

INFORME No. 5/14
CASO 12.841
FONDO
ÁNGEL ALBERTO DUQUE
COLOMBIA

I. RESUMEN	1
II. TRÁMITE ANTE LA CIDH	2
III. POSICIÓN DE LAS PARTES	2
A. Los peticionarios	2
B. El Estado.....	6
IV. HECHOS PROBADOS	8
A. Situación de Ángel Alberto Duque y solicitud de pensión de sobrevivencia.....	8
B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia	9
C. Acciones de tutela incoadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia	11
D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional	13
V. ANÁLISIS DE DERECHO	14
A. Cuestiones previas	14
B. Principio de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 24 de la Convención Americana), en relación con las obligaciones de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana)	15
C. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana), en relación con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana).....	23
D. Derecho a la integridad personal (artículo 5.1 de la Convención Americana), en relación con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana) ..	28
VI. CONCLUSIONES	29
VII. RECOMENDACIONES	29

INFORME No. 5/14
CASO 12.841
FONDO
ÁNGEL ALBERTO DUQUE
COLOMBIA
2 de abril de 2014

I. RESUMEN

1. El 8 de febrero de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la CIDH”) recibió una petición presentada por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti (en adelante “los peticionarios”) en la cual se alega la responsabilidad de la República de Colombia (en adelante “el Estado”, “el Estado colombiano” o “Colombia”) por la violación de varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la Convención” o “la CADH”). Los peticionarios alegaron que el señor Duque fue objeto de una discriminación injustificada, al negársele la pensión de sobreviviente de su pareja en base a su orientación sexual. Asimismo, manifestaron que esa situación discriminatoria colocó en una situación de desprotección al señor Duque y afectó, entre otras cosas, sus posibilidades de acceder a los servicios de salud requeridos en virtud de ser una persona que vive con VIH. Adicionalmente, señalaron que las autoridades colombianas interpretaron y aplicaron de manera restringida las normas sobre seguridad social y sustitución pensional, como así también que las respuestas a las acciones de reclamación no garantizaron el acceso a un debido proceso con las debidas garantías.

2. Por su parte, el Estado no controvertió los hechos alegados por los peticionarios pero sostuvo que no ha incurrido en responsabilidad internacional en relación con las violaciones de derechos humanos señaladas. En particular, el Estado consideró que ha realizado avances importantes en materia pensional para parejas de personas del mismo sexo, y en el presente caso no debe centrarse en determinar si el señor Duque ha sido discriminado, ya que una eventual situación de esa naturaleza se habría dado como consecuencia del dispositivo de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”) y el margen de flexibilidad con que cuentan los Estados para garantizar este tipo de derechos a todos sus habitantes. Asimismo, consideró que este caso versa sobre perjuicios eventuales, dado que el señor Duque tuvo acceso a los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad. Finalmente, el Estado manifestó que no se restringió al señor Duque la posibilidad de acceder a la justicia; y que el hecho de que las decisiones tomadas en primera y segunda instancia no fueran favorables a sus intereses no implica la inexistencia de debido proceso legal.

3. El 2 de noviembre de 2011, la Comisión aprobó el Informe No. 150/11, mediante el cual se declaró competente para conocer la petición y declaró que la misma era admisible por la posible violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana en conexión con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, declaró inadmisibles la petición en relación con la violación del derecho establecido en el artículo 4 en conexión con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

4. Tras analizar la posición de las partes, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado de Colombia es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, las garantías judiciales, a la igualdad y no discriminación, y a la protección judicial consagrados en los

artículos 5.1, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

II. TRÁMITE ANTE LA CIDH

5. El 8 de febrero de 2005 se recibió la petición inicial. El trámite desde la presentación de la petición hasta la decisión sobre admisibilidad se encuentra explicado en detalle en el informe de admisibilidad¹, aprobado el 2 de noviembre de 2011.

6. El 8 de noviembre de 2011, la Comisión notificó a las partes el referido informe, les informó que la petición había sido registrada con el número de caso 12.841 y en virtud del artículo 38.1 del Reglamento entonces vigente, fijó un plazo de tres meses para que los peticionarios presentaran sus observaciones adicionales sobre el fondo. Asimismo, de conformidad con el artículo 48.1 f) de la Convención Americana, la Comisión se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa del asunto.

7. Los peticionarios presentaron escritos de observaciones sobre el fondo del caso el 12 de enero, 9 de febrero y 20 de noviembre de 2012. En particular, en su comunicación de 12 de enero de 2012, los peticionarios declinaron explorar el mecanismo de solución amistosa, “dada la trascendencia y particularidades del caso, los derechos humanos en juego y la postura estatal asumida en el trámite interamericano”. Por su parte, el Estado presentó sus escritos de observaciones sobre el fondo del caso el 12 de julio de 2012 y el 28 de febrero de 2013. El 22 de julio de 2013, la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas presentó un amicus curiae, que fue debidamente transmitido a las partes.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

A. Los peticionarios

8. Los peticionarios alegaron que Ángel Alberto Duque y JOJG convivieron de manera permanente, en unión libre, durante diez años y tres meses, hasta que JOJG falleció el 15 de septiembre de 2001, como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Asimismo, señalaron que el señor Duque recibía de su pareja apoyo económico para sus gastos personales y atención en salud. En particular, de acuerdo con los peticionarios, gracias a ese apoyo económico, el señor Duque pudo afiliarse a una Empresa Prestadora de Salud (EPS) para recibir los tratamientos médicos que requiere, tomando en cuenta que el 4 de agosto de 1997 ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA del Instituto del Seguro Social (ISS), con diagnóstico de Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

9. Los peticionarios indicaron que JOJG se encontraba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. (en adelante “COLFONDOS”), razón por la cual, tras su muerte, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque presentó una solicitud ante esa entidad, a fin de que le informaran sobre los requisitos que debía cumplir para acceder a la pensión de sobrevivencia, con fundamento en su calidad de compañero permanente de JOJG.

¹ CIDH, Informe No. 150/11 (Admisibilidad), Petición 123-05, Ángel Alberto Duque (Colombia), 2 de noviembre de 2011, párrs. 4-6.

10. Los peticionarios sostuvieron que el 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió a la solicitud de información y señaló que el solicitante “no acredita[ba] la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia y en consecuencia no se [podía] llevar a cabo el trámite solicitado”. Puntualmente, COLFONDOS fundamentó su respuesta en que la legislación colombiana en materia de seguridad social - Ley 100 de 1993-, contemplaba como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, supuesto que excluía la unión de dos personas del mismo sexo.

11. En particular, los peticionarios argumentaron que los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 disponen que “[e]n 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”. Sin embargo, de acuerdo con los peticionarios, la calidad de compañero permanente excluye a los miembros de parejas del mismo sexo, por cuanto el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 establece que “[a] partir de la vigencia de la presente ley y para 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”. Del mismo modo, los peticionarios indicaron que el Decreto 1889 de 1994 que reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993 prevé en su artículo 10 que “[p]ara 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 [...]”.

12. Los peticionarios alegaron que en vista de la negativa de COLFONDOS, el 26 de abril de 2002, el señor Duque interpuso una acción de tutela a fin de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivencia en su carácter de compañero permanente de JOJG, argumentando que en su caso, además, el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia implicaba la garantía de su acceso a la seguridad social en salud. Sin embargo, el 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil Municipal denegó la acción de tutela bajo los mismos argumentos de COLFONDOS e indicó que la acción era improcedente en vista de que el reclamo de la presunta víctima era de orden legal y no cabía recurrir a la acción de tutela para su resolución sino a las vías ordinarias (contencioso administrativa) o a los recursos de apelación o reposición, dentro de los términos legales, contra la resolución de COLFONDOS. Los peticionarios también señalaron que en la sentencia del Juzgado Décimo Civil Municipal se indicó que si la presunta víctima requería de algún tipo de seguridad social en salud podía acudir al programa ofrecido por el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) para personas sin recursos económicos y que de las afirmaciones de la presunta víctima se desprendía que gozaba del servicio de salud por parte del ISS.

13. Los peticionarios manifestaron que el señor Duque apeló la decisión del Juzgado Décimo Civil Municipal, pero que dicha decisión fue confirmada el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito, bajo los mismos argumentos. De acuerdo con los peticionarios, el Juzgado Doce Civil remitió la tutela a la Corte Constitucional para su estudio y revisión, pero no fue seleccionada. En consecuencia, los peticionarios alegaron que el señor Duque se ha visto en la necesidad de conseguir por su cuenta los recursos necesarios para poder permanecer afiliado a una EPS y mantener el tratamiento médico necesario.

14. Los peticionarios consideraron que estos hechos constituyeron violaciones de los derechos consagrados en los artículos 4, 5.1, 8.1, 24 y 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

15. Respecto a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, los peticionarios alegaron que el Estado debe organizar su aparato para garantizar y asegurar el goce de los derechos y libertades protegidas internacionalmente. En este sentido, de acuerdo con los peticionarios, las obligaciones del Estado no se limitan a la adopción simple y formal de medidas legislativas, administrativas o judiciales que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, sino que también incluye la puesta en práctica de dichas medidas.

16. En relación con el derecho a la vida, los peticionarios destacaron la estrecha relación entre este derecho, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, y el derecho a la preservación de la salud. Los peticionarios sostuvieron que la denegación del Estado conllevó a que, por algunos períodos de tiempo, el señor Duque no tuviera la protección necesaria para atender su salud física y emocional como persona que vive con VIH, socavando su derecho a la vida.

17. En cuanto al derecho a la integridad personal, los peticionarios alegaron que, al denegarle su legítimo derecho a la pensión de sobrevivencia y colocarlo en una situación de desprotección conforme a sus circunstancias de afectación al mínimo vital, ausencia de ingresos y desempleo, el Estado puso en grave riesgo la salud y la integridad física y psíquica del señor Duque. En particular, los peticionarios indicaron que el señor Duque tuvo que padecer días muy difíciles debido a la falta de acceso seguro al tratamiento médico y “duró una época en que estuvo sin tomar medicamentos”. Adicionalmente, de acuerdo con los peticionarios, la denegación de su legítimo derecho a la pensión de sobrevivencia en razón de su orientación sexual y la situación de desprotección en la que fue colocado, crearon en el señor Duque sentimientos de injusticia y de mayor estigmatización, así como sufrimientos psíquicos y ansiedad. En ese sentido, los peticionarios destacaron que la falta de acceso seguro a una asistencia médica oportuna y adecuada es solamente una de las numerosas consecuencias de la discriminación verificada en este caso, ya que perjudica de manera más amplia la calidad de vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida en condiciones dignas.

18. En particular, en cuanto al tratamiento recibido, los peticionarios señalaron que la denegatoria de la pensión de sobreviviente implicó que el señor Duque pasara de contar con las prestaciones derivadas del régimen contributivo de seguridad social en salud –al cual se encontraba afiliado mientras vivía con JOJG– al régimen subsidiado, cuyas prestaciones serían 50% inferiores. Al respecto, manifestaron que al quedar desprovisto de la cobertura en salud, en razón del fallecimiento de su compañero permanente; al serle denegada la pensión de sobrevivencia y demás prestaciones sociales; y dada la imperiosa y vital necesidad de mantener el tratamiento médico que demanda su condición de persona que vive con VIH, el señor Duque se vio en la necesidad de conseguir por su propia cuenta los recursos necesarios para poder permanecer afiliado a una EPS. Sin embargo, según los peticionarios, el hecho de que el señor Duque haya obtenido el acceso a una asistencia médica por sus propios medios, no significa que se encuentre garantizada de manera permanente y en las condiciones que se requieren dado el desarrollo del VIH. Por ello, los peticionarios consideraron que la sustitución pensional garantizaría las condiciones para asegurar al señor Duque un tratamiento médico adecuado.

19. Respecto al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, los peticionarios alegaron que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens* y que la “orientación sexual” es una categoría protegida por la Convención Americana y se encuentra entre las razones prohibidas de discriminación. Los peticionarios destacaron que la

prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual no está restringida a los derechos civiles y políticos sino que abarca igualmente los DESC.

20. Los peticionarios indicaron que, en este caso, el señor Duque cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivencia como compañero permanente de JOJG, ya que: (i) JOJG se encontraba afiliado a un sistema de pensiones; (ii) JOJG pagó las cuotas correspondientes durante más de diez años; (iii) la muerte de JOJG devino durante esa afiliación a causa de estar viviendo con SIDA; (iv) y su núcleo familiar lo constituía su compañero permanente, el señor Duque. Sin embargo, su petición fue rechazada porque en Colombia no existe legislación que permita acceder a la pensión como sobreviviente al integrante de una pareja del mismo sexo.

21. Al respecto, los peticionarios alegaron que aunque la seguridad social es un derecho reconocido en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador y las normas constitucionales colombianas; se encuentran vigentes normas de menor jerarquía que condicionan el acceso a la seguridad social por vía de la pensión de supervivencia a que se haya constituido una unidad de pareja heterosexual, excluyendo sin justificación a las parejas del mismo sexo. De esa manera, de acuerdo con los peticionarios, las disposiciones legales que definen la categoría de “compañero o compañera permanente” constituyen un supuesto de discriminación en base a la orientación sexual, al dejar desprotegida a la comunidad de pareja que se construye entre personas del mismo sexo, por lo que el Estado ha introducido en su legislación una causal de exclusión, basada en la opción sexual, que constituye una discriminación injustificada en la medida en que no atiende a criterios de razonabilidad y justicia.

22. Los peticionarios señalaron que, en este caso, la aplicación de esa disposición legal discriminatoria excluyó de manera injustificada al señor Duque de su derecho irrenunciable a la seguridad social, lo que resulta más grave en su situación de riesgo, derivada de su condición de persona que vive con VIH.

23. En relación con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana a partir del año 2007 sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, los peticionarios consideraron que si bien puede ser efectivo para prevenir situaciones de discriminación hacia el futuro en casos similares, esa jurisprudencia es posterior no sólo a los hechos del caso sino también a la presentación de la petición y para la fecha de los hechos, la legislación vigente excluía a las parejas homosexuales. Adicionalmente, señalaron que dicha jurisprudencia no tiene efectos retroactivos ni podría constituirse en un recurso efectivo, en virtud de: (i) los mecanismos probatorios establecidos; (ii) los efectos temporales de las sentencias; y (iii) que para la fecha de estos desarrollos, el señor JOJG ya había fallecido.

24. Por otra parte, en cuanto al argumento del desarrollo progresivo del derecho a la seguridad social en el marco de los DESC formulado por el Estado, los peticionarios señalaron que el artículo 26 de la CADH está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento y, que además, ese aspecto no fue parte del debate ante las autoridades que negaron al señor Duque su legítimo derecho a la pensión. Así, los peticionarios destacaron que la denegación del derecho a la pensión de sobrevivencia y demás prestaciones asociadas no se vinculó con una situación de insuficiencia de recursos sino a partir de la exclusión del señor Duque, en base a su orientación sexual y como sobreviviente de una pareja del mismo sexo.

25. Respecto al derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, los peticionarios alegaron que las autoridades colombianas impidieron que el señor Duque pudiera conseguir la protección judicial efectiva de sus derechos, en virtud de: (i) leyes que al contemplar derechos para las parejas conformadas por un hombre y una mujer, efectivamente introducen factores de discriminación respecto de las parejas del mismo sexo; y (ii) una interpretación y aplicación restringida de las normas aplicables sobre seguridad social y sustitución pensional, que conllevó a la exclusión de las parejas del mismo sexo como beneficiarios.

26. Asimismo, señalaron que las respuestas a las acciones de reclamación emprendidas por el señor Duque tanto ante entidades privadas como autoridades públicas indican que no se garantizó el acceso a un debido proceso con las debidas garantías. De ese modo, según los peticionarios, las parejas del mismo sexo han sido excluidas de poner en marcha las acciones administrativas y judiciales previstas en el ordenamiento interno para obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Puntualmente, los peticionarios subrayaron que el objeto de la acción de tutela era lograr que, a través de la jurisdicción constitucional, se abrieran las posibilidades reales de acudir a un debido proceso judicial interno que garantizara, en condiciones de igualdad, el acceso al derecho a la sustitución pensional contemplado para las parejas heterosexuales.

27. Finalmente, en relación con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional invocados por el Estado, los peticionarios subrayaron que la pretendida existencia *ex post facto* de recursos no guarda relación lógica con la obligación del Estado de brindar recursos efectivos al momento de registrarse la violación de derechos humanos. Asimismo, indicaron que aún luego de más de tres años de presentada la petición, el señor Duque no disponía en el ordenamiento jurídico interno de un recurso efectivo para amparar sus derechos y sus intentos para buscar su resguardo legal y judicial le fueron denegados, tanto en sede administrativa como judicial.

B. El Estado

28. El Estado no controversió los hechos alegados por los peticionarios pero sostuvo que no ha incurrido en responsabilidad internacional en relación con las supuestas violaciones a los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

29. En relación con el derecho a la vida, el Estado señaló que no resulta adecuado debatir en la etapa de fondo, hechos y derechos expresamente desestimados por la CIDH en su Informe de Admisibilidad.

30. Respecto al derecho a la integridad personal, el Estado indicó que la circunstancia de la enfermedad del señor Duque es independiente de la solicitud del reconocimiento como beneficiario de la pensión de sobrevivencia de su pareja. Asimismo, el Estado alegó que el señor Duque no aparece afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, ni al régimen contributivo ni al régimen subsidiado, pero que su situación de enfermedad, al margen de la obtención de la pensión, lo ubica en una situación especial de protección que el Estado puede prestarle, a través de mecanismos internos que el señor Duque no ha empleado hasta el momento. En ese sentido, el Estado refirió que ha puesto a disposición del señor Duque el acceso al servicio social de salud que le permita recibir tratamiento adecuado para su enfermedad, incluso cuando no cuente con los recursos necesarios para sufragar su afiliación a una entidad prestadora de salud.

31. Adicionalmente, el Estado sostuvo que no han sido acreditadas en el expediente las violaciones alegadas por los peticionarios sino que se trata de perjuicios eventuales, dado que no hay registro del que se pueda desprender que el señor Duque no tuvo acceso a los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad. En esas circunstancias, de acuerdo con el Estado, la posibilidad de que el señor Duque no pueda acceder al tratamiento médico que necesita es tan sólo una hipótesis que no se ha consolidado. El Estado también alegó que el hecho de que el señor Duque no haga parte del sistema contributivo no puede constituir *per se* una violación a los parámetros establecidos por la CADH.

32. En cuanto al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado consideró que no se configura una violación del artículo 24 de la CADH, ya que a partir de los avances normativos que se han dado a favor de la comunidad LGBTI y los fallos de la jurisdicción constitucional, el Estado ha logrado garantizar progresivamente el derecho de las parejas LGBTI a la seguridad social, respetando la cláusula de no regresividad. En particular, el Estado indicó que las condiciones normativas actuales han evolucionado respecto del momento en que fue presentada la petición en el año 2005, a fin de ajustarse a los parámetros establecidos en el artículo 2 de la CADH. Así, según el Estado, no existe una violación del artículo 24 de la CADH porque los avances en la protección de los DESC están cobijados por el principio de progresividad, que reconoce que la satisfacción plena de estos derechos no se puede garantizar de forma inmediata y que prohíbe toda forma de regresión en los avances logrados.

33. En ese sentido, el Estado señaló que la situación del señor Duque en materia pensional, tanto como la de toda la comunidad LGBTI ha sido determinada por el devenir progresivo y el avance en la garantía de los DESC para toda la población. Por ello, el Estado consideró que este caso no debe centrarse en determinar si en efecto el señor Duque ha sido o no discriminado, ya que una eventual situación de esa naturaleza se habría dado como consecuencia del dispositivo de progresividad de los DESC y el margen de flexibilidad con que cuentan los Estados para garantizar ese tipo de derechos a todos sus habitantes. Al respecto, el Estado sostuvo que no es posible considerar que toda situación de hecho que represente una condición menos favorable para una población genera la responsabilidad internacional del Estado.

34. Adicionalmente, el Estado señaló que no existe acreditación de los daños que la presunta víctima ha sufrido, por lo cual se puede concluir que: (i) no tiene sustento como fuente de responsabilidad para el Estado la eventual discriminación de la que se dice fue objeto el señor Duque, pues ello contradice el principio de progresividad; y (ii) no existe conexión acreditada entre la eventual discriminación y la afectación efectiva de algún interés o derecho del señor Duque.

35. En relación con el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, el Estado alegó que si el señor Duque hubiera considerado que no existía debido proceso legal en Colombia, no hubiera solicitado por la vía administrativa el reconocimiento del derecho pensional. Asimismo, el Estado sostuvo que en ningún momento se restringió al señor Duque la posibilidad de acceder a la justicia, como así también que el hecho de que las decisiones tomadas en primera y segunda instancia por el Juez Constitucional no fueran favorables a sus intereses no implica la inexistencia de debido proceso legal. En el mismo sentido, el Estado señaló que la negativa de los jueces de tutela no se debió a su condición de homosexual sino a que esta circunstancia no se encontraba prevista en la legislación interna colombiana.

36. Adicionalmente, el Estado indicó que, pese a lo fallado en su momento por las instancias judiciales, el señor Duque no ha acreditado la calidad de beneficiario de la pensión de JOJG ante COLFONDOS, que constituye un requisito indispensable para obtener el análisis de su calidad de beneficiario ante dicha entidad. Según el Estado, que COLFONDOS se haya pronunciado sobre quiénes podrían ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente no significa que haya recibido una solicitud formal de reclamación de la pensión de sobreviviente, ni que el señor Duque haya efectivamente acreditado la existencia de la unión marital de hecho o los requisitos que la ley exige para solicitar tal reconocimiento.

37. El Estado sostuvo que el señor Duque deberá presentar los documentos establecidos por la ley para iniciar formalmente la reclamación pensional por sobrevivencia y en la eventualidad de que COLFONDOS no acceda a sus pretensiones, el señor Duque cuenta con la acción de tutela como un recurso adecuado y efectivo para buscar subsanar una eventual interpretación indebida de la legislación vigente en materia de seguridad social, ya que la Corte Constitucional ha establecido que “a pesar de ser la pensión de sobreviviente una prestación económica, también ha sido catalogada como un derecho fundamental”. En particular, el Estado alegó que la jurisprudencia constitucional colombiana a través de sus avances en la materia ha establecido el reconocimiento de la pensión de sobreviviente: (i) independiente de si la muerte del señor JOJG ocurrió antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008; y (ii) concediendo a las parejas del mismo sexo todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, con el propósito de demostrar la existencia de una relación permanente de pareja para acceder a la pensión de sobreviviente. En consecuencia, el Estado consideró que a partir de los avances jurisprudenciales se ha configurado una situación jurídica que le permitiría al señor Duque reclamar la pensión de sobreviviente, si acredita su calidad de beneficiario y compañero permanente de JOJG.

IV. HECHOS PROBADOS

A. Situación de Ángel Alberto Duque y solicitud de pensión de sobrevivencia

38. El señor Ángel Alberto Duque y JOJG convivieron como pareja durante diez años y tres meses, desde el 15 de junio de 1991 hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que JOJG falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida². El 4 de agosto de 1997, el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA, fue diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con AZT-3CT-IDV-RTV (800/100mg), el cual no debe suspenderse, ya que esa circunstancia “podría acarrear la muerte”³. JOJG prestaba al señor Duque el apoyo necesario para sus gastos personales y para sufragar la atención en salud requerida, en base a su condición de persona que vive con VIH⁴.

² Anexo 1. Petición presentada a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. de 19 de marzo de 2002 (Anexo 2 a la petición inicial). Anexo 2. Acción de tutela incoada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación de Ángel Alberto Duque de 26 de abril de 2002 (Anexo 4 a la petición inicial). Hechos alegados en sede interna y no controvertidos por el Estado.

³ Anexo 3. Instituto de Seguros Sociales, Certificación del paciente Ángel Alberto Duque de 17 de abril de 2002 (Anexo 1 a la petición inicial).

⁴ Anexo 4. Petición inicial de 8 de febrero de 2005; Observaciones de los peticionarios de 9 de febrero de 2012. Hechos no controvertidos por el Estado.

39. JOJG estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y trabajaba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁵. Ante el fallecimiento de JOJG, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó a COLFONDOS que le indicara los requisitos que debía gestionar para solicitar la pensión de sobrevivencia de su compañero y pareja⁶.

40. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS contestó el requerimiento formulado por el señor Duque, indicándole que no acreditaba la calidad de beneficiario frente a la ley para poder acceder a la pensión de sobrevivencia y en consecuencia, no podía llevar a cabo el trámite solicitado⁷. En particular, COLFONDOS señaló que

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

B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia

41. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, entendida 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”⁸. En particular, el artículo 10 de esta Ley estipula como objeto del sistema general de pensiones “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte”, mientras que el artículo 15 establece la afiliación obligatoria al sistema de pensiones para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

42. Puntualmente, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993- de acuerdo con la redacción vigente al momento de los hechos y los supuestos pertinentes-, establecen como beneficiarios de la pensión de sobreviviente

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.
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

⁵ Anexo 1. Petición presentada a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. de 19 de marzo de 2002 (Anexo 2 a la petición inicial).

⁶ Anexo 1. Petición presentada a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. de 19 de marzo de 2002 (Anexo 2 a la petición inicial).

⁷ Anexo 5. COLFONDOS, Oficio No. DCI-E-P-1487-02 de 3 de abril de 2002 (Anexo 3 a la petición inicial).

⁸ Ley 100 de 1993, preámbulo. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0100_1993.html.

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.[...]

43. Al respecto, el artículo 1 de la Ley 54 de 28 de diciembre 1990, mediante la cual se regulan las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, define la 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 hecho⁹.

44. En la misma línea, el Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, establece que

ARTICULO 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.

ARTICULO 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 respectivo¹⁰.

45. Por otra parte, en relación con el Sistema General de Seguridad Social en salud, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece dos tipos de afiliados, a saber

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.[...]

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como 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,

⁹ Ley 54 de 1990. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30896>.

¹⁰ La última oración fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencia de octubre 8 de 1998, exp. 14634, C.P. Dr. Javier Díaz Bueno. Decreto 1889 de 1994. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31246>.

maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

46. En relación con los servicios de salud de acuerdo con cada régimen de afiliación, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece, en lo pertinente,

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 incoadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia

47. El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución pensional a su favor, como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial. Como fundamento de la acción de tutela, el señor Duque indicó que: (i) era pareja de JOJG; (ii) no tenía renta, trabajo o ingresos de ninguna naturaleza; (iii) vivía con VIH, se encontraba bajo tratamiento antirretroviral y no podía suspender su tratamiento¹¹; (iv) perdería su afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud, al quedar sin ingresos como consecuencia del fallecimiento de su compañero; y (v) el acceso a la pensión de sobreviviente le permitiría contar con los servicios de salud requeridos¹². Adicionalmente, el señor Duque alegó que debía concederse la sustitución pensional a una persona homosexual y que la falta de reconocimiento constituía violaciones a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la

¹¹ Como prueba ante la instancia, el señor Duque presentó un concepto de la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida que establece: “La NO CONTINUIDAD en el suministro de medicamentos antiretrovirales para el tratamiento de la infección por VIH y el SIDA, genera no sólo violación de los Derechos Humanos, sino graves consecuencias para la calidad de vida de las personas viviendo con VIH/SIDA y para la Salud Pública[...]: disminución y deterioro de la cantidad y la calidad de vida de las personas viviendo con VIH o con SIDA, a quienes se les suspende el tratamiento; desarrollo de resistencia del virus (VIH) a esos medicamentos que le fueron suspendidos; desarrollo de resistencia cruzada hacia otros medicamentos Antiretrovirales que no han sido tomados por el paciente; desarrollo de un virus más agresivo y más difícil de control, ya que es un VIH resistente a varios Antiretrovirales; probable transmisión de ese VIH resistente a otras personas que no han adquirido el VIH y para los cuales el tratamiento ya no tendría efectividad ni eficacia. Anexo 6. Concepto de la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida de 1 de abril de 1998 (Anexo 7 a la petición inicial).

¹² Anexo 7. Acción de tutela presentada al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 26 de abril de 2004 (Anexo 4 a la petición inicial).

prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural, y la dignidad humana¹³.

48. El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Municipal de Bogotá denegó la tutela incoada por el señor Duque. Luego de analizar la legislación vigente, la jueza sostuvo que

[...] el accionante, no reúne las calidades que la ley exige para entrar a sustituir en pensión al causante y que ninguna normatividad ni por vía jurisprudencial ha reconocido en este sentido, algún derecho a las parejas de homosexuales, que es un hecho, una realidad de la vida, pero que están a la expectativa que en algún momento el legislador se pronuncie, como lo hizo frente a la materialidad que represent[ó] en alguna época las relaciones maritales de hecho.

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

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

En este orden de ideas, se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN¹⁴.

49. Esa decisión fue impugnada por el señor Duque y confirmada, en su integridad, por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2002. Para así decidir, el Juzgado Doce indicó que

No s[ó]lo no se vislumbra la violación de alguno de los Derechos Constitucionales Fundamentales sino que se trata de obtener mediante el amparo Constitucional la protección de derechos eminentemente patrimoniales, ni las prestaciones sociales que ni son ni pueden ser objetos del mismo, por cuanto estos son derechos que tienen su fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.

En este orden de ideas, tuvo razón la entidad de seguridad social cuando emitió concepto negativo a la pretensión pensional del ciudadano promotor de la acción de tutela, pues la pensión de

¹³ Anexo 7. Acción de tutela presentada al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 26 de abril de 2004 (Anexo 4 a la petición inicial).

¹⁴ Anexo 8. Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia de 5 de junio de 2002 (Anexo 5 a la petición inicial).

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 familia¹⁵.

50. El 26 de agosto de 2002 el expediente de tutela fue radicado en la Corte Constitucional, pero no fue seleccionado para su estudio y revisión¹⁶.

D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional

51. La Comisión ya ha reconocido que, entre los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional colombiana otorgó a parejas del mismo sexo los mismos beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad que los otorgados a parejas heterosexuales. Asimismo, en el año 2009, la Corte Constitucional de Colombia decidió la modificación de 42 normas incluidas en aproximadamente 20 leyes, con el fin de lograr una equidad entre parejas heterosexuales y homosexuales¹⁷. La Comisión señaló que a pesar de que la Constitución y las leyes colombianas establecen una serie de derechos y recursos para las personas LGBTI, en la práctica, el acceso y la efectividad de aquellos recursos todavía enfrenta desafíos como resultado de la discriminación de la que históricamente han sido objeto¹⁸.

52. En particular, en lo relativo al derecho de pensión, en el año 2007, la Corte Constitucional estableció que la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual y el régimen que regulaba la “unión marital de hecho” resultaba discriminatorio, en la medida en que se aplicaba exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluía de su ámbito a las parejas homosexuales. A partir de esa situación, la Corte Constitucional verificó la existencia de un “déficit de protección” en lo relativo al acceso de la pensión de sobrevivientes en las parejas homosexuales¹⁹. Asimismo, la Corte determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo, y que en ese caso, la comprobación de su calidad y de la vocación de permanencia debía regularse por el mismo mecanismo²⁰.

53. En el año 2008, la Corte Constitucional sostuvo que no había justificación para autorizar un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conformaban parejas homosexuales no pudieran acceder a la pensión de sobreviviente en las mismas condiciones en que lo hacían quienes integraban parejas heterosexuales²¹. Posteriormente, en el año 2011, la Corte Constitucional sostuvo

¹⁵ Anexo 9. Juzgado Doce Civil del Circuito Santa Fe de Bogotá, Sentencia de 19 de julio de 2002 (Anexo 6 a la petición inicial).

¹⁶ Observaciones de los peticionarios de 9 de febrero de 2012; Observaciones del Estado de 31 de enero de 2006.

¹⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia, párr. 143.

¹⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia, párr. 144.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075/07, 7 de febrero de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-811/07, 3 de octubre de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336/08, 16 de abril de 2008 (MP. Clara Inés Vargás Hernández).

que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la Sentencia C-336 de 2008 no constituía una razón admisible para negarle al miembro superviviente la pensión de sobreviviente²². Asimismo, la Corte Constitucional concluyó que no había razones constitucionalmente válidas para concluir que era razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un único modo de acreditación de su unión permanente, cuando el régimen de las parejas heterosexuales disponía cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, esto es, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones, y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley²³.

54. La Comisión ya ha valorado los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana orientados a garantizar los derechos de las personas y parejas LGBTI, entre ellos, en relación con el acceso al derecho de pensión en el caso de parejas del mismo sexo²⁴. Sin embargo, la Comisión reitera que dichos avances jurisprudenciales recién comenzaron a partir del año 2007 y por lo tanto, resultan muy posteriores a los hechos del caso, e incluso a la presentación de la petición ante la CIDH²⁵. En consecuencia, si bien la Comisión reconoce que algunos aspectos del caso pueden evolucionar con el tiempo, su análisis debe centrarse en la situación de la presunta víctima y la alegada afectación de sus derechos que presenta en su caso.

V. ANÁLISIS DE DERECHO

A. Cuestiones previas

55. Antes de comenzar a analizar los alegatos de las partes a la luz de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión recuerda que en su Informe de Admisibilidad 150/11 de 2 de noviembre de 2011, concluyó que la información presentada por los peticionarios no caracterizaba una posible violación del derecho consagrado en el artículo 4 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Si bien en la etapa de fondo, los peticionarios continuaron formulando alegatos sobre el artículo 4 de la CADH, y ambas partes presentaron alegatos respecto al artículo 26 del mismo instrumento, la Comisión no encuentra razones para apartarse de su pronunciamiento de admisibilidad y, en tal sentido, el análisis de fondo se efectuará con base en los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-860/11, 15 de noviembre de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-860/11, 15 de noviembre de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). Véase, asimismo, CIDH, Informe No. 150/11 (Admisibilidad), Petición 123-05, Ángel Alberto Duque (Colombia), 2 de noviembre de 2011, párrs. 34-37.

²⁴ Véase, *inter alia*, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 69, 30 diciembre 2011, Capítulo IV. Colombia, párrs. 143, 144; Comunicado de Prensa 89/13, *La CIDH reconoce medidas adoptadas recientemente por varios Estados Miembros de la OEA con el objeto de promover la igualdad de las personas LGBTI*, 21 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/089.asp>.

²⁵ Véase, Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228, párr. 33.

B. Derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (artículo 24 de la Convención Americana), en relación con las obligaciones de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana)

56. El artículo 1 de la Convención Americana establece

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.

57. El artículo 2 de la Convención Americana establece

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

58. El artículo 24 de la Convención Americana establece

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

59. Sobre estos principios, la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”) han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos²⁶. Asimismo, la Comisión ha destacado las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación²⁷. Una concepción se relaciona con la prohibición de diferencia de trato arbitraria —entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia²⁸— y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados²⁹.

60. La Corte Interamericana 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

²⁶ Véase, CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 74; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 173.5.

²⁷ Véase, *inter alia*, CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

²⁸ Véase, *inter alia*, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92; CIDH, *Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 58.

²⁹ Véase, *inter alia*, CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

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 incurso en tal situación³⁰. Aún más, 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*³¹.

61. En esta misma línea, la Corte ha señalado reiteradamente que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación³². Asimismo, el derecho de protección igualitaria de la ley y la no discriminación implican que los Estados tienen la obligación de (i) abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos de una población; (ii) eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio; (iii) combatir las prácticas discriminatorias; y (iv) establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley³³. Más aún, la Corte 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 iure* o *de facto*³⁴. 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 que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias³⁵.

62. En relación con la prohibición de diferencia de trato arbitraria, la Comisión ha sostenido que

si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas, requiere en el

³⁰ Corte IDH. *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

³¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

³² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

³³ CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 17, con cita de Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88; *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271.

³⁵ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 80, con cita de, *inter alia*, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue³⁶. [L]as distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción³⁷.

63. Por consiguiente, la CIDH ya ha considerado que para justificar una restricción basada en una “categoría sospechosa” se deben esgrimir razones de peso y que esta carga de la prueba debe recaer sobre el Estado, receptando la “presunción de invalidez” de la restricción basada en esas categorías³⁸. En efecto, el escrutinio estricto que debe efectuarse en el caso de distinciones fundadas en “categorías sospechosas” es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción³⁹. En términos prácticos, esto se traduce en que, tras haber presentado una distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa⁴⁰. Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva⁴¹. Además, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio⁴².

³⁶ Véase, *inter alia*, CIDH, Informe N° 51/01, Caso 9903, *Ferrer-Mazorra y otros* (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20, rev., 16 abril 2001, párr. 238.

³⁷ Véase, *inter alia*, CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338, con cita de, *inter alia*, Repetto, Inés, Suprema Corte de Justicia (Argentina), 8 de noviembre de 1988, Jueces Petracchi y Baqué, párrafo 6; *Loving c. Virginia*, 388 US 1, 87 (1967) Corte Europea de Derechos Humanos, *Abdulaziz c. Reino Unido*, Sentencia del 28 de mayo de 1985, Serie A N° 94, párr. 79.

³⁸ Véase, *inter alia*, CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencias en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 58; CIDH, *La Situación de las Personas Afrodescendientes en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 62, 5 diciembre 2011, párr. 91.

³⁹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 88.

⁴⁰ Véase, *inter alia*, CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 80, 83; *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338; Informe N° 4/01, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36; *Informe Anual 1999*, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; TEDH, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; *Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34; *Lustig-Prean y Beckett v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 31417/96 y 32377/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 80; *Smith v. Grady v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 33985/96 y 33986/96, 27 de septiembre de 1999, párr. 87.

⁴¹ Véase, *inter alia*, CIDH, Informe No. 38/96, *X e Y* (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 74; *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 83; TEDH, *Karner v. Austria*, Aplicación no. 40016/98, 24 July 2003, párr. 41; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; *Belgian Linguistics (Fondo)*, Sentencia del 23 de julio de 1968, p. 34.

⁴² CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 89.

64. En particular, el artículo 1.1 de la Convención Americana ha sido utilizado para interpretar la palabra “discriminación” contenida en el artículo 24 del mismo instrumento⁴³. La Corte ha señalado que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo, razón por la cual, la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁴⁴.

65. En ese sentido, los órganos del sistema interamericano han concluido que la orientación sexual⁴⁵ constituye una categoría protegida por la CADH. De ese modo se ha establecido que

[t]eniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], 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, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁴⁶.

⁴³ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 78.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

⁴⁵ La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como “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 mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”. Véase, *inter alia*, Principios de Yogyakarta., p. 6, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, 2006; Corte IDH. *Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 87, 94.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

66. Adicionalmente, la Corte señaló que “dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad”⁴⁷ y aclaró que “la presunta 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”⁴⁸.

67. En consecuencia, la CIDH entiende por discriminación por orientación sexual toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por el hecho de ser lesbiana, gay o bisexual —o ser percibido o percibida como tal—, que tenga por objeto o por resultado —ya sea *de iure* o *de facto*⁴⁹— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas personas. Adicionalmente, la Corte ha señalado que, “tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”⁵⁰.

68. En otro orden de ideas, diversos instrumentos internacionales y pronunciamientos enfatizan la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, y la obligación de no discriminar y de garantizar la igualdad en la garantía de estos

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 139.

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, párr. 92.

⁴⁹ La CIDH entiende que esta discriminación puede manifestarse de manera directa (intencional o “por objeto”) e indirecta (involuntaria o “por resultado”), y que ésta puede ser *de facto* —cuando ésta se manifiesta de hecho o en la práctica— o *de iure* —cuando se origina en la ley o norma—. El Comité DESC ha sostenido que para que los Estados partes puedan “garantizar” el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo: (i) discriminación formal: para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; (ii) discriminación sustantiva: para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Asimismo, hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable. Por otra parte, la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos afectados por los motivos prohibidos de discriminación. ONU, 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, párrs. 8, 10.

⁵⁰ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 124.

derechos⁵¹. Puntualmente, los órganos del sistema interamericano ya han identificado los derechos a la seguridad social, a la salud y los derechos laborales como DESC que se derivan de la Carta de la OEA⁵².

69. Al respecto, en dos casos cuyas circunstancias resultan similares al presente, el Comité de Derechos Humanos determinó violaciones al principio de igualdad y no discriminación por cuanto

mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual⁵³.

Aplicación al caso concreto

70. En este caso, los peticionarios alegaron que el señor Duque fue objeto de una discriminación injustificada, al negársele la pensión de sobreviviente de su pareja en base a su orientación sexual. Asimismo, consideraron que esa situación discriminatoria colocó en una situación de desprotección al señor Duque y afectó, entre otras cosas, sus posibilidades de acceder a los servicios de salud requeridos en su condición de persona que vive con VIH. Adicionalmente, señalaron que la

⁵¹ CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 29, con cita de *inter alia*, CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L./VII.110 doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 4; *Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 5

⁵² CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 31, con cita Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 106; CIDH, Informe No. 38/09, Caso 12.670, Admisibilidad y Fondo, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otros (Perú), 27 de marzo de 2009, párr. 130; CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros (Costa Rica), 11 de marzo de 2004, párrs. 52-70; CIDH, Informe No. 27/09, Fondo, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros (El Salvador), 20 de marzo de 2009, párrs. 77 y 79; CIDH, Informe No. 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros (Nicaragua), 11 de octubre de 2001, párr. 95.; CIDH, Informe No. 121/09, Petición 1186-04, Admisibilidad, Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) (Honduras), 12 de noviembre de 2009, párr. 50.

⁵³ Véase, *inter alia*, ONU, Comité de Derechos Humanos, *X vs. Colombia*, Comunicación N° 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo de 2007, párr. 7.2.; *Young vs. Australia*, Comunicación N° 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Por su parte, la Corte Europea de Justicia determinó que la negativa de otorgar la pensión de sobreviviente a compañeros de vida constituye discriminación directa basada en la orientación sexual, si los cónyuges sobrevivientes y los compañeros de vida sobrevivientes se encuentran en una situación comparable en relación con esa pensión. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1 de abril de 2008. Información disponible en: <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp08/aff/cp080017en.pdf>. Asimismo, ha determinado que un retiro de pensión suplementario pagado a un miembro de una unión civil que es menor a aquél consagrado en un matrimonio puede constituir una situación de discriminación basada en la orientación sexual, si la unión civil es entre personas del mismo sexo y si se trata de una situación comparable fáctica y legalmente con el matrimonio. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 de mayo de 2011. Información disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-147/08>.

denegación de su legítimo derecho a la pensión y su situación de desprotección generaron sentimientos de estigmatización, sufrimientos psíquicos y ansiedad. Por su parte, el Estado consideró que este caso no debe centrarse en determinar si el señor Duque ha sido discriminado, ya que una eventual situación de esa naturaleza se habría dado como consecuencia del dispositivo de progresividad de los DESC y el margen de flexibilidad con que cuentan los Estados para garantizar este tipo de derechos a todos sus habitantes. Asimismo, el Estado alegó que este caso versa sobre perjuicios eventuales, dado que no hay registro de que el señor Duque no tuvo acceso a los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad.

71. A lo largo del trámite internacional, el Estado alegó que los hechos de este caso deben ser analizados a la luz del desarrollo progresivo de los DESC. La Comisión reitera que la obligación de progresividad en relación con los DESC se vincula con: (i) los recursos asignados por el Estado para el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia; (ii) la organización del aparato estatal para la garantía de estos derechos; (iii) la satisfacción de niveles mínimos indispensables; y (iv) la garantía del disfrute más alto del nivel de esos derechos en un momento y país determinado⁵⁴.

72. Sin embargo, la Comisión estima que el argumento de la progresividad de los DESC no resulta aplicable al caso de referencia, por cuanto no se encuentra en debate la calidad, naturaleza o alcance de la pensión de sobreviviente o de las prestaciones de los servicios de salud en Colombia, sino la aplicación de la normativa interna que establecía la exclusión de las parejas del mismo sexo en relación con los derechos de pensión. Por otra parte, el Estado no ha argumentado o demostrado que la imposibilidad del señor Duque de acceder a la pensión de sobrevivencia se motivara en limitaciones económicas o técnicas del país. Más aún, de acuerdo con los hechos probados, en base al carácter obligatorio de la seguridad social y los aportes realizados por el señor JOJG, se encontraban dadas las condiciones materiales para que el señor Duque contara con el acceso al tratamiento médico requerido, mediante la garantía de la continuidad de su afiliación al régimen contributivo de salud.

73. En el presente caso, la Comisión nota que el Estado sostiene que el concepto de “desarrollo progresivo” aplicado al derecho a la seguridad social permitiría que la cobertura ofrecida se pueda ampliar grupo por grupo y que, por lo tanto, en ese contexto la negación de los derechos de pensión a las parejas del mismo sexo sería una exclusión que se ha remediado con el paso del tiempo. Sin embargo, la CIDH ya ha establecido que “la primera obligación de ‘efecto inmediato’ derivada de los DESC consiste en garantizar que se ejercerán en condiciones de igualdad y sin discriminación”.⁵⁵ Es decir, si bien la implementación de los DESC conlleva una obligación de desarrollo progresivo, esa implementación progresiva no puede ser discriminatoria⁵⁶. En el presente caso, el Estado no ha

⁵⁴ Véase, *inter alia*, CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 49, con cita de ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La Naturaleza de las Obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 14 de diciembre de 1990; ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 59, 79; Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 105.

⁵⁵ CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008, párr. 48.

⁵⁶ Véase, *inter alia*, CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 49, con cita de ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La Naturaleza de las Obligaciones de los*
Continúa.

explicado cuál sería el razonamiento objetivo —necesario de acuerdo con un estándar de escrutinio estricto— para justificar el acceso a los derechos pensionarios para parejas de sexos distintos, pero no para parejas del mismo sexo como una cuestión de “progresividad”.

74. Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es “objetiva y razonable” se efectúa caso por caso, tanto la Comisión y la Corte, así como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos de análisis: (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro⁵⁷.

75. En función de ello, corresponde entonces analizar si la exclusión de parejas del mismo sexo del derecho a la pensión de sobrevivencia se encontraba justificada por un fin legítimo y, de ser así, si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

76. La Comisión ha establecido en el capítulo correspondiente a hechos probados que la denegatoria de la pensión de sobreviviente al señor Duque como compañero permanente de JOJG se basó expresa y exclusivamente en que se trataba de una pareja conformada por personas del mismo sexo, sin que haya existido referencia a otras razones ni en la respuesta proporcionada por COLFONDOS⁵⁸ ni en las decisiones respecto al recurso de tutela, ni en el expediente ante la CIDH. En especial, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, al confirmar la sentencia de primera instancia, sostuvo que la exclusión de las parejas del mismo sexo se justificaba en base a que la pensión de sobrevivientes tendía a “proteger la familia”, entendida como “la unión de un hombre y una mujer, únicos potencialmente capaces de conservar la especie”.

77. En tal sentido, la Comisión advierte que las razones esgrimidas por las autoridades administrativas y judiciales para excluir a la presunta víctima del derecho a la pensión de sobrevivencia obedecieron a la necesidad de “proteger la familia”. Como primer acercamiento, la Comisión considera que dicho fin puede, en abstracto, constituir un fin legítimo que el Estado puede perseguir al momento de restringir derechos.

78. Sin embargo, al analizar el requisito de la idoneidad del medio empleado, la Comisión advierte que el razonamiento esgrimido por las autoridades administrativas y judiciales puede 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. En efecto, la Corte

...continuación

Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990; ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

⁵⁷ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 86.

⁵⁸ En efecto, de la respuesta de COLFONDOS se desprende que las circunstancias específicas de los señores JOJG y Duque no fueron analizadas, ya que la solicitud fue rechazada en base a la aplicación automática de la normativa vigente en ese momento (artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y artículo 10 del Decreto 1889 de 1994), que establecía que las únicas uniones civiles con reconocimiento legal eran aquellas conformadas por personas de distinto sexo.

Interamericana ha establecido que “en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”⁵⁹. La Comisión entiende que tal razonamiento discriminatorio quiebra el nexo de causalidad entre el fin buscado y el medio empleado, sin que quede satisfecho el requisito de idoneidad. En vistas de ello, resulta innecesario continuar con el análisis de los demás requisitos para la legitimidad de la restricción.

79. A mayor abundamiento, la Comisión considera que el hecho de que la jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional ampliara la protección legal a todos los tipos de familia, refleja que no existían razones para mantener ese concepto restringido de familia⁶⁰.

80. Al respecto, cabe aquí reiterar que la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico⁶¹. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁶².

81. En virtud de lo anterior, la Comisión considera que el Estado violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación consagrado 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, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

C. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana), en relación con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana)

82. El artículo 8 de la Convención Americana estipula

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142. *Ver en igual sentido*: TEDH, *Caso Vallianatos y otros v. Grecia*, Aplicaciones nos. 29381/09 y 32684/09, 7 de noviembre de 2013, párr. 73; *Caso P.B. y J.S. v. Austria*, Aplicación No. 18984/02, 22 de Julio de 2010, párr. 30; *Caso Schalk y Kopf v. Austria*, Aplicación No. 30141/04, 24 de junio de 2010, párr. 94.

⁶⁰ *Ver en sentido similar*, TEDH, *Caso Kozak v. Poland*, Aplicación No. 13102/02, 2 de junio de 2010, párr. 99.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

⁶² Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 303; *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

83. El artículo 25 de la Convención Americana establece

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

84. En cuanto al alcance del derecho a la protección judicial, tanto la Comisión como la Corte han reiterado que éste se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley⁶³. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso⁶⁴. Adicionalmente, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁶⁵.

85. La Corte también ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención establece 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, dado que su ausencia coloca a las personas en estado de indefensión⁶⁶. Esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁶⁷.

⁶³ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 122; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 128; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 167; y CIDH, Informe No. 27/09, Fondo, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez Y Otros, El Salvador, 20 de marzo de 2009, párr. 43.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 148; CIDH, Informe No. 83/09, Caso 11.732, Fondo, Horacio Anibal Schillizzi Moreno, Argentina, 6 de agosto de 2009, párr. 53

⁶⁵ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 167.

⁶⁷ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131; *Caso Castañeda Gutman s. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183, párr. 78.

86. De este modo, para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con 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 remediarla⁶⁸, por lo que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios⁶⁹. Por otra parte, 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 los mismos deben tener efectividad⁷⁰, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquél precepto⁷¹.

87. En cuanto a la relación entre el derecho consagrado en el artículo 25 de la Convención y las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, la Corte ha sostenido que:

[e]l artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales⁷². A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención⁷³.

⁶⁸ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *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; Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 136; CIDH, Informe No. 30/97, Caso 10.087, Gustavo Carranza, Argentina, 30 de septiembre de 1997, párr. 74; CIDH, Informe N° 48/00, Caso 11.166, Walter Humberto Vásquez Vejarano, Perú, 13 de abril de 2000, párr. 84; CIDH, Informe No. 83/09, Caso 11.732, Fondo, Horacio Anibal Schillizzi Moreno, Argentina, 6 de agosto de 2009, párr. 58

⁶⁹ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 145; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 111; CIDH, Informe No. 100/01, Caso 11.381, Milton García Fajardo y otros, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, párr. 81

⁷⁰ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 131; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 117; y *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 121; CIDH, Informe N° 133/99, Caso 11.725, Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999 párr. 88.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 169.

⁷² Véase, *inter alia*, Corte IDH. *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; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 135; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 99.

⁷³ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 60, con cita de *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207.

88. Asimismo, la Corte ha indicado que conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de grupos en situación de riesgo, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁷⁴.

89. La CIDH ha sostenido que la ausencia de garantías judiciales y la falta de sensibilidad de los operadores de justicia en relación con situaciones de discriminación contribuyen a profundizar la resignación por parte de los grupos discriminados y a perpetuar patrones de segregación y exclusión⁷⁵. La Corte también se ha referido a la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de los servidores públicos en la conducción de investigaciones y procesos judiciales internos⁷⁶ y ha considerado que la utilización de argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar decisiones judiciales constituye un trato discriminatorio⁷⁷. De la misma manera, en relación con los estereotipos y el acceso a la justicia, la Corte ha sostenido que las prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial⁷⁸.

90. La Comisión observa que los tribunales tienen que tomar en cuenta múltiples factores, uno de los cuales es la naturaleza del interés o bien jurídico en consideración. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se habían violado las garantías judiciales —puntualmente el plazo razonable— en los procesos internos que involucraban a una persona que vive con VIH, dado que lo que se encontraba en juego en el proceso judicial era de crucial importancia para el peticionario debido a la naturaleza de su enfermedad, y por lo tanto, la tramitación de su caso requería una “diligencia excepcional”⁷⁹.

91. Los peticionarios señalaron que las autoridades colombianas interpretaron y aplicaron de manera restringida las normas sobre seguridad social y sustitución pensional, como así también que las respuestas a las acciones de reclamación no garantizaron el acceso a un debido proceso con las debidas garantías. Por su parte, el Estado manifestó que no se restringió al señor Duque la posibilidad de acceder a la justicia; y que el hecho de que las decisiones tomadas en primera y segunda instancia no fueran favorables a sus intereses no implica la inexistencia de debido proceso legal. Asimismo, indicó

⁷⁴ Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184; *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. 200.

⁷⁵ *Cfr.* CIDH, *La Situación de las Personas Afrodescendientes en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 62, 5 diciembre 2011, párr. 139.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 181.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 146.

⁷⁸ *Cfr.* Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

⁷⁹ *Cfr.* TEDH. *Caso X. vs. Francia*. Aplicación No. 18020/91, 31 de marzo de 1992, párr. 47.

que la negativa de los jueces de tutela no se debió a su condición de homosexual sino a que esta circunstancia no se encontraba prevista en la legislación interna colombiana.

92. La Comisión observa que los jueces que intervinieron en el proceso de tutela incoado por el señor Duque señalaron expresamente que no cabía recurrir a la acción de tutela para cuestionar la disposición que lo excluía como beneficiario de la pensión de sobreviviente de JOJG, por cuanto se trataba de una “elemental aplicación de normas de orden legal y constitucional”. Asimismo, se determinó que no se vislumbraba una violación de derechos constitucionales fundamentales sino que se cuestionaba la protección de derechos eminentemente patrimoniales. Sin embargo, el Estado ha alegado reiteradamente ante la Comisión que “la acción de tutela [es el] recurso adecuado y efectivo para buscar subsanar una eventual interpretación indebida de la legislación vigente en materia de seguridad social”⁸⁰, ya que la Corte Constitucional ha establecido que “a pesar de ser la pensión de sobreviviente una prestación económica, también ha sido catalogada como un derecho fundamental”⁸¹.

93. La Comisión reitera que este caso no versa sobre el derecho a la pensión de sobrevivencia en sí mismo sino sobre la naturaleza discriminatoria de las disposiciones que impedían su acceso a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, el objeto de la tutela era cuestionar la validez de dicha exclusión, que impedía el análisis de los demás requisitos pertinentes para acceder a la pensión solicitada. 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 Convención y a la propia jurisprudencia constitucional citada por el Estado. Por ello, la Comisión considera que en virtud de la remisión a los procesos ordinarios y la falta de tratamiento de las cuestiones formuladas, el señor Duque no contó 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 permanente.

94. Asimismo, la Comisión nota que los méritos de la acción de tutela, esto es, la 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. Más aún, la Comisión nota que los tribunales no analizaron el conjunto de derechos involucrados en este caso ni tuvieron en cuenta los impactos diferenciados derivados de la condición de persona que vive con VIH del señor Duque. Dado que las decisiones judiciales deben ser debidamente fundadas, los estándares aplicados en las decisiones judiciales fueron incompatibles con lo establecido en el artículo 8.1 de la CADH y constituyeron una violación del derecho de acceso a la justicia.

95. La Comisión ha establecido que el señor Duque fue víctima de discriminación por motivos de orientación sexual en virtud de la legislación que le impidió acceder a la pensión de su compañero permanente fallecido. Asimismo, de acuerdo con lo mencionado en los párrafos precedentes, la Comisión considera 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”. La Comisión ya ha determinado que esta circunstancia es incompatible con la Convención Americana.

⁸⁰ Anexo 10. Véase, *inter alia*, Observaciones del Estado de Colombia de 28 de febrero de 2013, párr. 31.

⁸¹ Anexo 10. Véase, *inter alia*, Observaciones del Estado de Colombia de 28 de febrero de 2013, párr. 35.

96. En consecuencia, la Comisión concluye 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, contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

D. Derecho a la integridad personal (artículo 5.1 de la Convención Americana), en relación con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la Convención Americana)

97. El artículo 5 de la Convención Americana establece

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

98. La Comisión Interamericana ha dejado en claro que el derecho a la integridad personal protegido por la Convención Americana y por otros instrumentos internacionales de derechos humanos es amplio.⁸² En efecto, la infracción a este derecho es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y las características personales de la supuesta víctima deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada⁸³. Adicionalmente, en relación con el derecho a la salud, la Corte ha sostenido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención⁸⁴.

99. La Comisión recuerda que el Informe de Admisibilidad 150/11 determinó que, en este caso, el análisis del derecho a la integridad personal tenía un carácter subsidiario y dependía de la conclusión a la que se arribara respecto al mérito de los alegatos formulados en relación con los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana⁸⁵. En los párrafos precedentes, la CIDH ha concluido que el Estado violó los derechos consagrados en los artículos mencionados en perjuicio del señor Duque.

100. La Comisión destaca que las personas que viven con VIH se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad derivada de las características de esa enfermedad, el tratamiento médico requerido y las situaciones de exclusión y discriminación históricas asociadas⁸⁶, entre otras. En

⁸² Véase en general, CIDH, Informe Nº 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999, párr. 91

⁸³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 127.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 130 con cita de, *inter alia*, *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117; y *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

⁸⁵ CIDH, Informe No. 150/11 (Admisibilidad), Petición 123-05, Ángel Alberto Duque (Colombia), 2 de noviembre de 2011, párr. 45.

⁸⁶ CIDH, Informe No. 27/09, Fondo, Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y Otros, El Salvador, 20 de marzo de 2009, párr. 70; Véase además, *inter alia*, ONUSIDA, *Protocolo para la identificación de discriminación contra las personas que viven con el VIH*, 2000. Disponible en: http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/publications/irc-pub01/jc295-protocol_es.pdf; Organización Panamericana de la Salud, Resolución CD45.R10, Ampliación del tratamiento como parte de la respuesta integral a la infección por el VIH/SIDA, 1 de octubre de 2004. Disponible en: <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/252/CD45.r10-s.pdf?sequence=2>.

particular, la falta de tratamiento adecuado provoca normalmente lesiones a la integridad física, psíquica y moral de las personas afectadas, y produce, por lo regular, su muerte anticipada⁸⁷. Si bien en este caso la Comisión nota que no cuenta con información suficiente sobre la continuidad, calidad y condiciones de prestación del servicio médico al señor Duque a partir de la muerte de JOJG, sí ha quedado establecido que el señor Duque se veía afectado por múltiples factores de vulnerabilidad derivados de su orientación sexual, situación de enfermedad y situación económica.

101. En ese contexto, la Comisión considera que los efectos de la exclusión del derecho a la pensión de sobrevivencia de su compañero permanente fallecido en virtud de una disposición discriminatoria basada en su orientación sexual; la búsqueda de protección no encontrada y la ausencia de una respuesta desprejuiciada y eficaz por parte del sistema judicial; y el sufrimiento frente a la falta de previsibilidad en cuanto a la regularidad y provisión del tratamiento médico requerido, constituyen elementos que han afectado el derecho a la integridad personal del señor Duque. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos, contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

VI. CONCLUSIONES

102. Sobre la base del análisis que antecede, la Comisión concluye que el Estado de Colombia es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, el principio de igualdad y no discriminación y la protección judicial consagrados en los artículos 5.1, 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

VII. RECOMENDACIONES

103. En virtud de las anteriores conclusiones,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RECOMIENDA AL ESTADO DE COLOMBIA,

1. Reparar adecuadamente al señor Ángel Alberto Duque por las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe 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.

2. Adoptar todas las medidas que aún fueran necesarias para garantizar la no repetición de los hechos como los del presente caso. En particular, 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.

⁸⁷ CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de julio de 2008, parr. 90.

3. 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.

4. 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, y en particular, que se les permitan presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

Dado y firmado en la ciudad de Washington, D.C., a los 2 días del mes de abril de 2014. (Firmado): Tracy Robinson, Presidenta; Rose-Marie Belle Antoine, Primera Vicepresidenta; Felipe González, Segundo Vicepresidente; José de Jesús Orozco Henríquez, Rosa María Ortiz, Paulo Vannuchi y James L. Cavallaro, Miembros de la Comisión.

El que suscribe, Emilio Álvarez Icaza L., en su carácter de Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 49 del Reglamento de la Comisión, certifica que es copia fiel del original depositado en los archivos de la Secretaría de la CIDH.

Emilio Álvarez Icaza L.
Secretario Ejecutivo

LISTADO DE ANEXOS

Anexo 1. Petición presentada a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. de 19 de marzo de 2002 (Anexo 2 a la petición inicial).

Anexo 2. Acción de tutela incoada por Germán Humberto Rincón Perfetti en representación de Ángel Alberto Duque de 26 de abril de 2002 (Anexo 4 a la petición inicial).

Anexo 3. Instituto de Seguros Sociales, Certificación del paciente Ángel Alberto Duque de 17 de abril de 2002 (Anexo 1 a la petición inicial).

Anexo 4. Petición inicial de 8 de febrero de 2005; Observaciones de los peticionarios de 9 de febrero de 2012.

Anexo 5. COLFONDOS, Oficio No. DCI-E-P-1487-02 de 3 de abril de 2002 (Anexo 3 a la petición inicial).

Anexo 6. Concepto de la Liga Colombiana de Lucha Contra el Sida de 1 de abril de 1998 (Anexo 7 a la petición inicial).

Anexo 7. Acción de tutela presentada al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 26 de abril de 2004 (Anexo 4 a la petición inicial).

Anexo 8. Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia de 5 de junio de 2002 (Anexo 5 a la petición inicial).

Anexo 9. Juzgado Doce Civil del Circuito Santa Fe de Bogotá, Sentencia de 19 de julio de 2002 (Anexo 6 a la petición inicial).

Anexo 10. Observaciones del Estado de Colombia de 28 de febrero de 2013.