por intermedio del SGSSS y por tanto la medida en cuestión no resulta indispensable y debe ser desestimada por la Corte.

212. En el presente caso, la Corte no declaró que el Estado era responsable por una violación al derecho a la vida o al derecho a la integridad del señor Duque. En consecuencia, no corresponde otorgar la medida de reparación solicitada. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte recuerda según fue constatado, que el señor Duque tiene derecho a acceder a un régimen salud de tipo contributivo o subsidiado que le proporcione el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo (*supra* párrs. 172 a 181).

F. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

F.1. Daño material

213. En relación al daño material, los *representantes* señalaron que Ángel Alberto Duque elevó la solicitud de pensión de sobrevivencia que le correspondía por el fallecimiento de su compañero JOJG el 19 de marzo de 2002 ante COLFONDOS, la cual le fue negada. En consecuencia, desde esa fecha, Ángel Alberto Duque habría sufrido un menoscabo económico por la falta de ingresos provenientes de la prestación social a la que tenía derecho. Indicaron que se anexó un dictamen pericial y conforme a este solicitaron a la Corte ordenar el pago de seiscientos ochenta y cinco millones de pesos colombianos ($COP 685.000.000) equivalentes a doscientos ochenta y cuatro mil setecientos cuatro dólares americanos ($US 284.704) concerniente al dinero dejado de percibir por la víctima por causa de no poder disfrutar la pensión de sobrevivencia. Asimismo, solicitan conminar al Estado a requerir a COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses,

la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente.

214. El Estado consideró "que el daño material en este caso se repara mediante el otorgamiento de la pensión de sobreviviente", además reitera que la medida de reparación bajo análisis puede ser cumplida sin necesidad de una orden de la Corte y que el Estado y el fondo privado de pensiones les han manifestado a los representantes de la víctima la posibilidad que tienen de presentar los documentos para que se inicien las gestiones necesarias para el reconocimiento del derecho pensional en cuestión, a lo cual habrá lugar si se acreditan los requisitos generales necesarios para ello, ya que al tratarse de elementos que corresponden al ámbito personal del Señor Ángel Alberto Duque, no pueden ser obtenidos de oficio por el fondo privado de pensiones. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado indicó que la suma solicitada por los Representantes por concepto de daño material, no ha sido sustentada en forma alguna durante el trámite internacional y señalan que el dictamen pericial no fue aportado como anexo.

215. La *Comisión* se refirió al daño material e inmaterial de manera conjunta. Solicitó que se repare adecuadamente al señor Duque por las alegadas violaciones, contemplando los daños materiales e inmateriales, y que dicha reparación incluya como mínimo la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Además, que el Estado provea el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento requeridos por ser una persona que vive con VIH.

216. La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo[172]. Este Tribunal ha establecido que el daño material abarca "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso"[173].

217. En el presente caso, la Corte ha encontrado al Estado responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley por la existencia de una norma discriminatoria que le fue aplicada al señor Duque (*supra* párr. 138). En ese sentido, el Tribunal concluyó que el señor Duque no tuvo acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a la posibilidad de reclamar una pensión de sobrevivencia. Por otra parte, los representantes no han probado la existencia de un daño emergente en el presente caso. En consecuencia, no corresponde otorgar esta medida de reparación puesto que se trata de un daño incierto o eventual, siendo además que el lucro cesante que podría ser declarado a nivel interno, sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión.

F.2. Daño inmaterial

218. En cuanto al daño inmaterial, los *representantes* solicitan a la Corte la suma de USD 80.000, en virtud de los hechos que debió soportar el señor Duque y los cuales minaron su vida e integridad personal, tales como: (i) el trato discriminatorio en la negativa de concederle la pensión de sobreviviente por razón de su orientación sexual; y (ii) la angustia profunda de poder seguir viviendo por no contar con recursos económicos para asegurar la continuidad sin interrupciones del tratamiento médico que tenía como consecuencia de su condición de paciente VIH positivo. Señalan que "ambas circunstancias […], ocasionaron una profunda aflicción y un sentimiento de abatimiento de Ángel Alberto Duque".

---

172 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 314.

173 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, párr. 43, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 314.

219. El *Estado* indicó que los representantes pretenden fundar la presunta aflicción sufrida por el señor Duque en la supuesta incertidumbre sobre la continuidad en la prestación del servicio médico requerido, sin que hayan aportado prueba alguna que acredite la suspensión del tratamiento antirretroviral. Adicionalmente, la atención necesaria para los pacientes con VIH, no está condicionada al reconocimiento del derecho pensional en cuestión, o a la capacidad económica del usuario. Por tanto, la mayoría de los hechos señalados por los representantes como indicadores del prejuicio moral presuntamente causado al señor Duque, no se encontrarían probados. Los alegatos de la *Comisión* sobre la presente medida fueron expuestos en el punto anterior, conjuntamente con el daño material.

220. La *Corte* ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[174]. La Corte ha indicado que "dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad"[175].

221. Al respecto, la Corte advierte que en el presente caso se concluyó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana. Lo anterior propició que el señor Duque se viera privado por un período de más de trece años de los ingresos económicos que habrían contribuido de forma importante a mejorar sus condiciones de existencia, más aún cuando le había sido diagnosticada una enfermedad "ruinosa o catastrófica" como es el caso del VIH. En atención al sufrimiento y daño de orden inmaterial que dicha violación causó a la víctima, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial una indemnización equivalente a USD 10.000.

G. Costas y gastos

222. Los *representantes* alegaron que la Comisión Colombiana de Juristas ha afrontado una serie de gastos vinculados con la realización de su labor como representante de la víctima, los cuales incluyen viajes, pago de hoteles, gastos de comunicaciones, fotocopias, papelería y envíos, gastos correspondientes al tiempo de trabajo jurídico dedicado a la atención específica del caso y a la investigación, la recopilación y presentación de pruebas y preparación de escritos, refiriéndose a un total de USD 40.275. Asimismo, señalaron que el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti ha representado a la víctima desde hace doce años, y que "no cuenta con los recibos y el soporte documental de los gastos en que incurrió tanto en el trámite del caso a nivel interno, como en el sistema interamericano" por lo que solicitan a la "[…] Corte que fije en equidad como pago para este profesional por concepto de gastos y costas" el monto de USD 15.000. Por último, los representantes se refirieron a los gastos futuros, indicando que los gastos señalados anteriormente "no incluyen aquellos en que incurran la [presunta] víctima y sus representantes en lo que resta del trámite del caso

---

174 *Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, párr. 84, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 320.

175 *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 244 y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 412.

ante la […] Corte[176]. Por tanto, solicitan a la "[…] Corte que, en la etapa procesal correspondiente, [les] otorgue la oportunidad de presentar cifras y comprobantes actualizados sobre los gastos en los que se incurrirá durante el desarrollo del proceso contencioso internacional". La *Comisión* no se refirió a las costas y gastos.

223. El *Estado* alegó que "la acreditación de las erogaciones realizada por la representación de la víctima constituye un requisito indispensable para que la […] Corte pueda proceder al reconocimiento de los montos solicitados a título de gastos y costas". El Estado señaló que dicho presupuesto no se verifica en relación con la suma solicitada por el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti, y por tanto solicita que la misma sea desestimada.

224. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia[177], las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable[178].

225. Este Tribunal ha señalado que "las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte"[179]. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos[180].

226. En el presente caso, la Corte constata que la prueba aportada por los representantes se refiere únicamente a gastos de viaje y tiquetes aéreos a Washington D.C. No obstante no se realizó ninguna audiencia ante la Comisión en relación con este caso, por lo cual dichos gastos no se encuentran debidamente justificados[181]. Adicionalmente, la Corte nota que los

---

176 Indicaron que estos gastos futuros comprenden, entre otros, los desplazamientos y gastos adicionales de testigos y peritos a la eventual audiencia ante la Corte; el traslado de los representantes a la misma; los gastos que demande la obtención de prueba futura; y los demás en que se pueda incurrir para la adecuada representación de las víctimas ante la Honorable Corte".

177 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 42, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 301.

178 *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 301.

179 *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 275 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 302.

180 *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,* párr. 277, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras,* párr. 302.

181 *Cfr.* Comisión Colombiana de Juristas, Carpeta de gastos de la Comisión Colombiana de Juristas, Anexo a la demanda de reparación Caso Angel Alberto Duque, (Expediente de prueba, folios 1795 a 1846).

representantes no aportaron prueba de gastos relacionados con el procedimiento del caso ante la Corte y la audiencia celebrada el 25 de agosto de 2015 en Tegucigalpa, Honduras durante el 53° Período Extraordinario de Sesiones. Asimismo, los representantes no aportaron prueba sobre los gastos incurridos por parte del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti durante el litigio a nivel nacional. Por tanto, la Corte no cuenta con respaldo probatorio para determinar los gastos realizados.

227. En consecuencia, la Corte decide fijar un total de USD$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional, lo cual el Estado debe pagar a los representantes dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia. La Corte considera que, en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

H. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

228. Los representantes de la víctima solicitaron el apoyo del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte para cubrir gastos del litigio ante la Corte. Mediante la Resolución de 5 de mayo de 2015, se declaró procedente la solicitud interpuesta por los representantes y se autorizó otorgar la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones, ya sea en audiencia o por *affidavit*.

229. En el presente caso, el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas se utilizó para cubrir los gastos correspondientes a los boletos aéreos para la víctima Ángel Alberto Duque y para el perito Rodrigo Uprimny Yepes desde la ciudad de Bogotá, Colombia, hacia la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, donde se realizó la audiencia pública del presente caso, el día 25 de agosto de 2015. Asimismo, se realizaron las erogaciones correspondientes para cubrir los gastos de hospedaje y alimentación tanto de la víctima como del perito, en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, durante los días 24 y 25 de agosto de 2015. Adicionalmente, se entregó a ambos el monto correspondiente por concepto de gastos terminales[182].

230. El 26 de octubre de 2015 le fue remitido al Estado un informe de erogaciones según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo. El Estado no presentó observaciones al informe de erogaciones las cuales ascendieron a la suma de US$ 2.509,34 (dos mil quinientos nueve dólares y treinta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos. Este monto deberá ser reintegrado por el Estado a la Corte Interamericana en el plazo de noventa días, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

231. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a la persona indicada en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos.

232. En caso de que el beneficiario fallezca antes de que le sean entregada la indemnización respectiva esta se efectuará directamente a sus derecho habientes, conforme al derecho interno aplicable.

---

[182] Expediente de fondo, folios 4124 a 4141.

233. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

234. Si por causas atribuibles al beneficiario de la indemnización o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera colombiana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria del Estado. Si no se reclama la indemnización correspondiente, una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

235. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño inmaterial, y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a las personas indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

236. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en la República de Colombia.

X
PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra,

1. Desestimar las dos excepciones preliminares relativas a la alegada falta de agotamiento de los recursos, en los términos de los párrafos 23 a 43 y 49 a 55 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra

2. Desestimar la excepción preliminar relativa a los hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 44 y 45 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

DECLARA,

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

3. El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 138 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

4. El Estado no es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, en los términos del párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro jueces a favor y dos en contra, que

5. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 145 a 166 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

6. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 171 a 192 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Y DISPONE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra que:

7. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

8. El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 203 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma. Esta publicación debe mantenerse en una página *web* oficial al menos por un año.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

9. El Estado debe garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia, en los términos de los párrafos 199 y 200 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

10. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, las cantidades fijadas en los párrafos 221 y 227 de esta Sentencia por concepto de indemnización por daño inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por unanimidad, que:

11. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 230 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que:

12. El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

Por unanimidad, que:

13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 26 de febrero de 2016.

Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi hicieron conocer a la Corte sus votos disidentes, los cuales acompañan esta Sentencia.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Duque vs Colombia.

Roberto F. Caldas
Presidente

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Roberto F. Caldas
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ MANUEL E. VENTURA ROBLES,

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016

(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

Lo que el suscrito Juez pretende al emitir un voto disidente en el presente Caso DUQUE vs. COLOMBIA, al acoger la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, es dejar muy en claro que en futuros casos similares, la posición de la Comisión debe ser de no someterlo a consideración de la Corte, o sometido, la Corte debe acoger la excepción preliminar y el caso debe terminar en su tramitación.

Si se estudia la jurisprudencia de la Corte desde sus inicios, los Estados demandados siempre, con muy contadas excepciones, han interpuesto la excepción de no agotamiento de los recursos internos, la cual el Tribunal generalmente rechaza con fundamento en la casuística o hechos de la tramitación del caso, casuística que con el paso del tiempo ha permitido generalizar la doctrina de la Corte al respecto, la cual casi siempre se aplica. Pero como tal, la casuística varía de un caso a otro.

Y esta es la circunstancia actual en el presente caso, en que los hechos del mismo llevaron al suscrito Juez al convencimiento de que la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos debía ser acogida y terminar con la tramitación del caso. Es, pues, una posición en un caso concreto, que debería convertirse en norma para la Corte al aplicar el principio de la complementariedad de la jurisdicción internacional de los derechos Humanos.

Para asumir esta posición no es necesario entrar en los detalles de la tramitación del caso, lo cual ya hace la sentencia prolijamente y el Juez Vío Grossi en su voto parcialmente disidente. Basta con aplicar el Principio de Complementariedad que es transversal a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su Preámbulo denomina coadyuvante o complementaria.

¿Y cómo no se iba aplicar este principio y acoger la excepción preliminar si el Estado, a través de sentencia del Tribunal Constitucional modificó la jurisprudencia interna y abrió las puertas a la reparación por los hechos acontecidos, reclamación que desde entonces pudo hacer efectiva la víctima?

¿Qué más podía haber hecho el Estado para subsanar la violación y abrir la puerta a la indemnización compensatoria y a otros aspectos de la reparación integral, especialmente la continuidad de la atención médica?

Si la víctima no quiso establecer el reclamo pero si continuar con el juicio, fue responsabilidad de ella, pero la de la Corte y la Comisión era no acoger el caso, ya que la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos tiene límites establecidos por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer lugar la complementariedad de la misma. O sea, dicha jurisdicción no fue establecida para que todos los casos fueran sometidos a ella, ni para que las supuestas víctimas ganaran todos los casos en cualquier circunstancia. La casuística del caso es fundamental para que se acoja o se rechace el caso por la Corte.

Estas breves reflexiones, por lo demás fundamentales, me parecen de suma importancia al redactar mi último voto disidente después de doce años de ejercer como Juez y sobre un punto medular reiteradamente alegado por los Estados: el no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Manuel E. Ventura Robles.
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO DUQUE VS. COLOMBIA
SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2015
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

INTRODUCCIÓN.

Se emite el presente voto parcialmente disidente[1] a la Sentencia del epígrafe (en adelante "la Sentencia"), en atención a que, por las razones netamente jurídicas internacionales que se expondrán más adelante, no se comparte el Resolutivo Nº 3 de la misma, en el que se señala que "*(e)l Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 137 de esta Sentencia*".

Se expresa tal disentimiento teniendo siempre en cuenta de que la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") es impartir Justicia en materia de Derechos Humanos a través de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención")[2] y, en general, del Derecho Internacional y no al margen de aquella ni de éste. Por otra parte, atendido el carácter autónomo de la Corte el ejercicio de su misión conlleva el especial imperativo de resguardar, con particular esmero y celo, los límites de su actuar determinados por la Convención y, en general, por el Derecho Internacional. En tal perspectiva, dicha función implica no solo el respeto, entre otros, de los principios de

---

[1] Art. 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "*Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual*";

Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: "*Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente*", y

Art. 65.2 del Reglamento de la Corte: "*Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias*."

Cada vez que se haga referencia a "art." se entenderá que es un artículo de la Convención.

[2] Art.62.3: "*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*"

imparcialidad y de seguridad jurídica que deben inspirar a todo sistema jurisdiccional, sino que, fundamentalmente, constituye la más completa garantía de efectiva vigencia de los derechos humanos y, en el evento de que hayan sido vulnerados, de su pronto restablecimiento.

En atención a lo anterior, se emite el presente voto haciendo abstracción de las opciones personales y consideraciones extrajurídicas acerca de lo que la Convención y, en general, el Derecho Internacional deberían ordenar respecto de la materia en cuestión y con el propósito, además, de contribuir a una mejor comprensión del alcance de lo indicado en la Sentencia y al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

Es procedente dejar constancia de que, aunque se discrepa también de algunos de los fundamentos, más no de la decisión, por los que se han desestimado las excepciones preliminares relativas al previo agotamiento de los recursos internos interpuestas por Colombia (en adelante "el Estado"), se ha optado por no hacer referencia a ello en este voto[3], atendida la relevancia de lo decidido, en lo esencial, en la Sentencia.

Ahora bien, se disiente de lo resuelto en el presente caso dado que, en primer término, las pretensiones formuladas en la causa fueron plenamente satisfechas en forma previa a la Sentencia (*objeto litigioso),* en atención, en segundo término, de que no existía la obligación jurídica internacional invocada para fallar como se ha hecho *(causa petendi)* y, en razón de que, final y consecuentemente, no podría haber habido discriminación.

I. Las pretensiones han sido satisfechas (Carencia de *objeto litigioso).*

En el presente caso se formularon, en lo que atañe a la materia a que se refiere el Resolutivo Nº 3 de la Sentencia, dos pretensiones por parte de la víctima: i) que se le permitiera solicitar y acceder a la pensión de sobrevivencia de su pareja del mismo sexo, y ii) que la normativa colombiana reconociera el derecho de las parejas compuestas por personas del mismo sexo para acceder a pensiones de sobrevivencia.

En cuanto a la primera pretensión, procede hacer presente que fue por ello que la víctima alegó en autos que había agotado los recursos internos en lo que

[3] La posición al respecto ha sido manifestada en *Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Velásquez Paiz y Otros Vs Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Comunidad Campesina Santa Bárbara Vs. Perú, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual* Disidente del *Juez Eduardo Vio Grossi,* Caso *Wong Ho Wing Vs. Perú***,** Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), y Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Díaz Peña Vs. Venezuela, Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).*

dice relación con la negativa a que se concediera dicha pensión, pero no que lo había hecho respecto de las leyes que, por disponer que el citado beneficio lo era solo para las parejas de distinto sexo, estimaba como discriminatorias. En otras palabras, no agotó los recursos internos en contra de dichos cuerpos normativos, puesto que lo que se pretendía y alegaba en el sede interna o nacional era únicamente el acceso al referido beneficio y no que se declararan las leyes que lo impedían como contrarias a la Convención.[4]

Pues bien, es menester tener presente sobre este particular que, como lo consigna la Sentencia, la Corte Constitucional del Estado, por resoluciones de 2007, de 2008 y de 2010, reconoció el derecho a solicitar la indicada pensión.[5] Es importante reiterar que, derivado de esa jurisprudencia, desde el año 2007 es posible solicitar en el Estado la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo. No obstante, en el presente caso, ella no ha sido solicitada mediante medio alguno, sin que se haya hecho valer alguna razón para no formularse.

De manera, entonces, que la obligación de naturaleza nacional de otorgar la aludida pensión, ha sido reconocida por actos jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Estado.

Al respecto, conviene llamar la atención acerca de lo establecido por la jurisprudencia constante de la Corte en el sentido de que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.[6] Esto se asienta en el principio de la coadyuvancia y de la complementariedad que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "*coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*".

Consecuentemente, es por tal motivo que la Sentencia no pudo disponer, como lo mandata el artículo 63.1 de la Convención, "*que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*", dado que ello ya había acontecido. En tal sentido, no lo pudo hacer puesto que ya se había logrado el objeto y fin perseguidos con la intervención de la jurisdicción interamericana, a saber, el más pronto y efectivo restablecimiento del derecho humano conculcado.

---

[4] Párrs. 27 a 31. Cada vez que se haga referencia a "párr." se entenderá que a párrafo de la Sentencia.

[5] Párrs. 81 y 82.

[6] *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 137.

En lo concerniente a la segunda pretensión, es pertinente recordar que fue solo en el petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") y que dio origen al presente caso, que, por primera vez, se invocaron las normas de derecho interno del Estado que, a ese entonces, se estimaban contrarias a la Convención.[7] Por eso, los representantes de la víctima solicitaron en la presente causa, como medida de reparación, "*la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia a las que son acreedoras las parejas heterosexuales.*"[8]

Empero, sobre este particular es indispensable tener en consideración que, ya en el 2010, esto es, antes de que la Comisión emitiera su informe de admisibilidad, lo que ocurrió el 2 de noviembre de 2011, y con mucha mayor antelación a que ella sometiera el caso ante la Corte, lo que aconteció el 21 de octubre de 2014, el *efecto útil* perseguido con la intervención de la jurisdicción interamericana ya se había alcanzado plenamente, por lo que era innecesaria que ella continuara

Es tal vez por ello que, ante la recién aludida petición de los representantes de la víctima, la Sentencia, luego de considerar lo resuelto por la Corte Constitucional del Estado a que se ha hecho mención precedentemente, concluye que éste "*no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana en relación con 24 y 1.1 del mismo instrumento*"[9], por lo que no accede a lo requerido.[10]

Entonces, teniendo en cuenta el principio de la coadyuvancia y el de la complementariedad del Sistema Interamericano y habida cuenta que las pretensiones planteadas en la petición, a saber, la de que se reconociera el derecho de la víctima de solicitar el otorgamiento de la mencionada pensión de sobrevivencia y la de cambiar la legislación relativa a la materia considerada contraria a la Convención, han sido plenamente satisfechas por el Estado con anterioridad a la presente causa, se puede concluir en que lo que correspondía en ésta era que la Sentencia reconociera que no persistía *objeto litigioso*" sobre el que se debía decidir.

II. Inexistencia de obligación jurídica internacional invocada (Ausencia de *causa petendi).*

Es quizás por lo indicado que la Sentencia reduce lo que estima ilícito internacional a lo estipulado en la legislación interna del Estado y aplicable al caso, vigente al 2002[11] y, lo que resulta más inexplicable aún, a una mera

---

[7] Párrs. 2. a) y 95.

[8] Párr. 204.

[9] Párr. 139..

[10] Párr.139 y Resolutivo 4.

[11] "*la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las*

eventualidad, a saber, que la referida pensión, si se le pagare a la víctima, no sería retroactiva.[12]

En base a lo expuesto, la Sentencia finaliza declarando, en su Resolutivo Nª 3, la violación del artículo 24 en relación al artículo 1.1, ambos de la Convención[13] y disponiendo que se le garantice a la víctima un recurso efectivo para solicitar las tantas veces citada pensión.[14]

Calificando, en consecuencia, como hecho ilícito internacional la negativa dada en el año 2002 a la tantas veces mencionada solicitud de información acerca del otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, la Sentencia reduce temporalmente el objeto litigioso al período que va desde el año 2002, que es el de la citada solicitud, al año 2007 y/o el año 2009, incluyendo asimismo, por ende, el año 2005, en el que se hizo la petición que dio origen a esta causa ante la Comisión y, además, se reitera, lo sustenta en una mera eventualidad o hecho futuro e incierto.

Ahora bien, contrariamente a lo que se establece en la Sentencia, tal legislación no era el *objeto litigioso* del caso, sino más bien la *causa petendi* del mismo. Tal conclusión se deriva de la circunstancia de que, si bien lo que se reclama ante la Corte es el derecho a solicitar tal pensión, tal requerimiento se plantea sobre la base de que la legislación nacional que impide su otorgamiento, es contraria al Derecho Internacional y, en particular, a la Convención.

Pues bien, al respecto cabe indicar que, a la época en cuestión, no existía la obligación jurídica internacional de otorgar una pensión de supervivencia a la persona que tenía una unión de hecho con la fallecida del mismo sexo, puesto que no se reconocía, en el ámbito internacional, tales uniones, por lo que no era procedente invocarlas como sustento del *objeto litigioso* o de la pretensión del derecho de solicitar la pensión en comento. Efectivamente, no se encuentra una sola fuente de Derecho Internacional que le impusiera al Estado, al momento de los hechos, la obligación de reconocerle el derecho de pensiones de sobrevivencia a parejas compuestas por personas del mismo sexo.

---

pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana" (Párr)124 y "*que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitían el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional.*" Párr. 125

[12] Párr. 137 Al respecto señala que "*aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002*", añadiendo que "*(e)n ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.*

[13] Resolutivo 3.

[14] Resolutivo 9.

Lo señalado se colige nítidamente de las reglas establecidas en los artículos 31[15] y 32[16] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[17], aplicables a la Convención en tanto tratado que es, lo que no se debe olvidar.

Efectivamente, no existe antecedente alguno que permita sostener que los Estados Partes de la Convención consintieron de" *buena fe*"[18] en 1969, fecha de la suscripción de esta última, que sus disposiciones se aplicarían a las citadas uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Por el contrario, se puede sostener que no tuvieron la intención alguna de regularlas internacionalmente.

Lo anterior, en virtud de que, en esos tiempos y como consta en la Sentencia, no solo no existía tratado o norma de derecho internacional alguna que aludiera a dichas uniones de hecho, sino que incluso éstas solo han sido reconocidas en solo cinco Estados Partes de la Convención con posterioridad al año 2002.[19] A tal dato habría que añadir que el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha permitido únicamente en cuatro Estados Partes de la

---

[15] *Regla general de interpretación.*

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

[16] "*Medios de interpretación complementarios.*

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

[17] En adelante, la Convención de Viena.

[18] Art.31.1 de la Convención de Viena.

[19] Párrs. 112 a 117.

Convención y en épocas muy recientes.[20] De modo, entonces, que, incluso en la actualidad, dieciséis Estados Partes de la Convención no contemplan en sus legislaciones uniones de hecho o civiles entre personas del mismo sexo.

Cabe añadir que tampoco la Sentencia hace alusión al "*contexto"* de los términos de la Convención[21] de los que podría desprenderse que sus Estados Partes entendieron que ella incluía a las mencionadas uniones. Y ello en mérito de que no hay en el texto de la Convención ni en su preámbulo y anexos, así como tampoco en ningún "*acuerdo*" o "*instrumento*" o "*práctica*"[22] posterior concerniente a la celebración de la Convención o a la interpretación de ésta, que exprese la interpretación evolutiva de la misma, en orden a que sus Estados Partes hayan entendido que la Convención las regula o contempla.

En ese orden de ideas, la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ellas prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas.

Por otra parte, no se invoca en la Sentencia ninguna *"norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"*[23] que permita sustentar que las citadas uniones se encuentran contempladas o reguladas por el Derecho Internacional.

Por tales razones, no parece aceptable que la Sentencia recurra a algunas legislaciones internas de los Estados Partes de la Convención, como lo ha hecho, para sostener que *"algunos de los países de la región […] han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo […]"*[24]. Más exacto hubiese sido que señalara que, conforme a la información aludida precedentemente, la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención no contemplan, en sus respectivas legislaciones, a las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo.

Lo que, en cambio, la Sentencia hace es invocar actos de entidades estaduales y no de Estados, como son Ciudad de México[25] y Ciudad de Buenos Aires[26], por lo tanto, no sujetos del Derecho Internacional.

---

[20] *Idem.*

[21] Art.31, 1 y 2 de la Convención de Viena.

[22] Art.31.2 y 3 de la Convención de Viena.

[23] Art.31.3, c) de la Convención de Viena.

[24] Párr. 112

[25] Párr. 113

También hace mención a resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas también posteriores a la referida petición, y que, más que interpretar una norma de la Convención, formulan aspiraciones y lo hacen respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[27], derechos éstos que, de acuerdo al artículo 26 de la Convención[28], no se encuentran entre los consagrados por ella[29].

Asimismo, la Sentencia hace referencia, para sustentar su decisión, la legislación de los Estados Unidos de América, en circunstancia que dicho Estado no es parte de Convención.[30]

Incluso la Sentencia llega a evocar los Principios de Yogyakarta, que no solo fueron adoptados con posterioridad a la presentación de la petición de autos, sino que lo fueron por un grupo conformado por 29 personas naturales. De modo que a lo más, tal documento podría ser considerado bien como una, no la única ni la más relevante, de las expresiones de la doctrina bien como una pretensión, proposición o sugerencia y, por tanto, no como norma de Derecho Internacional y ni siquiera como interpretativa de la Convención.[31]

Y, por otra parte, cuando alude a la situación de Estados Partes de la Convención, como son los casos de Uruguay[32], Argentina[33] y Brasil[34], parece asimilar las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo con el matrimonio entre las mismas, en circunstancias que son dos instituciones distintas y consideradas por las legislaciones de los Estados Partes de la Convención de manera diferente.

Lo expuesto precedente tiene en cuenta, asimismo, que el reconocimiento hecho por el Estado en orden a la existencia del hecho ilícito consistente en la legislación vigente en el 2002, por una parte, no es vinculante para la Corte[35] y

---

[26] Párr. 115

[27] Párr. 108.

[28] Art. 26: "*Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*."

[29] Arts. 31, 76 y 77, ya cit.

[30] Párr.118.

[31] Párr.110.

[32] Párr. 114

[33] Párr. 115

[34] Párr. 116

[35] Art. 62 del Reglamento de la Corte: "*Reconocimiento. Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte,*

por la otra, que fue planteado en vista de argumentar que ya había cesado el hecho ilícito internacional.[36]

Lo que es de toda evidencia, entonces, es que, al menos a la época del hecho que habría generado responsabilidad internacional del Estado, el concepto de unión de hecho o civil y sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de sobrevivencia, no era asunto regulado por el Derecho Internacional aplicable al caso de autos, en particular por la Convención, y, que más bien era, consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación de que gozan los Estados para aplicar normas convencionales internacionales.[37] Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquél. De allí se desprende, entonces, que el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno.

Con lo expuesto, por ende, no se está afirmando que las citadas uniones no puedan o no deban ser abordadas en el futuro por el Derecho Internacional. Lo que se sostiene es que, para que sean materia de Derecho Internacional, deben ser contemplados por alguna fuente de Derecho Internacional, esto es, un tratado, la costumbre o los principios generales de derecho aplicables a los Estados Partes de la Convención y, eventualmente, respecto del Estado de que se trate, por un acto jurídico unilateral del mismo, todo lo cual no acontece en el caso de autos en lo referente al período 2002 a 2007 y/o 2009.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Convención solo contempló algunos derechos humanos, disponiendo en su artículo 31, denominado "*Reconocimiento de Otros Derechos",* que "*(p)odrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76*[38] *y 77"*[39]. Y es evidente que el derecho a contraer o convenir unión

---

oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos."

[36] Párrs.59 y 61.

[37] Párrs.58 y 62, *OC-4/84, 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.*

[38] **"***1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."*

de hecho o civil entre personas del mismo sexo, no estaba previsto en la Convención ni en ninguna norma de Derecho Internacional vigente para el Estado a la época del hecho que habría dado origen a la alegada en responsabilidad internacional

Sobre este particular, procede afirmar que evidentemente la Convención y su evolución recoge el consenso cultural existente en esa época entre sus Estados Partes, no incluyendo, por ende, en sus disposiciones instituciones que, si bien podrían ser consideradas como legítimas en otras culturas, no resultaban aceptables en la sociedad interamericana. Es lo que ocurre con las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo. En 1969 no existía consenso sobre la aceptación de esa institución y tampoco lo existía al momento en que ocurrieron los hechos del presente caso. A lo más, dicha aceptación no era más que una aspiración.

Por lo tanto, el eventual control de convencionalidad que, en el presente caso, podrían haber hecho o que hicieron los órganos internos del Estado al aplicar las leyes que no permitía otorgar una pensión a la pareja sobreviviente del fallecido de su mismo sexo, no podría haber arrojado sino que lo dispuesto en ellas no comprometía la responsabilidad internacional del Estado.

En otras palabras, lo que se sustenta en este voto se hace sobre el supuesto de que a quién le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación a asuntos de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados Partes[40] y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano, de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte.

De todo lo indicado se concluye, por tanto, que, al momento de la presentación de la petición inicial de autos, no existía la obligación internacional de reconocer la unión civil o de hecho entre personas del mismo sexo, por lo que el acto del Estado por el que desestimó la pretensión de la presunta víctima de obtener la pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo, no constituyó un hecho ilícito internacional.

En suma, tampoco existió en autos *causa petendi*.

---

[39] "*1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo*."

[40] Arts.31, 76 y 77, ya citados.

III. Ausencia de Discriminación.

Como ya se indicó, la Sentencia señala que lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 y del Decreto 1889, de 1994, que solo reconocían las parejas de hecho entre personas de distinto sexo y que, por ende, "*no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación"*.[41]

Más, no existiendo hecho ilícito internacional al momento en que se le negó a la víctima la posibilidad de solicitar la aludida pensión de sobrevivencia, obviamente no podría haber tenido lugar tampoco una discriminación.

Pero, además y a mayor abundamiento, cabe tener presente que no toda distinción es discriminación.

Efectivamente, incluso el concepto que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado sobre la discriminación y que la Corte hace suya, [42] conduce a esa conclusión. Según tal concepto, una distinción, exclusión, restricción, preferencia o diferencia de trato que se establezca será discriminación siempre y cuando ello tenga "*por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*". *Ergo*, si no tiene dicho objeto o resultado, no constituirá discriminación y será, por ende, permitida. De esa forma, pues, admite que hay una diferencia entre discriminación y distinción.

Al respecto, es de subrayar que el citado concepto de discriminación corresponde a lo que en el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por él, vale decir, "*seleccionar excluyendo*" y "*dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc*." Es en definitiva, por ende, la desigualdad en el trato por los motivos indicados lo que caracteriza a la discriminación.

Ahora bien, siendo ello así, resulta que la discriminación tiene lugar en los casos, como el que nos ocupa, en que, a iguales, se les considera de manera diferente.

De allí, por lo tanto, que la discriminación solo se concibe si, a personas que se encuentran en una misma o igual condición o situación jurídica, se les trata de manera distinta, afectando, así, el ejercicio o goce de sus derechos humanos. En tal orden de ideas se podría decir, por ejemplo, que si a niños o mujeres se les concediera un trato diferente de los que se le dan, respectivamente, a otros

[41] Párr. 125

[42] "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*". Párr.90.

niños[43] u otras mujeres[44], afectando el reconocimiento o goce de sus derechos humanos, habría discriminación.

Lo anterior implica, entonces, que puede haber diferencias en la situación de las personas en relación a sus derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por la misma perspectiva. Así, ha *afirmado "que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"*[45]**,** *por lo que "no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana."*[46]

Ahora bien, la Sentencia, sobre la base de lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, afirma "que *es posible concluir que la finalidad social de la Ley 54 de 1990 era la protección de la mujer y de la familia"* y que si bien *"entiende que las finalidades de la ley podrían considerarse como legítimas"*[47], estima, no obstante, *"que no existe una justificación objetiva y razonable que permita colegir que la restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia a través de una diferenciación basada en la orientación sexual pueda ser necesaria para la protección de la familia"*[48].

Pero, la Sentencia, parece no solo olvidar su recién citada jurisprudencia y no considerar lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Convención, en cuanto a que "(*l)a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*", sino que lo que en realidad parece hacer es jurídicamente igualar o asimilar la situación de la unión de hecho o civil entre personas del mismo sexo con la del matrimonio, lo que, ciertamente, no corresponde conforme al estado actual del ordenamiento jurídico interamericano y a una correcta interpretación de la Convención.

---

[43] Art. 19 de la Convención: "*Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."*

[44] Art. 4.5 de la Convención: "*No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez*."

[45] OC-4/84 *cit*. párr. 56.

[46] *Idem*, párr. 57.

[47] Párr. 108.

[48] Párr.128.

En efecto, es indiscutible, es de toda evidencia que el matrimonio y la unión civil o de hecho son dos realidades distintas, con características diferenciadas y regulaciones nacionales diferentes en los Estados en contemplan a estas últimas. Tanto es así que, como ya se indicó, en algunos Estados Partes de la Convención se ha consagrado la institución de la unión civil o de hecho coexistiendo con el matrimonio e incluso, en alguno de esos Estados, mientras el matrimonio es previsto únicamente entre personas del mismo sexo, la unión civil o de hecho lo es también entre personas de distinto sexo.

En síntesis, tratándose de dos instituciones distintas, matrimonio y unión civil y, además, siendo solo la primera contemplada en la Convención, no resulta procedente invocar, en el caso de autos, la discriminación, dado que la situación jurídica en que se encontraba la presunta víctima no era igual a la de uno de los contrayentes del matrimonio.

Es por lo señalado, que se podría afirmar que lo resuelto en la Sentencia podría conducir a la conclusión, entre otras, de que todos los Estados Partes de la Convención que no hayan reconocido en sus legislaciones internas o nacionales la unión de hecho o civiles entre personas del mismo sexo, que son, como se señaló precedentemente, la gran mayoría, estarían incurriendo en un hecho ilícito internacional, lo que no parecería ser procedente.

Finalmente, una acotación adicional al efecto. Lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención[49] y, por ende, lo pertinente a la mencionada obligación de no discriminar, impregna a todos los derechos humanos consagrados en ella, de modo que tal disposición no debería ser interpretada y aplicada aisladamente, sino que en íntima vinculación con tales derechos.[50] La obligación de no discriminar no tiene, entonces, existencia autónoma o independiente de dichos derechos. De modo que lo que procede, cuando se interpreta, es determinar el sentido y alcance de la norma correspondiente, entendiendo que ella refleja a lo que los Estados Partes de buena fe convinieron al respecto y que, en ese marco, procuraron establecer una distinción más no una discriminación.

CONCLUSIÓN.

Del mérito de autos consta que las pretensiones de los solicitantes se satisficieron plenamente por parte del Estado con bastante antelación al sometimiento del caso ante la Corte. Igualmente, es evidente que, al momento en que, en el ámbito nacional, se le negó a la presunta víctima la posibilidad de solicitar la pensión de sobrevivencia, no existía obligación jurídica internacional de reconocer las uniones de hecho entre personas de distinto sexo y, consecuentemente, de obtener tal pensión en base a dicha unión.

---

[49] "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*."

[50] Párr. 93 y Opinión Consultiva OC-4/84, cit. párr. 53.

Finalmente, también es indiscutible que, por lo tanto, no pudo haber discriminación, menos aún con relación a una institución diferente, cual es el matrimonio.

Visto lo anterior, no se comprende, en consecuencia, la razón por la que este caso fue sometido por la Comisión a la decisión de la Corte, ni menos aún los motivos por los que ésta resolvió como lo hizo.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comisión Colombiana de Juristas

De acuerdo con su mandato, la Comisión Colombiana de Juristas busca por medios jurídicos el pleno respeto en Colombia de los derechos humanos (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), así como del derecho humanitario, y reconoce el carácter universal, indivisible e interdependiente de estos derechos. La Comisión Colombiana de Juristas concibe los derechos humanos como un valor en sí, que no puede estar supeditado a otros propósitos.

Sus estatutos definen la orientación del trabajo que se realiza: contribuir al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y a la plena vigencia del Estado social y democrático de derecho en Colombia.

La Comisión Colombiana de Juristas es una organización no gubernamental pluralista, aconfesional y no vinculada a partidos políticos. Tiene estatus consultivo ante Naciones Unidas y calidad de organización de la sociedad civil reconocida por la OEA e inscrita ante su Consejo Permanente. Está afiliada a la Comisión Internacional de Juristas, de Ginebra y a la Comisión Andina de Juristas, de Lima. Inició sus actividades el 2 de mayo de 1988 y obtuvo personería jurídica por resolución 1060 del 18 de agosto de 1988 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Miembros de la Asamblea General:

Ángela María Buitrago

Antonio Madariaga Reales

Camila de Gamboa

Enrique Ordóñez Noriega

Federico Andreu Guzmán

Gustavo Gallón Giraldo
Director

Hernando Valencia Villa

Humberto Sánchez Verano
Fiscal

María José Pizarro

María Teresa Garcés Lloreda

Miembros del Consejo Directivo:

Antonio Madariaga Reales

Enrique Ordóñez Noriega

María Eugenia Sánchez Gómez

Criterios de acción de la Comisión Colombiana de Juristas

Trabajamos, ante todo, por el respeto que se debe dar a todas las personas y a sus derechos, por parte de todo el mundo, es decir, por parte del Estado colombiano, de agentes paraestatales y de agentes contraestatales, así como de la gente común, además de los otros Estados.

Repudiamos y enfrentamos la grave responsabilidad que tienen los grupos guerrilleros en la realización de actos de violencia, tanto contra la población civil, como contra militares, policías y otros agentes estatales, actos que causan daño u dolor, dificultan la definición democrática de las diferencias sociales y estimulan respuestas abusivas y violentas por parte del Estado y de algunos sectores de la sociedad.

Repudiamos y enfrentamos la grave responsabilidad que tienen los grupos paramilitares en la realización de actos contra la población civil, actos que son la razón de ser de su existencia y que constituyen la mayoría de hechos causantes de muertes por razones sociopolíticas y de desplazamiento forzado en el país, y que dificultan la definición democrática de las diferencias sociales y estimulan respuestas abusivas y violentas de parte de algunas personas.

Repudiamos y enfrentamos la grave responsabilidad que tienen los agentes del Estado que incurren de manera masiva y sistemática en violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario, bien sea por acción directa o por connivencia con grupos paramilitares, acciones que también causan daño y dolor de inmensas magnitudes, dificultan la definición democrática de las diferencias sociales y estimulan respuestas abusivas de parte de algunas personas.

Repudiamos y enfrentamos la grave responsabilidad que tiene el Estado colombiano, que de una manera u otra ha sido incapaz de proteger a la población colombiana frente a las guerrillas, a los grupos paramilitares y a agentes estatales violadores de derechos

humanos, a lo largo de la historia del país y especialmente desde mediados del siglo XX. El Estado ha estimulado y ha sido cómplice del desarrollo de las acciones de los grupos paramilitares, y además ha sido incapaz de enfrentar y neutralizar las violaciones de derechos humanos por parte de agentes estatales. Más grave aún, actualmente, a comienzos del siglo XXI, hay preocupantes propuestas de debilitamiento del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución de 1991. Todo lo anterior causa grave daño, agudiza la dificultad para definir democráticamente las diferencias sociales y estimula respuestas abusivas de algunas personas, al tiempo que alimenta el desarrollo del conflicto armado en Colombia.

En consecuencia, estamos en contra de la violencia, venga de donde venga, y propendemos por el fortalecimiento de las instituciones democráticas y de la cultura democrática en Colombia, de tal forma que se dé lugar a una solución negociada de los conflictos, cuando sea posible, y siempre con garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

En síntesis, actuamos a favor de una actitud respetuosa de las garantías de los derechos de las personas en todo tiempo, en todo lugar, y por parte de toda persona que detente, de hecho o de derecho, cualquier atributo de poder en nuestro país: un país que queremos que se desarrolle a plenitud, con base en el respeto, la promoción y la garantía integral de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, que permitan y contribuyan asimismo a la realización de los derechos a la paz, a la autonomía y al desarrollo.

Impreso en el mes de diciembre de 2016
Altavoz Editores • Bogotá - Colombia

ISBN: 978-958-9348-69-7