

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N. 12841, E-2614,
SOBRE EL ACCESO AL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LAS
PAREJAS DEL MISMO SEXO CASO DUQUE VS COLOMBIA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el título de Abogada:

Polo Quiroz, Mishell Alida

Revisor:

Ancí Paredes, Noemí Cecilia

Lima, 2025

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Noemí Cecilia Ancí Paredes**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA, N.12841,E-2614, SOBRE EL ACCESO AL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO CASO DUQUE VS COLOMBIA

del/de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Mishell Alida Polo Quiroz

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **27 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **7/1/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 4 de febrero de 2025**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Ancí Paredes, Noemí Cecilia	
DNI: 45618074	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0607-716X	

RESUMEN

El presente informe analiza el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo, tomando como referencia la sentencia del 26 de febrero de 2016 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ángel Duque vs. Colombia. Sentencia que aborda ámbitos como los Derechos Humanos, Derecho Internacional y Derecho Constitucional. Por lo tanto, exponemos nuestra postura sobre la responsabilidad del Estado colombiano por las violaciones denunciadas por Ángel Duque a los derechos a la no discriminación e igualdad, a las garantías judiciales, a la vida y a la integridad personal. Se consideran relevantes los hechos de este caso a la luz del contexto cultural-social, normativo y jurisprudencial de Colombia, y se concluye que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debió haber responsabilizado al Estado colombiano no solo por la vulneración de los derechos a la igualdad y la no discriminación, sino también por los derechos a las garantías judiciales, además de la vida e integridad personal de la víctima, derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por último, se analiza el contexto actual en Perú y Colombia con respecto al derecho de las parejas del mismo sexo a la seguridad social, para luego proponer algunas recomendaciones en el contexto peruano para afrontar las situaciones de discriminación en el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes.

Palabras clave: Parejas del mismo sexo, Igualdad y no discriminación, Integridad Personal, pensión de sobrevivientes y personas con VIH.

RESUMEN	1
INDICE	2
INTRODUCCION	3
CONTEXTO SOCIOCULTURAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	5
<i>CONTEXTO SOCIOCULTURAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD LGBT EN COLOMBIA</i>	5
<i>DESARROLLO DEL CONTEXTO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO</i>	8
<i>DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA DEL DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO</i>	12
IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO	16
<i>ACTUACIONES EN ORDENAMIENTO INTERNO (COLFONDOS/ TUTELA)</i>	16
<i>ACTUACIONES EN LA VÍA INTERNACIONAL (COMISIÓN IDH /CORTE IDH)</i>	19
POSTURA PERSONAL: IDENTIFICACION DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	27
<i>AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS INTERNAS /REPARACION INTEGRAL DE LAS VICTIMAS</i>	28
<i>DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES</i>	34
<i>DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN</i>	37
<i>DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA VIDA</i>	45
CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO Y PERUANO	50
<i>CONTEXTO PERUANO</i>	51
<i>CONTEXTO COLOMBIANO</i>	53
<i>RECOMENDACIONES A NIVEL NACIONAL</i>	55
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFIA	62
ANEXOS	74

I. INTRODUCCIÓN

Con la emisión de la sentencia en el caso Ángel Duque vs. Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana) tuvo la oportunidad de reconocer que el gobierno colombiano incumplió sus obligaciones internacionales en materia del Derecho a Igualdad y No Discriminación en el acceso a la Pensión de Sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. Este caso ilustra cómo un derecho puede conducir a la infracción de derechos conexos, como el derecho a la Vida e Integridad Personal, así como el derecho a las Garantías Judiciales. Toda vez que la decisión de la Corte Interamericana en el caso antes mencionado consideró únicamente la vulneración del derecho a la Igualdad y la No Discriminación para determinar la responsabilidad del Estado colombiano, mas no se consideraron los demás derechos vulnerados, por lo que consideramos que es crucial desarrollar y examinar los fundamentos utilizados por la Corte Interamericana.

Por tanto, la importancia del presente análisis radica que en casos como el de Ángel Duque, comunes en la sociedad colombiana, e incluso latinoamericana, tienen como común denominador que los miembros de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (en adelante, LGBT) enfrentan una situación de discriminación injustificable basada en su orientación sexual y la ausencia de reconocimiento gubernamental de sus derechos. De esta manera, esta sentencia marcaría un precedente jurisprudencial favorable para dicha comunidad en la lucha por su reconocimiento dentro de una sociedad como Colombia donde aún persisten las prácticas excluyentes. De igual forma, marca un hito en la región ya que legaliza la pensión de sobrevivientes para las personas tras el fallecimiento de su pareja permanente del mismo sexo. Destacando así las obligaciones estatales ante la comunidad internacional, toda vez que se determina que la orientación sexual no puede ser motivo de exclusión legal, siendo que incluso en la actualidad dicha comunidad aun persiste en la lucha por su reconocimiento integral.

Por lo tanto, el presente trabajo tiene como finalidad analizar la referida sentencia desde un enfoque género y derechos humanos. Abordaremos el Caso Duque vs. Colombia, un fallo donde se cuestiona la vulneración de derechos como la Vida, Integridad personal, las Garantías judiciales y la Igualdad y no discriminación de Ángel Duque. En este contexto, Ángel Duque en el año 2001 se posiciono en una situación de desprotección por la pérdida de su pareja permanente del mismo sexo, quien falleció a causa del virus de linfodeficiencia humana (VIH). Por ello, al padecer de la misma condición buscó que se le reconociera como beneficiario de la pensión de sobrevivientes contemplada en la legislación colombiana ante una circunstancia similar. No obstante, la administradora de

fondos de pensiones (en adelante COLFONDOS) rechazó la solicitud, citando la normativa vigente que no reconocía que las parejas del mismo sexo calificaran como beneficiarios de la referida prestación.

Para dicho análisis desarrollaremos el contexto sociocultural del reconocimiento de la comunidad LGBT en la sociedad colombiana, continuando con el marco legal de Colombia en materia de Seguridad Social con la Ley 54 de 1990, el Decreto 1889 de 1994 y la Ley 100 de 1993, finalizando con el desarrollo jurisprudencial del acceso a la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. Seguidamente, se identifican los hechos relevantes del caso y las actuaciones que se generaron en la vía interna en los tribunales colombianos, y en la vía internacional en la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana) y la Corte Interamericana. Ello nos permitirá sustentar nuestra postura en la cual consideramos que la Corte Interamericana debió declarar la responsabilidad estatal de Colombia por la vulneración de todos los derechos alegados por Ángel Duque tales como el derecho a la Vida, a la Integridad personal, y a las garantías judiciales dado que las mismas se encuentran estrechamente vinculadas con el Derecho a la Igualdad y no discriminación, extremo por el cual se declaró la responsabilidad del Estado colombiano.

En ese sentido, la Comisión IDH somete el presente caso a la competencia de la Corte Interamericana debido a que, en el Derecho Internacional, este órgano tiene un rol fundamental en las formulaciones y decisiones respecto a la materia. Así, sostenemos que la Corte Interamericana debería haber responsabilizado al gobierno colombiano por la vulneración de todos los derechos alegados por Ángel Duque, como parte de su competencia, toda vez que no hubo una reparación integral a la víctima por los hechos alegados, así como el recurrente agotó las vías internas en el ordenamiento colombiano antes de acudir a los tribunales internacionales. Por tanto, la denegación de la pensión de sobrevivientes debido a la orientación sexual de Ángel Duque tuvo como consecuencia la vulneración de otros derechos estrechamente vinculados con el mismo dentro del cual están incluidos el Derecho a la Vida, la Integridad personal, y las Garantías Judiciales. Finalmente, abordaremos el desarrollo del derecho a la Seguridad Social en el derecho colombiano y peruano, para luego proponer algunas recomendaciones a fin de enfrentar la situación de exclusión y discriminación hacia la comunidad LGBT en el contexto nacional.

II. CONTEXTO SOCIOCULTURAL, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Abordaremos el ordenamiento interno colombiano a través de un análisis del contexto sociocultural, normativo y jurisprudencial relativo al tratamiento de las personas dentro de la comunidad LGBT, centrándonos en el reconocimiento normativo y jurisprudencial del derecho a la Pensión de Sobrevivientes de quienes entablan relaciones de pareja con personas del mismo sexo, derechos que si son reconocidos para las parejas heterosexuales, con lo cual existiría una exclusión injustificada de esta comunidad.

1. CONTEXTO SOCIOCULTURAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNIDAD LGBT EN COLOMBIA

Los beneficios para parejas del mismo sexo, como la Pensión de Sobrevivientes en caso de fallecimiento del compañero permanente, han sido paulatinamente reconocidos en Colombia. Actualmente a estas parejas se les reconoce derechos patrimoniales¹, civiles, entre otros que sólo se contemplaban para las parejas heterosexuales. Tal como es el caso de la Ley 54 de 1990, mediante el cual "(...) se les reconoció derechos patrimoniales a las parejas heterosexuales que convivían bajo el concubinato, cuya forma de vivir era censurable por parte de una comunidad con gran arraigo religioso." (Cardona, García y Lopera, 2022:518). Con ello, se aprecia una tendente evolución social respecto a las nuevas formas de convivencia como la que se observa en el caso de las parejas del mismo sexo. Por ello, en este apartado, analizaremos la evolución en el tiempo respecto al tratamiento y reconocimiento de dichas parejas en Colombia.

A lo largo del tiempo ha existido un abierto rechazo hacia las relaciones entre parejas del mismo sexo en Colombia fomentado por la estigmatización del concepto de homosexualidad. Ello en tanto dichas relaciones eran sinónimo de "pecado" o "ilegalidad", ya que estas relaciones transgredieron los estándares morales públicos. En congruencia, Colombia penalizaba la homosexualidad, ya que el acceso carnal homosexual se encontraba tipificado como delito en el artículo 323 del Título XII del Código Penal de 1936. Siendo tema de debate el segundo párrafo del referido artículo toda vez que se "(...) criminalizó un acto específico, el "acceso" y, según definiciones promulgadas, el *acceso carnal* se refiere a la penetración del miembro viril de manera normal si es en la vagina o anormal si es en el ano. Este último es el que se enuncia en el Código Penal."(Bustamante 2008: 119-120). Es decir, se criminaliza la consumación del acto sexual entre personas del

¹ Con la Sentencia T-911 del año 2009 se declaró la aplicación igualitaria de la Ley 54 de 1990 respecto a los derechos patrimoniales reconocidos para las parejas heterosexuales, extendiéndose a las parejas del mismo sexo.

mismo sexo(varones), pese a que los implicados lo podían realizar de manera consensuada en el contexto de una relación de pareja.

Seguidamente, con la expedición del Código Penal de 1980 se eliminó el párrafo referido; no obstante, si bien no se sancionaban las prácticas entre parejas homosexuales tampoco se les reconocía. Tanto la práctica jurisprudencial como la normativa vigente impidieron el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT, considerando esto como una contravención a las construcciones sociales vigentes. Una de las nociones que no permitía las uniones entre personas del mismo sexo era la de familia, dado que la heterosexualidad era la condición primordial para la constitución familiar y procreación de la especie. Como ejemplo de ello, advertimos que los notarios colombianos comenzaron a registrar estas uniones entre parejas del mismo sexo a partir del año 2013, pero en ninguno de los casos se utilizó la palabra “matrimonio”, según el análisis de Visbal y Gonzales sobre el problema de las relaciones entre personas del mismo sexo. También refieren que 10 solicitudes fueron rechazadas debido a que algunos notarios consideraban que para este trámite el formato es de ‘unión contractual’ (2014:15).

Este escenario nos permite advertir que el derecho influye en la construcción y conformación de la familia y sus miembros, toda vez que los legisladores asumen la heterosexualidad de las relaciones al momento de constituir una pareja o familia. No obstante, la transformación de la realidad social en el tiempo permitió una tendencia evolutiva en el reconocimiento de derechos de la comunidad de LGBT, mismos quienes paulatinamente “(...) reclaman abiertamente por el reconocimiento legal de estas relaciones, las cuales deben ser protegidas por las constituciones al igual que cualquier otro de los derechos humanos.” (Visbal y González 2014:25). Ello debido a que el reconocimiento legislativo en la materia no sería un avance per se, sino la legitimación de la existencia de esta comunidad dentro de la sociedad.

Frente a ello, advertimos que con la Constitución Política de 1991 se darán las primeras aproximaciones para su reconocimiento, ya que la finalidad de la misma fue la de constituirse como órgano de discusión y visibilidad de los problemas coyunturales de una sociedad en constante evolución social como Colombia. Sin embargo, pese a esta tendencia progresista, “(...) en el periodo comprendido entre 1991 y 1993 la Corte Constitucional no se pronunció en relación a los derechos de las personas LGBT y no fue sino hasta 1993 con la primera demanda de tutela que se generó el primer pronunciamiento del Tribunal(...)” (Solano 2011: 33). En consecuencia, este panorama impulso el desarrollo jurisprudencial para el reconocimiento de la comunidad LGBT mediante la presentación de

recursos judiciales por parte de estas parejas colombianas que buscaban el reconocimiento de sus derechos, los cuales no se encontraban establecidos legalmente.

Dicha medida fue utilizada en tanto aún persistían las prácticas sociales que “(...) han situado a la comunidad de personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT) en condiciones de inferioridad(...)” (Visbal y González 2014:44). De esta manera, las relaciones entre parejas homosexuales recibían un tratamiento restrictivo y desventajoso, desconociendo el trato igualitario en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Tal como advertiremos en líneas posteriores, incluso “(...) cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta; así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales.” (Visbal y González 2014: 45). En otras palabras, la eliminación de las conductas deslegitimadoras hacia la población LGBT son necesarias para garantizar la igualdad de condiciones de todas las personas, tal como lo establece el artículo 13 de la Constitución colombiana. Por lo que no solo se debe prohibir las conductas discriminatorias, sino también efectivizar dicha prohibición eliminando las prácticas deslegitimadoras hacia la comunidad LGBT.

Aunado a ello, los medios de comunicación contribuyen en la percepción que la sociedad colombiana tiene sobre la comunidad LGTB debido a la forma en la que estos representan la información y imaginarios sociales respecto a dicha comunidad. Así, en Colombia se advierte que la imagen de las personas homosexuales se ligaba a “(...) la noción de minoría sexual... cuyas prácticas sexuales lo exponen a una infección sin cura a un individuo de derechos diferenciado del ciudadano heterosexual, el sujeto mayoritario.” (Correa y Carmona 2023 :89). Es decir, las representaciones mediáticas de estas personas se alineaban con la concepción “anormal” y “diferente” en yuxtaposición a la conducta heterosexual. En esa misma línea, en el ámbito televisivo se plasmaba a la comunidad LGTB con “(...) un discurso que representa a los homosexuales como ridículos y personajes paródicos, que resultan ser al mismo tiempo incómodos, ofensivos y graciosos.” (Correa y Carmona 2023 :81). Es decir, se caracteriza a la persona homosexual como un personaje ajeno y diferente a la “normalidad” social debido a su orientación sexual, solo encajando con personajes ofensivos o hilarantes.

Por tanto, en aras de lograr el cambio social, se produjeron los movimientos sociales que se dieron con “(...) el surgimiento de organizaciones no gubernamentales que defienden y reivindican los derechos de los homosexuales... cuando ha sido necesario, los reclamos de la comunidad homosexual han trascendido los fronteras del territorio colombiano en busca de la protección(...)” (Colombia Diversa 2008:128). Es decir, en esta lucha por el

reconocimiento social se tiene como objetivo la materialización y garantía real de sus derechos por parte del Estado, aceptando también la diversidad sexual, que, sin exaltar dicha condición, abre la posibilidad de convalidar un proceso de transformación de la realidad social colombiana.

Por todo ello, advertimos que en la historia colombiana ha existido un abierto rechazo hacia las relaciones conformadas por las parejas del mismo sexo fomentado por el prejuicio hacia el concepto de homosexualidad que contravenía la moral pública. Hecho que se reflejaba hasta con la penalización de actos como el acceso carnal entre parejas del mismo sexo, demostrando así la influencia del derecho y los medios de comunicación en la construcción de las relaciones personales, familiares y sexuales de las parejas pertenecientes a la comunidad LGBT. Sin embargo, el tiempo y la afirmación pública de los derechos LGBT por parte de la sociedad allanaron el camino para su reconocimiento gradual, debido a que estas personas comenzaron a reclamar abiertamente sus derechos. Por ello, en el siguiente apartado se desarrollará la evolución normativa sobre la regulación de la Seguridad Social y Pensión de Sobrevivientes para parejas del mismo sexo dentro del marco jurídico colombiano.

2 DESARROLLO DEL CONTEXTO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO

La Seguridad Social reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental, inherente, irrenunciable y obligatorio que busca proteger a los trabajadores y a sus familias, en concordancia con el artículo 48 de la Constitución Política de 1991. Asimismo, en la sentencia T-049 de 2002 la Corte Constitucional define el concepto del Derecho a la Pensión como un derecho inherente y fundamental destinado a salvaguardar a sus beneficiarios en circunstancias de vulnerabilidad. De esta manera, la importancia de este derecho como garantía de seguridad y protección de los familiares del causante se encuentra regulado en el artículo 1 de de la Ley 100 de 1993. Así, el preámbulo de la referida ley se establece un sistema de normas y procesos diseñados para garantizar la calidad de vida de quienes acceden a el en el Sistema Integral de Seguridad Social, a través de la implementación progresiva de programas estatales destinados a ofrecer protección integral frente a contingencias que atenten contra su salud. y estabilidad económica.

De esta manera, se reconoce la pensión de sobrevivientes como “(...)una prestación económica, que se ha conocido como sustitución pensional en favor de los beneficiarios y que se puede interpretar como un seguro de vida.” (Aristizábal 2015:5). En otras palabras,

en dicha prestación se traslada el derecho de pensión del causante afiliado al Sistema de Seguridad Social hacia los beneficiarios al momento de fallecer. Se advierte así que este derecho tutela la vida, salud, seguridad social, entre otros porque se trata de una prestación que protege al grupo familiar del beneficiario ante su fallecimiento. Igualmente, en 1994, la Corte Constitucional de Colombia reconoció la anualidad de los sobrevivientes como un derecho básico con la Sentencia T-173:

“(…)parte del patrimonio del trabajador y al fallecer éste surge la sustitución de pensión en forma vitalicia a la viuda, para protegerla económicamente, y a los hijos menores y a los hijos inválidos para que no queden desamparados quienes dependían económicamente del trabajador fallecido. Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable. Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental. Este derecho es cierto e indiscutible, irrenunciable. Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial.”²

Igualmente, la Corte Constitucional reafirma su posición con la Sentencia C-002 de 1999³ en donde señala que la finalidad de dicha pensión es:

“(…)la de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el pensionado ofrecía a sus familiares, y que el deceso de éste no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues es un hecho cierto que en la mayoría de los casos la sustitución tiene el alcance de una ayuda vital para dichos beneficiarios, es decir, indispensable para su subsistencia. Desde esta perspectiva se puede advertir que el objetivo esencial... responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido(…)”

En ese sentido, se fundamenta la relevancia del derecho a la Seguridad Social, toda vez que se encuentra estrechamente vinculado a la Dignidad Humana, motivo por el cual es objeto de protección en vía de acción de tutela aplicable para todos los ciudadanos. Ello en tanto es indiscutible el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable de la pensión de sobrevivientes, ya que salvaguarda no sólo al pensionado sino también, en igual medida, la seguridad social y mínimo vital imprescindible de los beneficiarios del afiliado

² Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-173-94.htm>

³ Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-002-99.htm#:~:text=A%20la%20muerte%20de%20un,que%20ven%C3%ADa%20percibiendo%20el%20causante.>

fallecido como consecuencia de su participación en el Sistema General de Seguridad Social.

Así, la pensión de sobrevivencia se encuentra regulada por la Ley 100 de 1993, relativo al Sistema General de Pensiones, parte integral del Sistema General de Seguridad Social⁴. En consecuencia, el artículo 46 del citado precepto legal enumera los criterios para adquirir la condición de beneficiario de la Pensión de Sobrevivientes de la siguiente manera:

“Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión en los sobrevivientes:

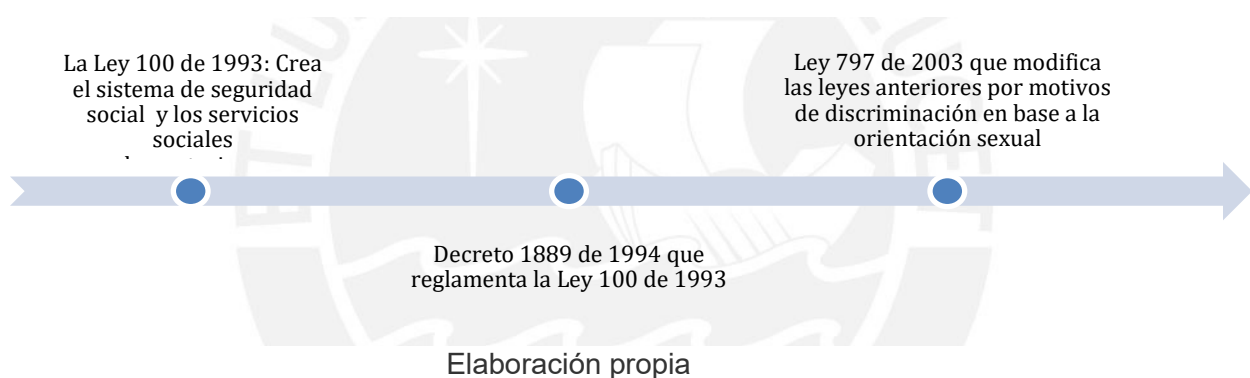
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y
 - b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.”

Del mismo modo, el Artículo 47° dispone el listado de Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes, cuyo texto original señalaba que eran beneficiarios, en forma vitalicia, el cónyuge o la **compañera o compañero** permanente supérstite. Siendo que, para poder reclamar dicha pensión después de la muerte de su pareja pensionada, debe proporcionar evidencia de su convivencia en una relación permanente desde el momento en que el causante cumplió con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez o vejez hasta que falleció, a menos que tuvieran hijos con el pensionado fallecido, y que vivieran juntos durante al menos dos años antes de su fallecimiento. En ese sentido, este sistema busca brindar protección y amparo contra sucesos como la vejez, incapacidad o muerte, tal como lo establece el artículo 10 de la referida norma. En la misma línea, el artículo 15 establece, además, que toda persona que tenga un contrato de trabajo deberá registrarse obligatoriamente en el Sistema de Pensiones.

⁴ Como antecedente tenemos a la Ley 90 de 1946 que creó el Seguro Social Obligatorio, mismo en el cual se hacía referencia a la Pensión de Sobrevivientes, pero en el extremo que solo podía ser solicitada por la viuda o el viudo invalido.

Para reglamentar la Ley 100 de 1993, el Decreto 1889 de 1994 establece en sus artículos 10 y 11 que para ostentar la calidad de “compañero o compañera permanente” para la pensión de sobrevivencia del afiliado, la designación de pareja permanente se referirá a la última persona de sexo diferente con quien el afiliado convivió en relación marital con una duración mínima de dos años. Asimismo, se define como pareja permanente a quien ha sido registrada como tal por el causante ante la autoridad administradora correspondiente. Asimismo, dicha característica podrá ser validada por cualquier forma de prueba legalmente reconocida. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 fue modificada por los artículos 12, 13 y siguientes de la Ley 797 de 2003, que establecieron la exequibilidad condicionada de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, con lo cual la pensión de sobrevivientes también comprende como beneficiarios a las parejas del mismo sexo. Para mayor ilustración se plasmarán estas leyes en la siguiente línea de tiempo:

Gráfico 1: Línea de tiempo de la principal legislación colombiana sobre la Seguridad Social y Pensión de sobrevivientes 1993 - 2003



Por lo expuesto, advertimos que las leyes colombianas relativas a la Pensión de Sobrevivientes como la Ley 54 de 1990, 100 de 1993, así como el Decreto 1889, establecieron nuevas categorías que exacerbaban los prejuicios y el trato discriminatorios hacia las parejas del mismo sexo. Contraviniendo los valores establecidos en la Constitución colombiana de 1991, y vulnera el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana) que prohíben toda forma de discriminación en base a la orientación sexual. Esta exclusión injustificada de las parejas del mismo sexo a la Pensión de Sobrevivientes restringe su derecho a la Seguridad Social, mismo que se encuentra vinculado con el Derecho a la igualdad y no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad. Dicho escenario fue modificado paulatinamente por parte de la Corte Constitucional tal como observaremos en el siguiente apartado.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA DEL DERECHO A LA PENSION DE SOBREVIVIENTES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En el presente apartado analizaremos las diferentes posturas adoptadas por la Corte Constitucional en las sentencias relativa al reconocimiento de las parejas del mismo sexo como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

Cuadro 1: Cuadro Resumen de Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana del mismo sexo en el periodo 2001-2014



	HECHOS	PROBLEMÁTICA	FUNDAMENTOS	DECISIÓN
Sentencia SU-623 de 2001:	Acción de tutela de César Medina contra Comfenalco E.P.S, a fin de ser considerado en el Sistema de Seguridad social en Salud en mérito a su compañero permanente John Castaño, siendo que la negación de su pedido vulnera sus derechos a la seguridad social, igualdad, salud y al libre desarrollo de la personalidad	El fondo de pensión niega la afiliación del recurrente como beneficiario argumentando que este derecho es un beneficio familiar, condición que no cumpliría.	La Corte afirma que las disposiciones legislativas que definen a los beneficiarios del sistema contributivo de seguridad social en salud comprende a la noción de familia, incluyendo al cónyuge o pareja permanente del sexo opuesto. En consecuencia, esto implica relaciones heterosexuales.	La Corte considera que, si bien la orientación sexual es una opción válida del libre desarrollo de la personalidad, no se equipara constitucionalmente al concepto de familia.
Sentencia C-075 de 2007.	Sentencia mediante el cual se le reconoció a las parejas del mismo sexo la igualdad patrimonial generado al cabo de dos años de convivencia con la creación de una unión material de derecho. Siendo la ley 54 de 1990 la que concedió dichos beneficios a las uniones heterosexuales, mismo que ahora incluye a las parejas del mismo sexo, ampliándose así dicha cobertura, ya que lo contrario contravendría principios como la no discriminación	Si bien con la Constitución de 1991 se dieron cambios importantes respecto a la no discriminación hacia las parejas del mismo sexo, estos no fueron plenamente efectivos, ya que en el aspecto patrimonial aún se los excluía, contraviniendo así el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.	La Corte reconoce el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la igualdad, la autonomía de las personas y el libre desarrollo de la personalidad son derechos constitucionales que también aplican a las parejas del mismo sexo. Derechos que les permiten a las personas escoger su plan de vida.	La Corte reconoce que las uniones de parejas del mismo sexo que tengan dos años de convivencia podrán adquirir derechos patrimoniales sin que sean excluidos, en concordancia con el reconocimiento de derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros.
Sentencia C-521 de 2007	En temas de salud se declaró inexecutable los dos años de permanencia en la unión marital para acceder al plan obligatorio de salud, por aplicación del principio de igualdad, toda vez que a la familia que se desprende del vínculo matrimonial no se le exige tiempo alguno.	Ricardo Cardona y María Margarita Rojas presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163, parcial, de la Ley 100 de 1993.	La Corte enfatiza la obligación de la principio de buena fe en relación con el peligro de fraude, indicando que la conducta puede ser objeto de denuncia penal, penalizando así a quien intente obtener ventaja económica sin ser compañero o compañera permanente. En consecuencia, la prueba de la condición de compañero o compañera permanente debe ser acreditada mediante declaración notarial.	La Corte declaró la inexecutable del requisito de convivencia superior a dos años para que las parejas del mismo sexo puedan tener derecho a integrar el grupo familiar del Plan Obligatorio de Salud. A la luz de las reclamaciones fraudulentas de personas que pretendían ser parejas permanentes sin cumplir los criterios establecidos por la ley, se determinó la declaración ante notario en la que se expresaba la intención de crear una unidad familiar permanente.

<p>Sentencia C-811 de 2007.</p>	<p>Se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "familiar" del Artículo 163 de la Ley 100 de 1993.</p>	<p>En este caso, los demandantes consideran que la referencia al concepto de familia tradicional formada por cónyuges o compañeros permanentes de diferentes sexos desconocen a las familias compuestas por parejas del mismo sexo.</p>	<p>la Corte expresa que la comprobación de los requisitos exigidos a las parejas para acceder a la pensión de sobrevivencia debe regularse con el mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007. De esta manera, la Corte logra una integración de las parejas del mismo sexo al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo</p>	<p>La Corte no resuelve a favor de una inexequibilidad sobre la norma objeto dado que traería consigo la desprotección automática de los demás sujetos beneficiados, por lo que condiciona su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo.</p>
<p>Sentencia C-336 de 2008</p>	<p>Demanda de inconstitucionalidad, parcial, contra los artículos 1 de la ley 54 de 1990; 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993.</p>	<p>Se cuestiona la constitucionalidad de las normas referidas, toda vez que las mismas no abarcan a las parejas del mismo sexo en materia de seguridad social. Existe una falta de regulación sobre la prueba de la unión marital entre las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes.</p>	<p>La Corte considera que no existe justificación objetiva que avale un trato discriminatorio hacia las parejas del mismo sexo para que no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Por tanto, consideran que la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada también a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo, en función al efectivo goce de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual.</p>	<p>Se declara la inconstitucionalidad de las expresiones discriminatorias tales como las expresiones "<i>compañera o compañero permanente</i>," "<i>compañera /compañero permanente</i>"; del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones "<i>cónyuge o la compañera o compañero permanente</i>"; contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo.</p>
<p>Sentencia T – 1241 de 2008</p>	<p>José Reyes busca la sustitución de la pensión de su pareja permanente del mismo sexo presentando un caso de tutela contra el Fondo de Retiro de las Fuerzas Militares. La solicitud ha sido denegada por la Entidad por considerar que no es beneficiario y que la familia se define como la unión de un hombre y una mujer según el artículo 42 de la Constitución Política.</p>	<p>Se niega el acceso a la pensión de sobrevivientes a la pareja del mismo sexo del causante.</p>	<p>la Corte manifiesta que el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe contemplar la protección de derechos fundamentales y la familia, a pesar de ser una prestación económica, también ha sido catalogada como un derecho fundamental, ya que vela por un trato digno e igualitario de aquellas personas que se encuentran en una situación de desprotección por diferentes razones que requieran un tratamiento especial por parte de la entidad. Sin embargo, considera que en este caso no se logró acreditar la existencia de la unión.</p>	<p>Por lo tanto, la Corte basa su decisión señalando que, a pesar de la relación personal que compartía el recurrente con el causante, no es posible reconocer la pensión de sobrevivientes por que no hubo confirmación de la existencia de la unión por medio de una declaración juramentada ante notario, ya que la sola manifestación de uno de los miembros no puede acreditar la voluntad permanente.</p>

<p>Sentencia T-051-2010</p>	<p>Aclaración respecto a la sentencia C-336-2008</p>	<p>Se exige claridad respecto a la interpretación restrictiva de lo señalado en la sentencia C-336 de 2008, debido a que en la práctica las parejas no podrían acceder a la pensión de sobrevivientes, debido a que las exigencias para su acreditación como compañeros resulta desproporcionada, lo cual implicaría un trato discriminatorio, ya que ello no se les exigiría a las parejas heterosexuales.</p>	<p>La Corte fija los alcances de la sentencia C-336 de 2008, siendo que la interpretación con la cual se exige como requisito para que las personas del mismo sexo accedan al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la declaración simultáneamente ante el notario carece de sustento pues genera un trato discriminatorio y el desconocimiento de las declaraciones de terceras personas ante notario..</p>	<p>Esto aclaró la interpretación de la sentencia C-336 de 2008, ya que no obliga a las parejas del mismo sexo a declarar su unión de hecho ante notario como requisito para la acreditación. Su objetivo es reconocer el derecho a obtener el pago y el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en idénticas condiciones que las concedidas a las parejas heterosexuales.</p>
<p>Sentencia T – 860 de 2011</p>	<p>El recurrente mantuvo una relación por más de diez años hasta el fallecimiento de su pareja. Como prueba de su unión marital de hecho adjunta declaraciones juradas ante notario de personas que testifican sobre la convivencia estable y permanente. La entidad demandada rechaza la solicitud para acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes señalando que no reúne la calidad de beneficiario, por cuanto la Constitución en su Artículo 42 reconoce como integrantes del grupo familiar a la relación entre un hombre y mujer. Así, se instauró una acción de tutela. El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá negó el amparo. Seguidamente, El Tribunal Superior de Bogotá confirma la decisión.</p>	<p>La Corte se pronuncia sobre el régimen probatorio de la condición de compañero permanente.</p>	<p>La Corte reitera la decisión contenida en la sentencia C-336 del 2008. De igual manera, aclara la aplicación actual de la Sentencia C-336 de 2008, que muestra cómo una sentencia de control impacta en la práctica la norma regulada (ya sea su inexigibilidad o su exequibilidad condicionada). La sentencia debe ejecutarse con prontitud, con miras al futuro y con el potencial de impactar asuntos que tienen sus raíces en el pasado (es decir, asuntos legales en curso cuando se dicta la sentencia). En consecuencia, deja claro que no se puede negar el derecho porque un miembro de una relación del mismo sexo falleció antes de la Sentencia C-336 de 2008.</p>	<p>La Corte manifiesta su postura sobre el régimen probatorio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, y que ambos integrantes deben jurar ante notario para sustentar el reclamo, situación que generaba que muchas entidades de la Seguridad Social exijan dicha prueba. Sin embargo, la Corte ha fallado a favor de parejas del mismo sexo e igualado su goce de derechos en las mismas circunstancias que las parejas heterosexuales en sentencias como la T-051 de 2010, contradiciendo así este entendimiento.</p>
<p>Sentencia T – 327 de 2014</p>	<p>La Corte diferencia entre situaciones cuando la tutela no es el mecanismo de defensa principal por existir dispositivos judiciales adicionales que deben ser utilizados antes; y cuando la tutela es el mecanismo de defensa ante situaciones excepcionales donde procede la protección constitucional.</p>	<p>El demandante en este caso es una persona que vive con VIH/SIDA, lo que le está provocando que poco a poco vaya perdiendo su salud.</p>	<p>La Corte considera las circunstancias específicas presentadas y la duración de los procedimientos judiciales al evaluar la eficacia de los recursos judiciales en las solicitudes de pensión, particularmente en lo que respecta al impacto en el derecho violado debido a la situación única del individuo.</p>	<p>La Corte establece que las parejas del mismo sexo deben tener el mismo derecho a la libertad de prueba en su matrimonio de hecho que las parejas heterosexuales, ya que no hacerlo sería una violación de la dignidad humana y la igualdad.</p>

Elaboración Propia

Por todo ello, observamos que la Corte Constitucional ha reconocido de manera paulatina la protección de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo. No obstante, advertimos que las prácticas de las entidades de fondo de pensiones tienden a negar las

solicitudes de pensión, en el contexto de una interpretación normativa que desconoce la existencia de unidades familiares variadas, incluidas aquellas compuestas por parejas del mismo sexo. Así, si bien han existido avances jurisprudenciales respecto del acceso a las pensiones de sobrevivientes, en la realidad el acceso a la misma se encuentra limitado porque las entidades públicas de fondos de pensiones se oponen a reconocer como beneficiarias del causante a sus parejas del mismo sexo lo cual ha generado múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional de Colombia.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO:

El recurrente, Ángel Duque de 37 años, conoció a su pareja Oscar Jiménez de 27 años, iniciando así una relación amorosa que duró 10 años aproximadamente. A lo largo del tiempo mantuvieron una exclusiva y duradera comunidad de vida hasta la muerte de Jiménez el 15 de septiembre de 2001 a raíz del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), que padecían ambos miembros de la relación. El 4 de agosto de 1997, el señor Duque ingresó al programa ETS-VIH/SIDA de una Empresa Prestadora de Salud (EPS) tras ser diagnosticado con infección VIH C3, motivo por el cual inició un tratamiento retroviral con azt-3ct-idv-rtv (800/100mg), medicamento que no podía ser suspendido bajo riesgo de muerte. No obstante, se advierte que, a partir del fallecimiento de su pareja, las condiciones económicas del señor Duque fueron en deterioro debido a su situación de desempleo, toda vez que el pensionado fallecido solventaba sus necesidades básicas.

1. ACTUACIONES EN ORDENAMIENTO INTERNO (COLFONDOS/ TUTELA)

El causante era afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS), aportando así al Seguro Social mientras laboraba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Motivo por el cual, luego del fallecimiento de su pareja, en un escrito presentado el 19 de marzo de 2002, Duque solicitó se le indiquen los requisitos necesarios para acceder a la Pensión de Sobrevivientes de su compañero permanente.

La entidad responde el 3 de abril de 2002, indicando que el señor Duque no puede acreditarse como beneficiario, en mérito al artículo 74° de la ley 100 de 1993, donde las parejas del mismo sexo no serían elegibles para dicho beneficio, ya que está supeditado a que los beneficiarios sean la pareja permanente del fallecido, que se define como la unión

entre un hombre y una mujer. Ante ello, teniendo en cuenta la vulnerabilidad económica que le significó la muerte de su compañero, aunado a la vulnerabilidad y riesgo de su salud por ser portador del SIDA, el Señor Duque decide interponer una acción de tutela.

El 26 de abril de 2002 el señor Duque (en adelante, el recurrente) inició una acción de tutela solicitando el reconocimiento de la sustitución de la pensión como medida transitoria hasta el avance del proceso judicial correspondiente. Teniendo en cuenta su contexto particular, como las dificultades económicas y de salud que enfrentó después de la muerte de su compañero, quien era su principal proveedor financiero. De esta manera, el recurrente exige un pronunciamiento por parte del aparato estatal respecto a los derechos que considera vulnerados ante la negativa de la entidad de fondo de pensiones.

En esta primera instancia, para sustentar la acción de tutela, el recurrente alega que se tiene por acreditada su vida en pareja con el causante. Asimismo, refiere no contar con ingresos, y que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad debido a que es portador del virus del SIDA, requiriendo tratamiento con retrovirales cuya suspensión generaría un riesgo de muerte. Aduce también que, debido a la muerte de su pareja, se quedaría sin cobertura del servicio de salud, por lo cual el reconocimiento de la pensión representaba la posibilidad de acceder a ello en las mismas condiciones. Siendo así, la denegación de la misma vulneraba derechos como la Vida, Libre desarrollo de la personalidad, Igualdad, Dignidad Humana, y el derecho a la constitución de una familia.

El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela, en consonancia con lo señalado por COLFONDOS., determina que el recurrente no cumplía los requisitos formalmente exigidos para ser beneficiario de la prestación. Asimismo, señaló que, a la fecha, no existía pronunciamiento jurisprudencial ni normativo sobre dicho reconocimiento a las parejas del mismo sexo. Además refiere que existen otras formas de resolver la problemática presentada como la vía contenciosa administrativa o la interposición del recurso de reconsideración y apelación, ya que al tratarse de un asunto

de orden legal, no se puede recurrir a la acción de tutela, pero sí a procedimientos convencionales⁵.

En consecuencia, en primera instancia, la judicatura determinó la improcedencia de la acción, y declaró que no existía responsabilidad de COLFONDOS, pues la denegación de dicha entidad se encontraba en concordancia con la Constitución y el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, ya que lo contrario contraviene dichos preceptos legales. En resumen, la judicatura recomienda al recurrente que puede buscar ayuda en instituciones públicas de salud estatales si su preocupación es el cese del tratamiento antirretroviral en caso no contará con los recursos económicos necesarios. .

Ante ello, el recurrente impugna dicha resolución; no obstante, el 19 de julio de 2002, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá confirmó en su integridad la resolución de primera instancia, sosteniendo que, al momento de dicho pronunciamiento, la normativa determinaba que por compañeros permanentes se entiende al hombre y mujer que forman la unión marital. Es decir, coincide que la decisión de COLFONDOS se encontraba respaldada legalmente en tanto la normativa colombiana no consideraba que las parejas del mismo sexo forman parte del concepto de familia tradicional.

En ese sentido, consideran que COLFONDOS denegó la pretensión pensional al recurrente debido a que la misma busca tutelar a los miembros de la familia frente a una situación de desprotección, siendo que la familia está conformada por hombre y mujer que tienen como fin la procreación de los hijos y la continuidad de la especie. Por tanto, la relación entre parejas conformadas por mujer con mujer o varón con varón, no constituiría una familia. De esta manera, si bien reconocen los actos y relaciones íntimas entre las parejas homosexuales, consideran que son diferentes a las relaciones existentes entre los miembros de una familia.

Finalmente, dicha judicatura hace referencia a que, debido al carácter patrimonial de las prestaciones sociales, dicha problemática debía observarse en la vía ordinaria. En

⁵ Ello en mérito al Decreto 2591/91 que había establecido la improcedencia de la tutela cuando existieran otros medios de defensa judicial

consecuencia, declaran que no se han vulnerado derechos fundamentales, concluyendo que el recurrente buscaría recurrir a la protección constitucional para obtener derechos eminentemente patrimoniales; estableciendo así que las prestaciones sociales son un derecho legal que sólo puede ser transferido a los ciudadanos que cumplan con los requisitos prescritos por la ley. Tras estas dos denegatorias; el expediente de tutela fue radicado a la Corte Constitucional de Colombia el 26 de agosto de 2002, pero esta vez el caso no fue seleccionado para revisión⁶.

2. ACTUACIONES EN LA VÍA INTERNACIONAL (COMISIÓN IDH /CORTE IDH)

Ante las negativas a su solicitud, el 8 de febrero de 2005, la defensa técnica del recurrente presentó demanda ante la Comisión Interamericana, alegando la responsabilidad Internacional colombiana por la violación de la Convención Americana, destacando el trato discriminatorio debido a su orientación sexual (homosexual), siendo aprobada el 2 de noviembre de 2011 y comunicado a las partes el 8 de noviembre de 2011⁷.

La problemática se basaba en la exclusión injustificada hacia el recurrente cuando se le negó injustamente la pensión de sobrevivientes después del fallecimiento de su compañero del mismo sexo. lo cual supondría un trato discriminatorio por motivo de su orientación sexual. Esta exclusión fue fundamentada mediante una definición restrictiva de "familia", limitando así los derechos a las parejas del mismo sexo. Así, a nivel interno, Colombia no proporcionó un recurso adecuado para salvaguardar los derechos del recurrente, perpetuando así la discriminación. Ello afectó significativamente al recurrente en lo relativo su derecho a la vida y a la integridad personal, agravado por su condición de portador de VIH.

En los escritos de descargo, Colombia fundamenta que no incurrió en responsabilidad internacional, fundamentando que el recurrente tenía acceso al tratamiento médico para el tratamiento de su enfermedad. Alega además que su aparato jurisdiccional cuenta con los

⁶ Dicha situación se ve revertida con la Sentencia C-336 de 2008.

⁷ En marzo de 2005, la Comisión IDH registró la petición con el número 123-05, y solicitó al Estado que realice sus descargos.

mecanismos necesarios para que los ciudadanos puedan acceder al Sistema de Justicia, prueba de ello era el acogimiento de las peticiones del demandante ante el sistema judicial, en concordancia al derecho al debido proceso. Luego de la presentación de los descargos, la Comisión Interamericana fundamenta su competencia para conocer la petición en cuestión mediante la aprobación del Informe N°150/11 a favor del peticionario con fecha 2 de noviembre del 2011, en el cual identifica una vulneración de Derechos del recurrente.

Así, presentados los descargos, la Comisión IDH determina la responsabilidad de Colombia llevando el caso ante la Corte IDH, bajo los argumentos siguientes:

- La Comisión ha determinado que la legislación vigente en Colombia no garantiza los principios establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana que prohíbe la discriminación basada en cualquier característica, incluida la orientación sexual. Como resultado, la normativa colombiana impide el acceso a la Pensión de Sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. De esta manera, para garantizar el acceso a la Justicia se indispensable que los Estados implementen mecanismos de protección efectivos que consideren las circunstancias particulares de los recurrentes. Así, la ausencia de protección y sensibilidad de los operadores de justicia profundizan y perpetúan los patrones de segregación. Por ello, la Comisión considera que el caso versa sobre el carácter discriminatorio de la normativa colombiana que impide el acceso a la pensión de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo.
- Colombia no proveyó a la víctima de recursos efectivos dentro del ordenamiento interno; incluso, advierte que lo operadores de justicia habrían perpetuado la discriminación hacia las parejas del mismo sexo. Así, la Comisión reitera que se deben respetar las garantías del debido proceso, toda vez que las decisiones judiciales que atañen derechos humanos deben fundamentarse, en concordancia, con el artículo 25 de la Convención Americana. Por tanto, si la tutela buscaba cuestionar la objetividad de la exclusión de las parejas del mismo sexo a la referida pensión; los jueces le dieron un alcance limitado que resulta contrario convención y a la propia jurisprudencia constitucional citada por el Estado; por lo

que el recurrente no contó con un efectivo recurso judicial para cuestionar la normativa que excluye a las parejas del mismo sexo como beneficiarios de la pensión de supervivencia de su compañero permanente fallecido.

- La Comisión consideró que el recurrente se encontraba en una situación de vulnerabilidad en tanto convergían circunstancias particulares como su condición de portador de VIH, su orientación sexual, y su condición económica. Por tanto, con la denegación de la pensión de sobrevivencia sin justificación se vulneró, además, su derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana). En ese sentido, la comisión concluye que el referido derecho es amplio en su aplicación, por lo que su vulneración debe tomar en cuenta las circunstancias particulares de la víctima. Así, se determinó que el análisis del derecho a la integridad personal es subsidiario respecto a los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24, y 25 de la Convención, destacándose que las personas portadoras del SIDA, por las características propias de la enfermedad, requieren un tratamiento continuo, aunado a la situación de discriminación hacia dichas personas.

Por todo ello, la Comisión Interamericana determina que el gobierno colombiano ha incumplido con su deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales del recurrente tales como el derecho a la Vida, la Integridad personal y las garantías judiciales consagrados en los artículos 5.1; 8.1; 24 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, motivo por el cual concluye que se debe declarar la Responsabilidad Internacional del Estado Colombiano. Finalmente, la Comisión IDH consideró que es importante dar seguimiento a estos casos ya que puede coadyuvar al desarrollo de la jurisprudencia internacional e interna del Estado colombiano en materia de discriminación en base a la orientación sexual. Por todo ello, la Comisión somete al caso a la Corte Interamericana. En ese sentido, se llevó a cabo la presentación de solicitudes, argumentos, pruebas y descargos de ambas partes ante dicha Corte.

El Estado planteó excepciones preliminares el 12 de enero de 2015, alegando que no se habían agotado los recursos internos. Así, Colombia sostuvo que el recurrente contaba con dos recursos internos que pueden salvaguardar sus derechos; por un lado, el recurso

administrativo advertido en la reclamación formal ante COLFONDOS y, por otro lado, el recurso judicial. Asimismo, el Estado refiere que durante el proceso de admisibilidad, que inicio en el año 2005 ante la Comisión, se le informo a dicho órgano internacional respecto al desarrollo jurisprudencial con el cual el recurrente podría tutelar sus derechos ante el ordenamiento interno. En 2008, la Corte Constitucional abordó las circunstancias pensionales de las parejas del mismo sexo mediante la emisión de la sentencia C-336 de 2008⁸. De esta manera, Colombia considera que admitir el caso contravendría el principio de subsidiariedad.

No obstante, la Corte IDH observa que la Comisión se pronunció respecto a ello indicando que, en la práctica, la Sentencia 336 del 2008 solo se haría efectiva a nivel judicial con la emisión de la Sentencia 051 de 2010, considerando que el último escrito del Estado fue presentado a la Comisión Interamericana en 2009, es claro que el Estado no habría informado oportunamente de la referida sentencia con la cual se habría permitido a los sobrevivientes del mismo sexo reclamar la pensión en los casos en que el pareja falleciera antes de que se requiriera la declaración notarial. El conocimiento de este fallo solo habría sido comunicado luego de que ya se hubiera declarado la admisibilidad.

Asimismo, frente a las excepciones presentadas por el Estado , en el año 2006 la Corte Interamericana busco determinar si se habían agotado todos los recursos internos. Las respuestas de COLFONDOS y de los tribunales fueron tratadas como reclamos formales por parte del recurrente para obtener la pensión de sobrevivientes. La Corte finalmente concluyó que de todas los mecanismos disponibles, y dado el escenario de emergencia en el que podría encontrarse el señor Duque, es correcto decir que la tutela era el mecanismo adecuado para atender la situación de vulnerabilidad del recurrente.

En ese sentido, los recursos administrativos y judiciales del recurrente ante COLFONDOS fueron habilitados por la jurisprudencia colombiana en los años 2008 y 2010, conforme a los argumentos del Estado; no obstante, la Corte Interamericana observa que la Sentencia C-336 de 2008 requiere de declaración ante notario de la voluntad del causante de

⁸ Sentencia que fue consolidada con la sentencia T-051 de 2010

conformar una unión de hecho junto con su pareja para poder obtener la pensión de sobrevivencia, siendo un hecho imposible en el caso concreto ya que la pareja del recurrente falleció en el año 2001. Por tanto, la Corte IDH determina que no es responsabilidad de la Comisión identificar de oficio los recursos nacionales que se encuentren pendientes de ser agotados por los recurrentes, por lo que la Comisión no contaba con información suficiente. Finalmente, la Corte no acoge dicho extremo

Respecto a la presunta vulneración de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, Colombia argumentó que el recurrente no presentó una acción de tutela por la vulneración al derecho a la Vida e Integridad personal, enfatizando que el recurrente no había demostrado la suspensión del tratamiento antirretroviral. Frente a ello, la Comisión Interamericana refirió que estos hechos están relacionados con la infracción principal y recordó que no es una práctica internacional solicitar de manera autónoma el agotamiento de las vías internas de cada uno de los efectos derivados de la vulneración principal. Finalmente, La Corte IDH coincide con la Comisión respecto a la vinculación de los derechos en mención con el problema principal.

En consecuencia, la Corte Interamericana notificó a las partes el 2 de julio de 2015, luego de la presentación de excepciones preliminares. La audiencia pública en Honduras comenzó el 25 de agosto de 2015, cuando prestaron testimonio testigos y peritos ofrecidos por ambas partes. Los alegatos finales fueron presentados el 25 de septiembre de 2015 y se emite resolución el 25 de febrero de 2016. En su fundamentación se contemplan los siguientes argumentos:

- Respecto a la Vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo, se reafirma que no debe existir discriminación hacia las personas bajo ningún motivo prohibido como la orientación sexual. Seguidamente, la Corte IDH realizó un test de proporcionalidad en la cual se concluyó que Colombia no cumplió los requisitos necesarios para evitar el trato discriminatorio, en tanto tampoco pudo justificar de manera objetiva y razonable la limitación del derecho pensional a las parejas del mismo sexo. Finalmente, recaló que los Estados parte de la

Convención Americana deben garantizar la efectividad en el goce y respecto de este derecho con acciones positivas para revertir situaciones discriminatorias, sin importar su condición o que padezca una enfermedad grave como el VIH.

Por tanto, la Corte IDH concluye que la legislación colombiana del año 2002 es discriminatoria, en concordancia con lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana. Asimismo, en el análisis de fondo, la Corte IDH analizó si la vulneración ya habría sido subsanada, puesto que una cuestión resuelta en el ordenamiento interno, no es necesario llevarla ante la Corte IDH, en virtud del principio de complementariedad. En ese sentido, la Corte IDH concluye que el hecho no había sido subsanado en su totalidad; no obstante, consideró que, en mérito a la tendencia evolutiva de la normativa y jurisprudencia, no podría concluir que exista una violación del artículo 2 de la Convención Americana.

- Respecto a la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, consideran el Estado no era responsable internacionalmente debido a que no contaban con elementos para concluir que la acción de tutela y su apelación no fueron recursos efectivos, toda vez que la denegación por parte de la judicatura de su solicitud no podría demostrar ello, ya que al tener la acción de tutela un carácter subsidiario, y no advertir una situación urgente de vulneración; no obstante el recurrente no acudió a los recursos aludidos en las sentencias de tutela, por lo que no se puede saber si ellos habrían sido efectivos. En consecuencia, la Corte motiva que no puede dictar sentencia sobre hipótesis abstractas.

En ese sentido, la Corte IDH consideró que al recurrente se le brindó el acceso al Sistema de Justicia, cumpliendo el debido proceso ante los órganos de justicia, tanto por vía administrativa como jurisdiccional, toda vez que en el artículo 8.1 de la Convención Americana se establece que toda persona tiene derecho a ser escuchada, se respeten las garantías del debido proceso, plazos razonables, ser atendido por un juez o tribunal competente de manera imparcial, y todo debe estar

sustentado por la ley, siendo que a su criterio este escenario se pudo advertir en el presente caso con las resoluciones judiciales obtenidas en mérito a la acción de tutela , sentencias que aplican las normativas vigentes.

- Respecto al Derecho a la Vida y la Integridad, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo precepto, La Corte IDH expreso que el Estado no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal, ya que no se ha probado que el Estado de Colombia cometió alguna negligencia con respecto a la muerte de su ex conviviente. Asimismo, observó que la normativa y jurisprudencia interna establecen las condiciones para el acceso a tratamientos médicos para las personas portadoras del VIH/SIDA, independientemente de su régimen de afiliación y la capacidad económica. Por todo ello, consideró que no contaba con elementos que le permitieran concluir que el Estado sería responsable de la violación de los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana.

Aunado a ello, la Corte IDH observó que el recurrente no presentó ningún elemento probatorio que comprobara que habría sufrido alguna afectación psicológica o moral debido a las denegatorias de su solicitud ante la entidad COLFONDOS y en las instancias judiciales. Finalmente, recalcó que el estado comprobó que no había existido ninguna interrupción (desde 1995 a 2015) en la afiliación del recurrente en el sistema de salud y que, inclusive, podría haber acudido al sistema de salud pública a fin de garantizar la continuidad del mismo.

Respecto a la reparación de la víctima, la Corte IDH determinó que de acuerdo a las atribuciones que le han sido conferidas y en mérito a la Convención Americana, la Corte IDH dispondrá el goce efectivo del derecho vulnerado, disponiendo de esta manera que se reparen las consecuencias de la vulneración de los derechos alegados, junto con el pago de una indemnización al afectado. En consecuencia, señala su posición de garante para el cumplimiento integral de la reparación tanto material e inmaterial por concepto de indemnización a Ángel Alberto Duque. Como indemnización compensatoria por el daño material causado por la violación del Derecho de Igualdad ante la ley y No Discriminación percibió la cantidad de 685 millones de pesos colombianos (\$284.704 dólares americanos),

por la pensión de sobrevivencia dejada de percibir desde el 19 de marzo del 2002 hasta el 26 de febrero del 2016.

Respecto al daño inmaterial, se calculó a razón de \$10.000, lo cual pretende cubrir los sentimientos generados de discriminación en merito a su orientación sexual generados ante la solicitud presentada ante COLFONDOS y el sufrimiento al no haber sido tomado en cuenta por su enfermedad de VIH , y demás gastos procesales teniendo como monto de \$15.000 dólares por honorarios del abogado Germán Rincón Perfetti, defensa técnica del recurrente por 12 años, y además, se le otorgo \$10.000 por conceptos de viajes nacionales e internacionales en conceptos de gastos durante el tiempo de trabajo en este proceso internacional.

Cabe resaltar que, durante el proceso, Colombia admite que existe un hecho ilícito internacional continuado, en mérito a las disposiciones legales vigentes. Sin embargo, el Estado motivó la cesación del ilícito antes de la presentación del informe de admisibilidad en base al desarrollo jurisprudencial. Frente a ello, la Corte Interamericana sostuvo que dicho reconocimiento por parte de Colombia no significa reconocimiento de responsabilidad internacional por la vulneración de derechos de la Convención Americana. Por tanto, determinó que dicha existencia no equivale a un reconocimiento de responsabilidad, en concordancia con el artículo 62 del reglamento de la Corte IDH.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema principal:

¿La Corte IDH debió declarar la responsabilidad del Estado colombiano también en el extremo de la vulneración de los derechos a las Garantías Judiciales y a la Vida e Integridad Personal alegados por la presunta víctima?

2. Problemas secundarios:

- ¿La Comisión Interamericana debió someter el presente caso a la competencia de la Corte Interamericana a fin de que se declare la responsabilidad del estado colombiano?

- a) Reparación integral a la víctima
- b) Agotamiento de las vías internas

- ¿El Estado Colombiano vulneró todos los derechos fundamentales alegados por la presunta víctima en el orden interno?

- a) Derecho a las Garantías Judiciales
- b) Derecho a la igualdad y no discriminación
- c) Derecho a la Vida e Integridad Personal

VI. POSTURA PERSONAL: ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En mérito a lo desarrollado, consideramos que la Corte IDH debió declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la vulneración de todos los Derechos Fundamentales alegados por el recurrente, toda vez que la sentencia sólo ampara parcialmente sus pretensiones. Asimismo, el recurrente agotó las vías internas, existió una la falta de reparación integral, así como una vulneración de sus derechos fundamentales⁹ en razón de su orientación sexual. En ese sentido, si bien se advierte que la Sentencia de la Corte Interamericana declara la responsabilidad estatal en el extremo del derecho a la igualdad y no discriminación, estimamos que los fundamentos de la Corte IDH no fueron ampliamente desarrollados respecto al análisis de los demás derechos. Por ello, en las siguientes líneas se exponen los argumentos que fundamentan nuestra posición.

El reclamo de la víctima por la vulneración de sus derechos fundamentales lo cual tiene como consecuencia la declaración de la responsabilidad internacional del Estado constituyen la problemática principal. Para ello, nos cuestionaremos si la Comisión Interamericana debió someter el caso a la competencia de la Corte Interamericana a fin de declarar la responsabilidad de Colombia. Así, por un lado, analizaremos si la víctima fue reparada íntegramente por la vulneración alegada, y por otro lado, si se agotaron las vías internas para someter el caso a la Corte IDH. Finalmente, desarrollaremos los derechos fundamentales vulnerados en el ordenamiento interno colombiano. Así, Colombia alegó la evolución jurisprudencial tomando como referencia las sentencias C-336 del 2008 y T-051 del 2010, mismas que declararon el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de

⁹ Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá con fecha 5 de junio de 2002 deniega la tutela alegando la no concurrencia de la condición de beneficiario del recurrente en base a la normativa vigente. Y con fecha 19 de julio de 2002 lo confirma íntegramente por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.

sobrevivientes. Para ello argumentaron la omisión del principio de subsidiariedad por parte de la Corte IDH, debido a que el hecho ilícito internacional advertido, a su juicio, ya había sido subsanado en el ordenamiento interno. Por tanto, desarrollaremos en las siguientes líneas el referido principio.

AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS INTERNAS /REPARACION INTEGRAL DE LAS VICTIMAS

El principio de subsidiariedad es una herramienta que admite “(...)la protección de los derechos humanos ...[como] centro de toda acción gubernamental a nivel nacional e internacional, y al mismo tiempo [permite] reconocer la existencia de legítimos espacios de libertad de los Estados para definir el alcance de los derechos humanos de fuente internacional en sus ordenamientos jurídicos (...)” (Gonzales 2017:720). Así, González señala que este principio determina una limitación para los internacionales para conocer las vulneraciones a nivel nacional en un caso concreto; por ejemplo, observa si el Estado ha reparado a las víctimas, o que se hayan agotado los recursos judiciales internos antes de acudir a una instancia internacional.(2017:731-732).Es decir, este principio debe entenderse en el contexto concreto del ordenamiento interno en el cual se va a aplicar, convirtiéndose así en una herramienta transversal del Sistema de Derechos Humanos.

De manera similar, el preámbulo de la Convención Americana determina que los derechos de las personas son intrínsecos a la condición humana, por lo que necesitan una protección internacional que complemente los marcos legales internos. Esta naturaleza fue reconocida en sentencias de la Corte Interamericana¹⁰. En concreto, este principio sólo podrá invocarse después de que los Estados hayan tenido la oportunidad de reconocer y rectificar la vulneración del supuesto derecho a través de mecanismos internos. De esta forma, este principio refiere que su aplicación solo se da cuando los mecanismos del ordenamiento interno no cumplen su objetivo (la protección de los derechos de las personas bajo la jurisdicción estatal). Por tanto, “(...)se busca resaltar que ambos sistemas comparten una misma finalidad y, por ende, sus actuaciones deben articularse para alcanzar la efectiva protección de los derechos humanos más allá del principio de subsidiariedad.” (Lengua 2017:155). Es decir, se deben utilizar, en principio, los recursos estatales proporcionados internamente en caso se vulnere algún derecho antes de acudir al sistema internacional.

10 En los siguientes casos: Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú; Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 66; Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú; Caso Duque Vs. Colombia, entre otros.

De acuerdo con en el artículo 1.1¹¹ de la Convención Americana, advertimos que, alude a la necesidad de proteger las libertades y los derechos de las personas, y el artículo 2 del mismo tratado establece las reglas sobre cómo deben estructurarse las leyes nacionales para garantizar que las personas puedan realmente efectivizar sus derechos. Artículos que se complementan, ya que, si las disposiciones internas no garantizaran los derechos estipulados en el artículo 1 de la Convención Americana, los Estados tienen el compromiso de adoptar las acciones correspondientes para hacerlos efectivos. Lo cual no constituye un desconocimiento a la libertad del Estado para determinar libremente su normativa interna, sino que reconoce la soberanía nacional de los Estados para determinar las medidas idóneas dentro de su ordenamiento interno, sin dejar de lado el compromiso internacional en caso lo regulado vulnere algún derecho fundamental.

En el mismo sentido, La Corte Interamericana, en caso *La Cantuta vs. Perú*, ha declarado que el artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para alinear su legislación interna con las disposiciones contenidas en la Convención Americana. Este artículo no delimita ni define cuales son las medidas necesarios, ya que su idoneidad está supeditada a la evaluación de cada situación concreta y sus distintas circunstancias¹². De esta manera, para evaluar el incumplimiento de la obligación general prevista en el artículo 2 de la Convención Americana es necesario evaluar los actos y prácticas estatales en su conjunto¹³.

Por tanto, este principio implica la responsabilidad del Estado de conducir sus acciones en concordancia con los estándares internacionales con un margen de discrecionalidad que solo se ve limitada por la vulneración de derechos fundamentales por parte de las actuaciones estatales, debiendo corregir todas las infracciones para evitar las responsabilidades futuras. Colombia argumentó que no estaría incurriendo en responsabilidad ya que las sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010 subsanaron las vulneraciones alegadas. Frente a ello, debemos analizar si la víctima ha sido efectivamente

11Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. 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.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si 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.

¹² cfr. Caso *Cantuta vs Perú*, párrafo 172

¹³ cfr. Caso *Cantuta vs Perú*, párrafo 175

reparada a fin de determinar si la Corte IDH debió declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Advertimos que la Corte IDH, en sentencias como el Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú, ha reconocido que, respecto a las reparaciones, las modificaciones legislativas deben de cumplir la obligación del artículo 2 de la Convención. Siendo innecesario un pronunciamiento de la Corte IDH, en tanto el Estado haya tenido la posibilidad de reparar integralmente a la víctima y los daños causados por sus propios medios¹⁴. Así, en el referido caso, la Corte IDH “(...) enfatizó que, en el referido período de tiempo, durante el cual el caso estuvo en conocimiento de la CIDH, el proceso penal a nivel interno fue desarchivado, los hechos investigados, el responsable juzgado y condenado, y las presuntas víctimas reparadas por las autoridades peruanas.” (Vargas 2018:104). Es decir, el Estado había reparado integralmente a las víctimas, además de repararlos pecuniariamente.

En el presente caso, incluso aunque el recurrente hubiera podido acceder a la Pensión de Sobrevivientes según las interpretaciones de las sentencias C-336 de 2008 y T-051 de 2010, la reparación solo sería compensada por los tres años anteriores al reclamo prescribiendo así las demás prestaciones previas, en los términos del artículo 488 del Código del Trabajo. La Corte Interamericana también señaló que no existía certeza sobre la cuestión de los efectos retroactivos, desconociéndose las prestaciones dejadas de percibir desde el 2002. Por lo que estimamos que el hecho ilícito no fue reparado porque los pagos no equivaldrían a las prestaciones que pudo percibir en caso hubiera podido acceder a la pensión de sobrevivientes en su oportunidad, con lo cual consideramos que la Corte IDH, en razón de su competencia, debió declarar la responsabilidad internacional estatal de Colombia en dicho extremo.

En esa misma línea, consideramos que no se advierte una vulneración del principio de subsidiariedad tal como fue alegado por Colombia, ya que si bien existe un avance jurisprudencial respecto al acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivencia¹⁵, las mismas generaron efectos jurídicos que en la práctica seguían limitando el acceso y la reparación integral de los solicitantes, tal como se advierte en la jurisprudencia previamente desarrollada, toda vez que la misma sólo tiene efectos futuros desde su pronunciamiento, en concordancia con en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996¹⁶,

¹⁴ Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú, 2014, párr. 136.

¹⁵ Con sentencias como la C-336 de 2008, y T-051 de 2010

ya que incluso, pese a que la Corte pudo otorgar dichos efectos dentro de su sentencia, no lo hizo. Es decir, si bien existe jurisprudencia que reconoce dicho acceso, la reparación de los daños ocasionados por la negativa del acceso a dicha pensión, no serían retribuidos a la fecha de los hechos (2002).

Así, la evolución jurisprudencial respecto a la materia desde el año 2008 no significó la reparación integral del recurrente por el daño generado en el año 2002, advirtiéndole que solo 8 años después de la vulneración se pronunciaron respecto a ello con la sentencia C 336-2008. Sentencia que necesito la expedición de otra sentencia en el año 2010(Sentencia T-051), debido a los problemas que se presentaba en su aplicación, convirtiéndose en un recurso no efectivo. Siendo que en caso el Estado colombiano tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la actuación discriminatoria de su normativa; no obstante, no se apartó de ella incurriendo así en responsabilidad internacional por discriminación en base a la orientación sexual del recurrente Ángel Duque.

Adicionalmente, advertimos que el principio de subsidiariedad no abarca oportunidades ilimitadas en el tiempo para resolver la vulneración, dado que significaría imponer cargas excesivas a las víctimas, que habiendo sufrido ya la denegación de su solicitud en el ámbito interno, deban solicitar indefinidamente su alegato en las mismas vías. Escenario que traería como consecuencia el retardo injustificado de la justicia internacional, sumado a la derogación del requisito de la Convención de que se agoten los recursos internos, como lo establece el artículo 13 de la Constitución de Colombia. Sin embargo, la Corte Interamericana dictaminó no existía vulneración del artículo 2 de la Convención Americana, bajo el argumento de que no se contaban con suficientes elementos probatorios con los cuales se pueda concluir que no se adoptaron acciones pertinentes en el derecho interno.

Por otro lado, para determinar el agotamiento de las vías internas en el presente caso, la Acción de Tutela se halla estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de la siguiente manera:

“Una persona puede iniciar una medida de protección para proteger sus derechos básicos que sean violados o amenazados por la autoridad pública. Este es un curso de acción beneficioso y seguro, ya que permite la comparecencia personal o a través de un agente. Las decisiones son inmediatamente ejecutables, apelables y luego sujetas a examen por el Tribunal Constitucional (...)”.

En ese sentido, consideramos que, dada su naturaleza transitoria, la acción de tutela es un mecanismo supletorio en tanto se advierte que las vías ordinarias no son eficaces ni idóneas para la protección solicitada; y además, no conceder dicha solicitud afectaría profundamente las circunstancias respecto del derecho alegado de aquel que lo solicita. Asimismo, es importante advertir que el objeto de su protección es aquellos que se hallan en una especial situación de vulnerabilidad y acuden a tal vía para tutelar sus derechos de una manera más célere y urgente, toda vez que el trámite judicial ordinario podría afectar irremediablemente el derecho que se busca proteger debido a la duración del mismo en el tiempo.

No obstante, la Corte Constitucional consideró que, en la denegación de su pretensión, no se advierte que la orientación sexual haya sido un motivo determinante para su pronunciamiento. Ello en el entendido que los jueces solo se abocaron a la normativa vigente sobre la materia. Es decir, la Corte Interamericana ha determinado que las sentencias sobre la procedibilidad de la acción de tutela no constituyen un ilícito penal, ya que no evaluaron el fondo del caso sino que declararon que la solicitud era improcedente en virtud de las leyes existentes. Según el fallo de la Corte Interamericana, Colombia no es responsable por la vulneración de las garantías judiciales y de la protección judicial reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Argumento con el cual nos encontramos en desacuerdo, toda vez que, en el presente caso, el debate principal versa sobre la existencia de normativa discriminatoria respecto al acceso del derecho a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo, legislación que fue utilizada para restringir el acceso igualitario a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

En ese sentido, si bien la normativa vigente se pronunciaba en dichos términos, los jueces pudieron apartarse de la misma al ser una normativa visiblemente discriminatoria, y sentenciar a favor del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo. Así, dentro de su fundamentación, la judicatura nacional debió advertir los múltiples factores de vulnerabilidad en la cual se encontraba el recurrente al momento de presentar su solicitud para acceder a la pensión de sobrevivientes de su pareja fallecida. Aunado a ello, su pertenencia a la comunidad LGBT los convierte en “(...)un grupo de alta vulnerabilidad porque están en constante riesgo de sufrir atentados contra su integridad, asimismo son privados de la protección de sus derechos por parte de las autoridades y de su entorno familiar.”(Arévalo y González 2022:188-202).Es decir, en mérito a los prejuicios sociales existentes sobre dichas parejas, consideramos que la acción tutelar resulta el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de

grupos sociales históricamente marginados. Siendo incluso que, en el presente caso, la orientación sexual del recurrente confluye con otros factores como su condición de portador de VIH, así como su condición económica.

Si bien la Constitución colombiana de 1991 no reconoce expresamente los derechos de dicha comunidad, ello no significa que el Estado no deba garantizar su eficacia mediante la promoción de la variedad sexual y la libertad personal, que están interconectadas con la Dignidad Humana, transversal al sistema de Justicia en su conjunto. No obstante, tal como advertimos en la sentencia T-911 de 2009, la Corte Constitucional ha señalado que la orientación sexual de una persona no dictamina ninguna preferencia de tratamiento particular. Sin embargo, consideramos que dicha afirmación no considera que la comunidad LGBT ha sido un grupo históricamente marginado a la cual se le han excluido del goce de derechos sin ninguna justificación razonable.

Frente a ello, consideramos que la acción de tutela sí resulta un mecanismo idóneo que protege al recurrente frente a la discriminación normativa injustificada en el acceso a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo. Ello se fundamenta en la discriminación históricamente arraigada en la sociedad colombiana respecto de la comunidad LGTB, por lo que, frente a una situación de vulnerabilidad manifiesta, las víctimas deben acudir a dicho mecanismo por ser discriminados debido a su orientación sexual. En ese sentido, al estar frente a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación por motivos prohibidos como la orientación sexual, la tutela se erige como una acción adecuada, oportuna y pertinente para la protección del derecho alegado

Se advierte del caso que, frente a la vulneración de los derechos del recurrente, se interpuso la acción de tutela a fin de solicitar a COLFONDOS el otorgamiento de la sustitución pensional, ya que el acceso a la prestación pensional, asegura la Seguridad Social en salud requerida por el recurrente. Ello es relevante, ya que la suspensión del tratamiento médico devendría en su fallecimiento. No obstante, se le negó dicho requerimiento en mérito al artículo 6 del decreto 2591 de 1991 que establece las causales de improcedencia de la tutela dentro de las cuales se determina que no procede dicha acción en caso existan otros recursos que puedan ser aplicados al caso concreto.

En este caso consideramos que el recurrente ha agotado las vías internas mediante la interposición de la tutela como el recurso adecuado dadas sus circunstancias de vulnerabilidad particulares, acogiendo así a lo dispuesto en el artículo 46.1.a del Convenio de la Convención Americana que exige que la Comisión Interamericana requerirá

a los peticionantes que agoten los recursos internos previamente. Por lo que consideramos que el recurrente agotó todos los recursos en el ordenamiento interno. Finalmente, con respecto a la determinación de responsabilidad de Colombia, consideramos pertinente desarrollar aquellos derechos vulnerados alegados por el recurrente.

DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Así, tenemos en primer lugar, al derecho a las garantías judiciales, mismo que es reconocido en diversos instrumentos como en los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), órgano del cual Colombia es Estado miembro desde el 2006, en el cual se estipula que toda persona tiene derecho a ser oída con las garantías judiciales por un tribunal competente e imparcial en condiciones de igualdad. Es decir, la búsqueda de la imparcialidad e independencia judicial está motivada por la creencia de que la adecuada administración de justicia, que a su vez fortalece la fe pública en el Estado, es parte integral del reconocimiento adecuado de los derechos individuales. Así, los artículos 5.1 y 5.2, de dicho instrumento señalan que:

“5.1. Un juez debe hacer un esfuerzo por ser sensible y conocedor de la amplia gama de diferencias humanas, incluidas, entre otras, las basadas en raza, color, sexo, religión, nacionalidad, casta, discapacidad, edad, estado civil, orientación sexual, posición socioeconómica y factores similares.

5.2. El fallo debe dictarse de manera imparcial y sin favoritismo hacia ningún individuo o grupo por razones ajenas al caso en cuestión.”

Del mismo modo, el artículo 8.1 de la Convención Americana determina:

“Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Como resultado, existen protecciones del debido proceso, como se reconoce en muchos documentos, como los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial, que han sido adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), del cual Colombia ha sido miembro. Estado miembro desde 2006. Un tribunal justo e imparcial, en circunstancias equitativas, tiene derecho a conocer el caso de cada persona, de acuerdo con estos principios.”

En el mismo sentido, en el artículo 9 del Código Iberoamericano de Ética Judicial señala que la “(...) imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional”. Es decir, implica que debe ser imparcial en los casos que observa, pese a que en la práctica se pueda encontrar con sesgos cognitivos, toda vez que, si bien no se desconoce la existencia los mismos, los jueces deben ofrecer las garantías suficientes que generen la confianza en las partes respecto a la decisión tomada en torno a su conflicto. Siendo que esta imparcialidad es presumida, salvo prueba en contrario.

En el mismo sentido, advertimos que la Corte Constitucional, en la sentencia T-617 de 1995, determinó que los agentes jurisdiccionales deben basar sus decisiones conjuntamente con la aplicación del principio de Buena fe procesal, misma que “(...) está destinado a resolver el conflicto judicial a partir de lo expuesto por las partes, de tal manera que se parte del supuesto que los litigantes actúan de buena en sus argumentaciones, en sus fundamentos, en la presentación de medios probatorios.”(Bravo 2023:13). Es decir, el operador judicial no debe realizar ningún juicio de valor respecto a las motivaciones de las partes dentro del conflicto, convirtiéndose en una garantía del proceso mismo.

Asimismo, ello también exige que los jueces no pueden determinar o presumir la existencia y/o grado de necesidad alegada por el recurrente. En ese sentido, la Corte Interamericana, en la presente sentencia, recuerda que la violación del artículo 8.1 de la Convención Americana debe determinarse mediante elementos concretos que prueben que hay influencias externas a la normativa vigente, por tanto concluye que no se cuentan con elementos suficientes para determinar que la judicatura se haya basado en prejuicios relacionados a su orientación sexual, fuera de la normativa vigente a la que se remitieron en el momento de suscitados los hechos alegados por el recurrente. Con ello declara que Colombia no es responsable por la violación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

Frente a dicho razonamiento, advertimos que la judicatura interna cuestionó la motivación del recurrente sobre el derecho pensional solicitado, toda vez que el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá señaló expresamente que, si el recurrente tenía la intención de acceder a algún tipo de seguridad social en salud, podía acudir también a las instituciones de salud estatales para la continuidad de su tratamiento retroviral. Ello bajo la suposición de que ellos no advertían afectación que requiera de atención urgente, como lo sería el

acceso del tratamiento antirretroviral del recurrente. De esta manera, se afecta el principio de buena fe procesal, por la existencia de juicios de valor anticipados en su fundamentación sobre las motivaciones del recurrente para interponer la Acción de Tutela. Por lo que estimamos que la denegatoria de la solicitud del recurrente en dos instancias estuvieron basados en una normativa discriminatoria hacia las parejas del mismo sexo.

Además, consideramos que si bien la sentencia C-336 de 2008 otorga acceso a la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, creemos que el recurrente no debería tener que demostrar nada más allá de lo que debe acreditar a lo largo del procedimiento, toda vez que la referida sentencia también exige que la pareja debe demostrar su convivencia mediante una declaración ante notario. Situación que se confirma con la sentencia T-1241 de 2008 y la sentencia T-911 de 2009 que reiteran el requerimiento probatorio notarial, bajo la premisa de que la manifestación de la voluntad de uno solo de sus miembros no tiene suficiente valor probatorio para acreditar la condición de compañero permanente. No obstante, consideramos que con ello se impone una carga desproporcionada que en la práctica le impide el acceso efectivo a dicha prestación, más aún, teniendo en cuenta que los solicitantes se posicionan en una situación de desprotección por el fallecimiento de su pareja, los juicios de valor y el reconocimiento de su condición de compañero por la sociedad y órganos estatales.

En ese sentido, consideramos que, en el presente caso, en las dos instancias en donde se ventiló la acción de tutela, la judicatura vulnera el derecho a las garantías judiciales, ya que la decisión se basó únicamente en la literalidad de la normativa vigente, perpetuando de esta manera el trato discriminatorio hacia las referidas parejas. Por ello, en base a los factores de vulnerabilidad particulares advertidos (pertenencia a la comunidad LGBT y su condición económica y de salud), pudieron pronunciarse por primera vez respecto a la materia apartándose de la normativa discriminatoria a favor de la protección de grupos históricamente relegados. Siendo esta garantía judicial particularmente importante respecto a las obligaciones impuestas a los Estados Parte. Por los argumentos expuestos, consideramos que el Estado colombiano vulneró el derecho a las Garantías Judiciales establecidos en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En segundo lugar, en relación al derecho a la Igualdad y no Discriminación, si bien la Corte IDH reconoce la responsabilidad del Estado colombiano en este extremo, lo abordaremos desde dos aspectos: positivo y negativo, en razón a los fundamentos presentados en la Sentencia bajo análisis. Por un lado, dentro de los aspectos positivos advertimos que se reafirma la posición jurisprudencial respecto a la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Asimismo, este derecho se encuentra amparado en el artículo 13° Constitución Política de Colombia, en tanto Estado democrático que busca eliminar las conductas desiguales. Siendo considerado en reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana como un principio general y básico de la protección de derechos humanos, alcanzando un carácter *ius cogens*. En el caso *Átala Riffo vs. Chile*, la Corte Interamericana enfatizó que la igualdad está conectada directamente con la naturaleza de la humanidad inseparable de la dignidad humana, situación que desconoce cualquier ventaja o animosidad hacia determinados grupos por sus características particulares. Este concepto se refiere a la salvaguarda de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, tal como se establece en los artículos 1 y 16 de la Constitución Política de Colombia.

Asimismo, la capacidad de un individuo para sentirse atraído emocional, afectivo y sexualmente por otras personas del mismo sexo, de sexo diferente o de varios sexos se establece en el preámbulo de los Principios de Yogyakarta. Por lo tanto, se afirma que las personas tienen derecho a decidir libremente su orientación sexual, y todo tipo de discriminación contra esta libertad está prohibida por las normas internacionales. Además, en el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que toda persona tiene el derecho inherente a la libertad y a la igualdad ante la ley. Como muestra este caso, existe discriminación entre parejas del mismo sexo y heterosexuales a la hora de reconocer el derecho a una pensión de sobrevivientes.

Además, se advierte que Colombia se ratifica como Estado parte de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas desde el 5 de noviembre de 1945, preámbulo en el cual la ONU establece que todas las personas nacen libres e iguales, y que los derechos fundamentales del hombre se basan en la dignidad y el valor de la persona humana. Asimismo, el ratifica dicha afirmación en el artículo 1.3, que promete defender y promover los derechos humanos independientemente del género, etnia, religión o idioma. Como

resultado, Colombia tiene la responsabilidad de garantizar que todas las personas, sin excepción, puedan ejercer sus libertades y derechos básicos como Estado miembro.¹⁷.

Asimismo, con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), se establece un alcance universal basados en principios generales como el trato igualitario sin discriminación, sobre derechos humanos en mérito al respeto a la dignidad humana, tal como se puede advertir en los artículos 1,2, y 7 del citado instrumento en el cual el artículo 1 afirma que cada persona tiene un valor inherente y está dotada de libertades básicas al nacer. Los derechos y libertades descritos en esta Declaración son universales y no deben estar condicionados por el origen étnico, el color, el género o el idioma de una persona, religión, punto de vista, origen, condición socioeconómica o cualquier otra característica protegida, según lo establece el artículo 2. Finalmente, el artículo 7 afirma que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a estar a salvo de la discriminación que contravenga la Declaración.

Es decir, la no discriminación y el derecho a la igualdad están garantizados explícita y universalmente. De manera similar, el primer artículo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), que Colombia adoptó en 1948, establece en su artículo 1 la obligación de alcance general de los estados parte para incorporar dicho principio en sus legislaciones en tanto determina que los referidos estados se han comprometido a proteger las libertades y los derechos garantizados por DADH, y a garantizar que todos dentro de sus fronteras puedan disfrutarlos plena y sin restricciones, sin prejuicios contra ningún individuo por su raza, color, género, orientación sexual, idioma, religión, nacionalidad, estatus socioeconómico, lugar de nacimiento o cualquier otra categoría social.

En la medida en que implica una restricción al pleno disfrute de los derechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) también prohíbe la discriminación basada en raza, color, sexo o condición de salud (incluido el VIH/SIDA) en la Observación General No. 15. De manera similar, la Observación General No. 18 enfatiza que los Estados deben tomar medidas para prevenir la discriminación contra los grupos vulnerables. El derecho a la seguridad social mencionado en el artículo 9¹⁸ del Pacto

¹⁷ Así, en concordancia con el artículo 56 del referido instrumento, se declara que los Estados parte tienen la obligación de tomar medidas para la realización de los fines del Artículo 55.

¹⁸ Artículo 9. Derecho a la seguridad social y al seguro social. Los empleadores deben pagar al sistema periódicamente una parte de los salarios de sus empleados para que puedan acceder a los beneficios de la seguridad social en caso de una variedad de acontecimientos de la vida, incluidos, entre otros, enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, discapacidad, etcétera.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se encuentra estrechamente vinculada a principios de igualdad y no discriminación, toda vez que el artículo 26 del referido precepto señala que se garantiza a todas las personas protección igual contra cualquier tipo de discriminación. Ello en concordancia con la Observación General 19^o¹⁹ que determina que se deben adoptar las acciones necesarias para el acceso y goce efectivo del derecho a la Seguridad Social no puede ser objeto de tratos diferenciado injustificado en su aplicación.

Por otro lado, dentro de los aspectos negativos, consideramos que, si bien la Corte IDH declara la responsabilidad estatal por motivos de discriminación, dicho razonamiento debió tener un mayor desarrollo, toda vez que, si bien se determina la responsabilidad estatal por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, no se determina desde cuándo existe la obligación internacional de garantizar el acceso a la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. Dentro de sus descargos el Estado colombiano alegó que el acceso a la referida prestación pensional para las parejas del mismo sexo fue efectiva desde la expedición de la Sentencia 336 en el año 2008. No obstante, ello no es correcto ya que, dicha sentencia no fue efectiva en la práctica debido a que necesito de la expedición de otra sentencia (T-051 de 2010) para subsanar las problemáticas presentadas en su aplicación. Igualmente consideramos que la referida sentencia no permite que se devenguen la totalidad de prestaciones dejadas de percibir desde el momento en la cual ocurrieron los hechos alegados por el recurrente (2002).

Otro de los argumentos presentados en el caso señalaba que no existía fuente internacional a la cual la judicatura nacional colombiana podía remitirse al momento de los hechos respecto al reconocimiento de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivencia. Sin embargo, consideramos que la problemática principal es la denegación del acceso a la pensión de sobrevivencia de las parejas en base a su orientación sexual, siendo la misma un motivo prohibido de exclusión, conforme se establece en los diversos pronunciamientos internacionales precitados. Ello teniendo en cuenta la vigencia de la Convención Americana y sus disposiciones al momento en que sucedieron los hechos alegados por el recurrente. Además, si bien la Corte reconoce la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, su fundamentación requiere mayor desarrollo respecto a

¹⁹ De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano

este extremo, teniendo en cuenta la relevancia de dicho pronunciamiento para el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT, toda vez que tiene la importante labor de sentar los precedentes jurisprudenciales en materia de responsabilidad internacional, de conformidad con el artículo 64 de la Convención.

En este contexto, la "(...)interpretación de los tratados internacionales constituye una operación determinante para la correcta aplicación de las disposiciones convencionales." (Salazar 2019:126). En consecuencia, debido a que el Estado Colombiano ratificó la Convención Americana, bajo la normativa del Derecho Internacional, el Estado debe ceñirse a dicha interpretación emitida por el órgano competente, toda vez que los pronunciamientos, así como los fundamentos emitidos de la Corte IDH son vinculantes para los Estado parte, y los actores jurisdiccionales tienen la obligación de resolver dentro de la normativa interna de conformidad a dicha interpretación ya que todos ellos es parte integrante del derecho internacional.

Como ejemplo de integración, la Opinión Consultiva OC-24/17 titulada "identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", señala que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana no definen explícitamente el término de "discriminación", con lo cual se pueden encontrar referencias conceptuales en diversos documentos internacionales, como el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores o el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros. Creando de esta manera una definición en base a una interpretación conjunta e integrada de los demás instrumentos internacionales sobre la materia. De esta manera, se dinamiza el derecho en una sociedad en constante evolución y permite efectivizar el goce de los derechos humanos, que para su aplicación no solo necesita una normativa vigente, sino también una interpretación integral acorde con los instrumentos internacionales.

Además, en el voto parcialmente disidente de la sentencia bajo análisis, el juez Eduardo Vio Grossi considera que la Interpretación evolutiva de la Convención Americana no significa que se aplica de manera automática en la realidad social que se manifieste al momento de su interpretación, ya que los instrumentos citados por el recurrente, como los Principios de Yogyakarta, no podrían ser considerados como una norma del Derecho Internacional a la cual acudir para interpretar la Convención Americana. Señalando incluso que, aquello que no abarca el Derecho Internacional, se debe regular bajo la normativa interna. Finalmente, refiere que el control de convencionalidad hubiera permitido advertir que la normativa vigente debió ser aplicada al caso concreto, toda vez que no existía un

reconocimiento internacional respecto a la pensión de sobrevivencia para las parejas del mismo sexo, determinando así la inexistencia de responsabilidad del Estado colombiano.

Frente a ello, advertimos que el Derecho a la Seguridad Social es uno de los derechos de primer orden dentro de la agenda pública de los Estados, mismo que fue adaptándose a la evolución de la realidad social. De esta manera, es recogido en diversos instrumentos internacionales que buscan que el mismo pueda adaptarse a la realidad social cambiante. Sin embargo, esta proliferación ha generado que no siempre sean fáciles en su remisión, debido a la multiplicidad de las fuentes de procedencia, y su inclusión en documentos no específicos en la materia han dificultado su consulta. Ante ello, desarrollaremos de manera sucinta algunos instrumentos internacionales respecto al Derecho a la Seguridad Social, que, si bien, en algunos casos, son limitados en cuanto su desarrollo, los Estados pueden tomarlos como parámetros interpretativos en casos concretos

En principio tenemos a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuyo contenido es de alcance universal en materia de principios generales como el trato igualitario y no discriminatorio, mismo que se encuentra vinculado estrechamente a la dignidad humana, tal como se puede advertir en los artículos 1,2, y 7 del citado instrumento que establece la igualdad en derechos y el goce de libertades para todas las personas sin ningún tipo de distinción. Según el artículo 22 del mismo instrumento, toda persona tiene derecho a la seguridad social en una sociedad donde el Estado está obligado a garantizar derechos económicos, sociales y culturales, derechos relacionados con la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Del mismo modo, como se establece en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, a todas las personas se les garantiza la igualdad de derechos ante la ley y están protegidas contra la discriminación de cualquier tipo. Además, según el artículo 9 del mismo precepto determina que toda persona tiene derecho a la seguridad social. Asimismo, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja frente a las contingencias que puedan surgir en una situación que ponga en peligro sus medios de subsistencia. Además, la Recomendación número 67(1944) sobre la Seguridad de los Medios de Vida de la Organización Internacional del Trabajo(OIT) señala que los regímenes de seguridad tienen como finalidad aliviar el estado de necesidad, impidiendo la miseria, y restableciendo, razonablemente, teniendo en consideración las entradas perdidas a causa de la incapacidad o fallecimiento del afiliado.

Por ello, se debe reconocer que si bien la DUDH no es un tratado que tenga fuerza vinculante, las disposiciones contenidas en ella han adquirido un reconocimiento universal, en tanto delimita el estándar referencial en materia de derechos humanos. . Así, “(...) tratados, convenios y pactos se han levantado, con la finalidad de que los seres humanos reconozcan sus propios derechos, reafirmen su dignidad como personas, se reconozca la igualdad entre hombres así como mujeres, se promueva el progreso social y el desarrollo de relaciones amistosas (...)” (Atencio - González 2022: 2). Es decir, los derechos contenidos en ella son de alcance general a todas las naciones respecto a la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos.

Ello en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge el Principio de Progresividad, que establece que con el fin de alcanzar gradualmente los objetivos establecidos en el referido Pacto, cada Estado Parte está obligado a utilizar todos sus recursos disponibles para emprender medidas, tanto unilateralmente como a través de la ayuda y colaboración internacional, con un enfoque en los ámbitos económico y tecnológico, la plena realización de los derechos aquí reconocidos a través de todos los métodos adecuados, incluso a través de acciones legislativas. De una lectura literal dicho principio se ha interpretado en el sentido de que solo está asociado a los derechos económicos y sociales.

No obstante, autores como Becerra consideran que “(...) esta diferenciación resulta contraria a los principios de indivisibilidad, interdependencia y universalidad. Ya que los Derechos Humanos deben entenderse desde un enfoque integrador, que permita la garantía de todos y cada uno de los derechos en su totalidad. Puesto que, de otra forma, se tendrá como consecuencia que los Estados no prioricen el cumplimiento del Principio de Progresividad(...)” (2023:184). Por lo tanto, este concepto resalta el deber del Estado de proteger los derechos humanos, cualquiera sea su categorización, mediante la implementación de medidas que comprometan su eventual realización. Asimismo, consideramos que el carácter “progresivo o paulatino” del mismo no puede significar una justificación para el incumplimiento o inacción estatal, toda vez que una interpretación errónea significaría que el Estado no realice acciones necesarias inmediatas para materializar la garantía de los derechos.

En base a ello consideramos que existieron instrumentos internacionales de alcance general a los cuales pudo haberse remitido el Estado colombiano, independientemente de la propia Convención Americana, que desde su ratificación exige que los Estados parte garanticen la efectividad de las disposiciones contenidas. Siendo que estos Estados parte

tienen la obligación de supervisar que los operadores jurídicos guíen sus decisiones, mínimamente, en base a los principales principios generales instaurados por el Derecho Internacional. Advirtiéndose en este caso que Colombia pudo apartarse de la legislación discriminatoria en materia de Seguridad Social que restringía el acceso a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo. En este contexto, si bien el artículo 31 de la Convención Americana reconoce la existencia de “otros derechos”, consideramos que, en el presente caso, no se podría señalar que el recurrente exigía un nuevo derecho, sino que se solicitaba el reconocimiento de la referida pensión al cual todos los seres humanos deben acceder sin ningún tipo de distinción.

Ejemplo de dicho alcance internacional lo observamos en el derecho comparado donde países como Argentina²⁰, con la Ley 1004 de 2003, y Uruguay, La ley 18,246 reconoce las uniones civiles de parejas del mismo sexo, otorgando como beneficios el Seguro Social y la Pensión de Viudez. De esta manera, advertimos que los referidos países reconocieron en su normativa interna los postulados del Derecho Internacional respecto al principio de igualdad y no discriminación en el acceso de las parejas del mismo sexo al goce de sus derechos. En ese sentido, advertimos que dichos países han logrado integrar a las parejas del mismo sexo como parte del núcleo familiar, a fin de que puedan gozar de los derechos y las obligaciones de la seguridad social previstos, por lo que, en caso de fallecimiento de uno, la pareja sobreviviente será beneficiaria de la pensión del causante a fin de paliar las contingencias generadas.

En ese sentido, Colombia al ratificar la Convención se vinculó voluntariamente a las disposiciones emanadas de ella. Por ello, estimamos que estos parámetros sí estaban presentes y eran vinculantes al momento en la cual el recurrente alegó la vulneración de la igualdad y no discriminación en el acceso a la pensión de sobrevivientes, ya que la judicatura interna debe tener en cuenta no sólo la legislación vigente, sino también otras fuentes de derecho en materia de derechos humanos. Asimismo, en la Observación General No. 9, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC) afirmó que las leyes internas deben interpretarse de acuerdo con los deberes jurídicos internacionales para lograr uniformidad y armonía entre la jurisdicción interna e

²⁰En el año 2010 se da la demanda de Inconstitucionalidad para la reforma del Código Civil argentino, mismo con el cual se aprobó el matrimonio igualitario, cambiando la expresión legislativa del consentimiento entre “hombre y mujer” para contraer matrimonio.

internacional, por lo que ante un conflicto entre la interpretación de la legislación interna u otra que permita el efectivo goce de los derechos, se exige que se opte por la última.²¹

Finalmente, al argumento del juez Eduardo Vio Grossi en donde señala que el control de convencionalidad hubiera permitido advertir que la normativa vigente debió ser aplicada al caso concreto, consideramos que en mérito a lo expuesto anteriormente ello no es sustentable. Así, el Control de Convencionalidad se advierte de la lectura conjunta de los artículos 1,1; 2²²; y 29²³ de la Convención Americana. En el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana ha determinado que si bien los jueces en el ordenamiento interno están sometidos al imperio de la ley vigente; no se debe olvidar que cuando un Estado ratifica un tratado internacional como el de la Convención Americana, su judicatura también se encuentra sometido a ella. Las normas vigentes, que están en conflicto con la Convención Americana, no entran en vigor a partir de su emisión; en consecuencia, todos los órganos estatales, incluidos los operadores judiciales, están obligados a garantizar que los derechos y disposiciones contenidos en el citado instrumento internacional no se vean limitados por la aplicación de la normativa vigente contraria (2006: párr. 124). Señala, además, que no solo deben tener en cuenta el tratado sino las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana.

Del mismo modo, en el Caso Boyce vs Barbados, la Corte Interamericana concluye que el análisis del control de convencionalidad no sólo debió centrarse en la inconstitucionalidad de la normativa, sino en la Convencionalidad del mismo, toda vez que la referida ley contravenía las disposiciones establecidas en la Convención Americana. (2007: párr. 78). Es decir, en el presente caso, la judicatura nacional estaba obligada a apartarse de la exclusión normativamente instituida de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes dado que, según la Convención Americana, violaba los derechos a la Igualdad y a la No Discriminación.

Así, los jueces nacionales tienen la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas del ordenamiento interno y la Convención Americana,

²¹ Así, Así, la Constitución Política de Colombia en sus artículos 44° y 93° reconoce que los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el país adquieren un mandato constitucional de eficacia interna en el ordenamiento jurídico interno..

²² Ello en tanto se advierte que en el artículo 1.1 se estipula la obligación estatal de poder organizar sus estructuras internas para poder efectivizar el goce de los derechos reconocidos en la Convención Americana. Del mismo modo, dicha situación implica que los estados deben adoptar medidas internas para compatibilizar las normas del derecho interno con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos (artículo 2)

²³ Asimismo, existe una obligación estatal, puesto por Convención Americana de que, mediante sus interpretaciones, se permita el goce en el sentido más amplio de los derechos contenidos en dicho instrumento internacional, mientras que se aplica de manera restrictiva en circunstancias que limiten derechos, ello de conformidad a la jurisprudencia de la Corte IDH

teniendo como referencia adicional la interpretación que la Corte IDH ha hecho de ella. Es decir, es un parámetro de control respecto al reconocimiento de derechos humanos que versan en tratados o convenios internacionales. En ese sentido, si bien la Corte Constitucional evolucionó respecto al reconocimiento de derechos a las personas del mismo sexo, en la práctica el acceso a la pensión de sobrevivientes presentó limitaciones en su aplicación debido a que, tal como advertimos en líneas anteriores, los órganos estatales limitaban su razonamiento a la exclusión de las parejas del mismo sexo como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de sus parejas fallecidas. Así, el control de convencionalidad y el principio de subsidiariedad requieren que los estados deben aplicar de oficio la Convención Americana, e interpretar la convención según el principio pro persona. Ello en concordancia con el artículo 26 de la Convención de Viena, que declara que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe, y el artículo 27, que señala que el Estado parte no puede invocar disposiciones internas como justificación para el incumplimiento de las obligaciones convencionales.

Por tanto, los Estados deben adecuar su normativa interna para efectivizar el goce de los derechos en concordancia con los artículos 1.1 y 2 CADH. Asimismo, en el voto disidente del juez Vio Grossi en la sentencia bajo análisis, este argumenta que Colombia no es responsable por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, toda vez que la vulneración alegada ya fue reparada con sentencias como la T-51 de 2010 y C-336 de 2008 que contemplaban el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivencia. No obstante, consideramos que la vulneración alegada se presentó en el año 2002 con la exclusión del recurrente a la pensión de sobrevivientes de su pareja debido a su sexualidad, por lo que las referidas sentencias no subsanaron la situación generada antes de su emisión, siendo además que aún persistían problemáticas en torno a su aplicación. Por todo ello, consideramos que se vulneró el principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA VIDA

Finalmente, sobre la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal, en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, la Corte Interamericana señaló que:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles

con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.”(2005: parr.162).

Es decir, se prohíbe todo acto que afecte este derecho, debiendo el Estado procurar las condiciones mínimas de vida acorde a la dignidad humana de los ciudadanos, por lo tanto, el Estado debe garantizar que este derecho no pueda ser restringido o suspendido bajo ninguna circunstancia.

Asimismo, en el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, la Corte Interamericana determinó que respecto del Derecho a la Integridad Personal, el cual se rige por el artículo 5 de la Convención Americana la responsabilidad de garantizar un tratamiento médico inadecuado puede suponer una violación del artículo 5.1 de la Convención, que está directamente relacionado con el derecho a la integridad personal y a la prestación de servicios de salud. La regulación interna de los servicios de salud y la implementación de procesos para asegurar la eficacia de este control son necesarias para salvaguardar los derechos a la integridad personal. Por tanto, resulta fundamental determinar si la integridad personal tutelada por el artículo 5.1 de la Convención se mantuvo de conformidad con el artículo 1.1 de la misma.” (2013: párr.130)

En este contexto, en el Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, la Corte IDH ha determinado que:

“Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.” (2011: párr,43)

Por tanto, en el presente caso, al advertir la vulneración del derecho a la Salud del recurrente al negársele la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes para poder continuar con su tratamiento antirretroviral, como paciente de VIH, en las mismas condiciones en las cuales lo venía recibiendo cuando su pareja se encontraba con vida, se

afectó también su Derecho a la Integridad Personal y Vida, los mismos que se encuentran íntimamente vinculados a la Dignidad Humana.

Adicionalmente, la Corte IDH se pronuncia en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, señalando que si bien la integridad personal se halla directamente vinculada con la atención a la salud ,además de garantizar su cumplimiento, los Estados“(...) deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.”(2018: párr. 52). Es decir, existe el deber estatal de garantizar que la atención médica, pública o privada, cumpla con los estándares de calidad en la atención a fin de evitar la vulneración del referido derecho.

En este contexto, el Estado colombiano alegó que la acción de tutela es la herramienta adecuada para la protección inmediata de derechos fundamentales como la salud, la vida y la integridad personal, en tanto las mismas se vean amenazadas por una prestación irregular del servicio de salud, siendo que el recurrente debió agotar dicho recurso en base a la suspensión de la continuidad de su tratamiento médico. De esta manera, Colombia señala que en caso el recurrente no contara los recursos económicos para dicho tratamiento, la acción de tutela presentada debió enfocarse en dicho reclamo, y no en la solicitud del acceso a la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. De este modo, sostuvieron que el recurrente no habría agotado las vías internas.

Ante dicho fundamento nos encontramos en desacuerdo, toda vez que la pensión de sobrevivientes, tal como advertimos en líneas anteriores, es un instrumento que busca proteger a los familiares del causante frente a contingencias que puedan generar su fallecimiento. Siendo además que, en el presente caso, el causante proveía el sustento económico al recurrente, por lo que, a nuestra consideración, la acción de tutela estaba correctamente encaminada, ya que la dación de dicha pensión garantiza la continuidad de las condiciones de vida del recurrente, así como de la continuidad del tratamiento médico que venía recibiendo. Existe una conexión inherente entre los derechos a la vida y la integridad y la vulneración principal alegada, que es el derecho a la no discriminación y a la igualdad en el acceso a la pensión de sobrevivientes, independientemente de la orientación sexual. Por lo tanto, no deberían tratarse como derechos singulares y autónomos, siendo que los mismos son derechos interdependientes entre sí , ya que el reconocimiento a la Pensión de Sobrevivencia a las parejas del mismo sexo les permite acceder a la Seguridad Social en Salud y al respectivo tratamiento médico.

En esa misma línea, el Estado colombiano alega que el recurrente no demostró la suspensión de su tratamiento antirretroviral, ya que no es un hecho probado por el recurrente que se le negase la atención médica para llevar a término dicho tratamiento por la negativa de su acceso a la pensión de sobrevivientes, Siendo así que, el recurrente podría dirigirse al régimen subsidiado estatal para su atención médica. Bajo esa premisa, el Estado señala que la pretensión principal del recurrente es acceder al régimen contributivo privado como beneficiario de la Pensión de Sobrevivientes de su pareja causante²⁴. Frente a ello, consideramos que, si bien con el régimen subsidiado estatal existe una continuidad en el Servicio de Salud, ello no significa que la calidad en la atención sea la misma respecto al régimen diferenciado contributivo en la cual ya se encontraba el recurrente hasta el fallecimiento de su pareja. Así, el Derecho a la Salud en Colombia se consagra en los artículos 44° y 49° de la Constitución Política en los siguientes términos:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control”.

En este contexto, a fin de cumplir con lo establecido en dicho precepto, se regula el Sistema de Seguridad Social en Salud con la Ley 100 de 1993, a fin de dar cumplimiento a las directrices y normativas reguladas. En la referida ley, el artículo 227²⁵ determina el estándar en la calidad de atención en los servicios de Salud, y la facultad del Estado de regular y supervisar dicha organización a fin de garantizar la prestación adecuada en salud. Asimismo, el artículo 3° del Decreto 1011 de 2006, donde está instalado el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, determina que se orienta a la mejora de los resultados de la atención en salud que van más allá de la verificación de la existencia de estructura o de la documentación a efectos

²⁴Tal como lo planteó el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá entre sus argumentos señalando que si la intención del recurrente es acceder a la seguridad social en salud podrá acudir al Régimen Estatal.

²⁵ Artículo 227. Control Y Evaluación De La Calidad Del Servicio De Salud. Para garantizar una calidad suficiente en la atención de salud, el Gobierno Nacional tiene la autoridad de adoptar leyes para el establecimiento de un sistema obligatorio de garantía de calidad. Este sistema debe incluir la auditoría médica, la cual es un requisito para las empresas de promoción de la salud. la entrega de asistencia. Los resultados estarán disponibles para todo aquel que quiera verlos.

evaluar y mejorar la Calidad de la Atención en Salud. Es decir, estas normativas buscaron regular y garantizar la calidad en la atención de los servicios de salud para los ciudadanos colombianos. No obstante, en la práctica, se advertía que:

“(…) se continuó con el incumplimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud en algunos campos como acceso, cobertura, seguridad y calidad de los servicios, entre otros...Aun teniendo varias directrices internacionales, políticas nacionales y el trabajo articulado de diferentes actores sociales que se interesaban por brindar una salud con calidad, equidad, oportunidad y libre de barreras de acceso a los servicios, no se pudo garantizar un adecuado cumplimiento de lo planteado(…)”(Vélez y González 2021: 24,25).

Con ello, se advierte la diferencia de calidad de atención en el servicio entre los regímenes contributivo privado y el subsidiado estatal, que aún presentaban deficiencias en su aplicación respecto del otro. Adicionalmente, con respecto a la atención de las comunidades LGBT en los centros de salud, autores como Arenas señalan que los “(…) la falta de reconocimiento y sensibilización acerca de las necesidades en salud de estos grupos de personas, dificultan la comunicación durante la consulta y se constituyen como una barrera importante para obtener información, para lograr un diagnóstico acertado, la adherencia a un tratamiento y para brindar educación en salud de manera apropiada.” (2018:7). Es decir, en la atención, puede persistir la estigmatización respecto a esta comunidad por parte de los profesionales de salud.

En este contexto, el Comité de DESC, en la Observación General N°14, en relación al artículo 12 del PIDESC, refiere que la salud no solo es el derecho a estar sano, sino que entraña libertades y derechos dentro de los cuales se encuentra la potestad de todas las personas de controlar su cuerpo y salud, incluyendo la libertad sexual, las mismas que no deben padecer injerencias. Así, se vulneró el Derecho a la Integridad del recurrente, toda vez que se puso en riesgo su salud, debido a que, al tratarse de una persona con VIH, necesita atención médica continua de calidad, atención que venía recibiendo en el Régimen Contributivo del Seguro Social al cual se encontraba afiliado su pareja hasta el momento de su fallecimiento.

De esta manera, con el fallecimiento de su pareja, los recursos económicos del recurrente no le permitían continuar con su tratamiento en el referido régimen. Por lo que consideramos que la limitación de su acceso a la pensión de sobrevivencia impide el

acceso al tratamiento en las mismas condiciones. en las cuales ya venía recibiendo la atención médica requerida, puesto que, como advertimos, la atención en el régimen contributivo privado se diferencia del régimen subsidiado estatal con respecto a la calidad de la misma. No obstante, la Corte Interamericana concluye que no existen suficientes elementos que puedan determinar que el régimen subsidiario estatal le ofreciera una menor calidad de atención que el régimen contributivo.

Frente a ello , consideramos que el régimen estatal de salud advierte sus deficiencias frente al régimen contributivo, tomando como factores la calidad de atención, medicamentos, suministros, equipos médicos, infraestructura, entre otros factores, que condicionan la calidad de atención de los mismos. Por lo que consideramos que el solo acceso al Sistema de Salud Público no repara el daño alegado por el recurrente, toda vez que el recurrente no puede acceder al tratamiento médico en las mismas condiciones en las cuales accedía antes del fallecimiento de su pareja. Atención que debe continuar en las mismas condiciones, toda vez que la finalidad del Derecho a la Pensión de Sobrevivientes es que las parejas sobrevivientes gocen las mismas condiciones de vida en las que se encontraban antes del fallecimiento del causante. Por todo ello, consideramos que existió la responsabilidad estatal por la vulneración a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

V. CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO Y PERUANO

La temática sobre el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTB se encuentra en la agenda jurídica de diversos países de América Latina, ya que, tal como apreciamos en líneas anteriores, algunos ordenamientos jurídicos como Colombia, de manera progresiva, reconocen derechos tales como el matrimonio, la seguridad social, derechos de propiedad, entre otros. No obstante, Autores como Mella señalan que no todas las regiones evolucionaron de manera equitativa, queda evidenciado que, si bien existe una mejora formal de las instituciones como garantías legales hacia la comunidad LGBTI, aun se observa que las normas socioculturales que permiten o normalizan la discriminación son difíciles de erradicar (2024: 89).

Es decir, existen legislaciones en América Latina que omiten o relegan la discusión jurídica sobre la posibilidad de mayor reconocimiento de derechos a la comunidad LGBT tales como Perú; así como existen aquellos países que en un primer momento no reconocían dicho derecho pero que debido al avance jurisprudencial pudieron reconocerlo progresivamente, tales como Colombia. Por ello, desarrollaremos el contexto actual en el derecho comparado entre Perú y Colombia respecto al debate sobre la progresividad en el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social de las parejas del mismo sexo. Finalmente, propondremos recomendaciones y acciones a nivel interno peruano que puedan coadyuvar a cubrir las deficiencias en el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social de las parejas del mismo sexo.

CONTEXTO PERUANO

Por un lado, en el ordenamiento peruano, el derecho a la Seguridad Social se encuentra regulado en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política de 1993, toda vez que el Estado es el principal garante de protección de derechos humanos. Así, este debe efectivizar este derecho para la protección de grupos vulnerables dentro del cual se encuentran las personas de la comunidad LGBT. Más aún, teniendo en cuenta que este derecho ha sido objeto de debate jurídico a nivel del derecho comparado en países como en Colombia, en donde la exclusión de las parejas del mismo sexo al goce de este derecho conlleva a situaciones de discriminación basados en su orientación sexual. Ello pese a que el Artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú señala que todos somos iguales ante la ley y nadie puede ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole.

En ese sentido, en el contexto peruano, se observa que:

“Durante mucho tiempo la población LGTBI ha sido prácticamente invisible para el Estado. Sus necesidades, problemas, la situación de vulnerabilidad, violencia sufrida, entre otros aspectos han sido ajenos gobierno tras gobierno. Recién en los últimos años, a través de sus instituciones y sus funcionarios, el Estado Peruano ha empezado a dejar de lado esa total indiferencia hacia la población LGTBI así como a su situación.” (Abensur 2020:17)

Es decir, aún persiste en la sociedad peruana un abierto rechazo al debate sobre el otorgamiento de Derechos a las personas de la Comunidad LGTB, ello toda vez que

existen desigualdades evidentes en las prácticas sociales que dificultan el avance de su reconocimiento.

En congruencia con ello, se advierte que:

“(…)la historia de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales...está plagada de momentos de exclusión, rechazo y discriminación... debido a que a la fecha existe una carencia en cuanto a un ... tratamiento de este colectivo, debiendo aplicarse una actualización en términos de reforma de criterios que se vean materializados en ayuda por parte del Estado y atención primaria de sus necesidades. Podemos afirmar que, el acceso a una pensión para las personas del mismo sexo en nuestro país carece de normativa.” (Sotelo 2021:10).

Es decir, para abordar la problemática referida respecto al reconocimiento de los derechos de pensión en las cuales se incluya a las parejas del mismo sexo, se necesita reformular el aparato estatal, ya que los mecanismos que actualmente otorgan dichos beneficios no responden a las necesidades de esta comunidad.²⁶ Sin embargo, frente a este escenario, se observaron iniciativas legislativas respecto al reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTB desde el año 2013, cuando se presentó el Proyecto de Ley N°2647/2013 para la unión civil no matrimonial de las parejas del mismo sexo, mismo que buscaba reconocer ciertos derechos patrimoniales dentro de los cuales se incluía el acceso a la Seguridad Social. Del mismo modo, el Proyecto de Ley “Atención Mutua”, que buscaba otorgar beneficios patrimoniales a los convivientes, independientemente de su sexo, a fin de llenar los vacíos legales existentes al momento de la repartición de la herencia, seguro social, entre otros. No obstante, ambos proyectos fueron archivados, con lo cual se advierte la posición conservadora que mantiene el Congreso de la República.

²⁶ En esa misma línea, se han emitido normativas que contravienen lo dispuesto por la Constitución respecto al principio de igualdad y no discriminación como el Decreto Supremo N°009-2024-SA, suscrito por la actual presidenta Dina Boluarte, en el marco del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS), en el cual se detalla las condiciones y atenciones financiadas para todos los asegurados que registrará en los centros de salud públicos y privados de Perú. No obstante, lo controversial de dicha normativa es que se incorporaron nuevos diagnósticos en la categoría de trastornos mentales dentro de los cuales se califica el transexualismo entre otros trastornos de la identidad de género como problemas de salud mental. En vista del estado actual de las cosas en nuestra nación, creemos que es fundamental que la Corte Constitucional, ejerciendo su autoridad para ejercer control constitucional dentro del sistema judicial como lo establece el artículo 201 de la Constitución, contribuya a la normalización de esta situación. En consecuencia, esta entidad debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizar que todas las personas, independientemente de su orientación sexual, sean tratadas con igualdad para hacer valer los derechos garantizados por la Constitución Política.

En este contexto, el Estado buscó impulsar el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT con la aprobación de proyectos tales como la Resolución Ministerial N°294-2016-MIMP, en el año 2016, mediante el cual se constituyeron mecanismos de coordinación entre el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y la sociedad civil para elaborar políticas públicas inclusivas contra la discriminación sufrida por la Comunidad LGBT. Asimismo, encontramos el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, aprobado en el año 2018, en el cual se incluye a la comunidad LGBT como un grupo de especial protección, estableciendo objetivos estratégicos a fin de contrarrestar la situación de diseminación existente en nuestra sociedad. No obstante, a pesar de “(...) los intentos de algunos congresistas para poner fin a la situación de vulnerabilidad y desprotección jurídica a la que se enfrentan las parejas conformadas por personas del mismo sexo, la presión del sector conservador, así como el sesgo religioso, han impedido que se cumplan con dicho objetivo.” (Abensur 2020 :121). Es decir, su reconocimiento se opone a las morales colectivas sociales.

Como resultado, en la actualidad, no existe un tratamiento respecto a la Seguridad Social para las parejas del mismo sexo, toda vez que el Segundo Proyecto de Ley de Unión Civil presentado fue el Proyecto de Ley N°718/2016 – CR, en el año 2016 donde se proponía que con el registro de la unión de personas del mismo sexo “(...)se constituye un conjunto de deberes y derechos similares al Matrimonio y Unión de Hecho(...)”. (Rebollar 2019:50). Derechos dentro de los cuales se encuentra la Seguridad social, de modo que uno de los miembros de la unión civil que no se encuentre afiliado a dicho sistema podría ser inscrito como beneficiario al sistema que le corresponda en mérito a su pareja aportante.

En esa línea, autores como Gutiérrez (2020) señalan que “(...) el que la Constitución Política de 1993 regule expresamente el derecho a que los integrantes de la comunidad LGBT+ no sean discriminados no es suficiente para que desarrollen sus planes de vida en las mismas condiciones que los peruanos heterosexuales. Ello se debe a que estos últimos sí cuentan con las herramientas legales suficientes como... matrimonio.” (93). Es decir, una institución como la del matrimonio trae consigo derechos tales como el de la Seguridad Social a los sobrevivientes del causante, en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. No obstante, en la actualidad ello no se advierte en la legislación peruana, quedando este derecho pendiente de observación en la agenda pública.

CONTEXTO COLOMBIANO

Por otro lado, en el ordenamiento colombiano, al igual que en nuestra legislación, se regula de manera constitucional la Seguridad Social en el artículo 48° de la Constitución de 1991.

Siendo además que se complementa a ello los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución colombiana. De esta manera, tal como advertimos a lo largo del presente trabajo, el derecho a la Seguridad Social en Colombia ha evolucionado progresivamente en mérito a la jurisprudencia que ha logrado que el derecho a la pensión de sobrevivencia se extienda a las parejas del mismo sexo. Por ello, desarrollaremos la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de derechos a la Seguridad Social de las parejas del mismo sexo en los últimos años, en tanto este derecho protege la vida, la salud, la integridad y el adecuado nivel de vida de las referidas parejas.

Así, apreciamos que con sentencia emitida por la Corte IDH en el año 2016, en el caso que nos ocupa, advertimos diversos pronunciamientos jurisprudenciales aún reflejan ciertas limitantes al momento de otorgar dicha pensión a las parejas del mismo sexo. Así, tenemos la Sentencia SL 4549 de 2019 en la cual una ciudadana solicitó al Instituto de Seguros (actualmente Colpensiones), el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañera permanente luego de una convivencia permanente de seis años. No obstante, antes del fallecimiento, la causante había señalado mediante declaración extra judicial que no contaba con ningún vínculo marital de hecho, motivo por el cual le fue denegada dicha solicitud. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia dictaminó que se garantiza la libertad probatoria, y que las pruebas presentadas por la recurrente demostraban la existencia de un vínculo permanente con la causante. En el mismo sentido, la Sentencia SL 1366-2019, en donde un ciudadano inicia proceso contra la administradora de un fondo de pensiones a fin de que se le reconozca la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente, con quien vivía desde el año 2001.

En primera instancia se niega su pretensión, ya que no cumplía el requisito de declaración ante notario que verificará su condición de compañero permanente con el causante. En segunda instancia, se reconoce su condición como compañero permanente. No obstante, la administradora de fondo de pensiones no reconoce dicha condición e interpone recurso de casación. Así, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que no es necesario presentar la declaración ante notario para que se le otorgue la pensión de sobreviviente, ya que la condición de compañero permanente no se adquiere por la declaración formal ante notario, sino por la voluntad de las parejas de formar una unión permanente y continua en el tiempo, siendo así que la acreditación de dicha convivencia puede probarse por distintos medios al igual que con las parejas heterosexuales, ya que lo contrario significa un trato diferenciado injustificado debido a la orientación sexual de los solicitantes.

En el mismo sentido, la Sentencia SL 2151 de 2022, contempla el caso de tres hombres que convivieron de manera conjunta durante más de 10 años como compañeros permanentes. Al fallecer uno de ellos, los otros miembros solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; sin embargo, el fondo administrador de pensiones rechazó su solicitud basándose en que la normativa actual no reconoce dicha prestación para parejas con multiplicidad de compañeros, es decir, poliamorosas. En primera y segunda instancia, la judicatura ordenó al fondo de pensiones pagarles dicha prestación, pero tanto el fondo de pensiones como la madre del causante apelaron dicha decisión. Así, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia debió analizar si las familias poliamorosas deberían acceder a la pensión de sobrevivientes. Por tanto, concluyeron reconociendo estas relaciones amorosas en la medida que evoluciona la sociedad y se desarrollan nuevas formas de familia. De esta manera, estas parejas pueden acceder a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeros permanentes del causante, toda vez que el derecho en tanto es una herramienta que se aplica sobre una realidad cambiante.

Así, tal como advertimos previamente, la Comunidad LGTB han sufrido un rechazo históricamente generalizado, situación que ha propiciado que las causas particulares sean llevadas hasta la Corte Suprema a fin de solicitar el reconocimiento de los derechos que le eran negados a los solicitantes por motivos de su orientación sexual. Casos como el de Ángel Duque es uno de tantos advertidos en los que los administradores de fondos de pensiones en Colombia han negado solicitudes de pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo, pese a que la jurisprudencia ha dejado asentada la posición a favor del reconocimiento de dicho derecho. En consecuencia, consideramos que es necesario que el Estado colombiano y peruano, en su calidad y rol de garante, reconozca efectivamente el derecho a la Seguridad Social a las parejas del mismo sexo, lo cual conlleva a la reforma del Sistema General de Pensiones de los referidos países, a fin de lograr un efectivo reconocimiento del derecho, ya que lo contrario contraviene el principio de igualdad y no discriminación. Así, en las siguientes líneas propondremos algunas acciones y recomendaciones frente a la situación descrita

RECOMENDACIONES A NIVEL NACIONAL

Ante la situación descrita en párrafos anteriores, consideramos importante plantear algunas recomendaciones y acciones que pueden llevarse a cabo a fin de advertir las prácticas sociales cotidianas que excluyan a la comunidad LGTB. Siendo que las mismas deben ser garantizadas plenamente por los Estados con acciones que puedan “(...)atender necesidades de interés general ...que ...redunden en beneficio de la propia comunidad.” (Sotelo 2021:28). Es decir, se necesitan acciones que puedan promover la articulación

intersectorial con la finalidad de que esta comunidad pueda acceder a derechos como la Seguridad Social en igualdad de condiciones que parejas heterosexuales. Como ejemplo de ello, observamos que, en el marco del Estado de Emergencia Nacional peruano generado por la pandemia del Covid-19, se expidió el Decreto de Urgencia N° 063-2020 que reconoció derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, toda vez que se otorgan prestaciones económicas a los deudos del personal de salud, dentro de los cuales están incluidos las parejas del mismo sexo como beneficiarios del mismo, en concordancia con el Decreto Supremo N° 220-2020-EF.

Así, con este decreto se advierte que la legislación nacional abre la posibilidad de reconocimiento y regulación de derechos a favor de estas parejas dentro del ordenamiento jurídico peruano. Por tanto, se convierte en un “(...) antecedente para que... se otorguen derechos de carácter patrimonial a parejas del mismo sexo, toda vez que, no podemos ser ajenos a la realidad internacional ni mucho menos dejar de tener en cuenta la evolución que tiene dicha problemática, siendo [Perú] uno de los países a nivel regional que aún no establece pautas concretas ni legisla sobre la situación de las parejas LGBT.” (Sotelo 2021:38). De esta manera, dicha situación propicia que se adopten los mecanismos legales y políticas públicas respecto al reconocimiento del derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo. Ello en concordancia al principio de progresividad de los derechos humanos.

Al cierre de este trabajo, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el texto sustitutorio del dictamen que propone la unión civil entre parejas del mismo sexo. En el documento final se recoge las propuestas de Martha Moyano y Alejandro Cavero cuyos proyectos de Ley sobre Unión Civil fueron presentados en julio de 2023 y el 15 de agosto de 2022 respectivamente. Siendo la primera vez que se debatirá la Unión Civil de estas parejas en el Pleno del Congreso del Perú como parte de su agenda pública. Lo cual constituye un paso importante para el reconocimiento de la Comunidad LGTB en nuestro país, toda vez que la aprobación de dicha propuesta crearía una nueva categoría jurídica a su favor, quienes solo buscan el reconocimiento de su convivencia y, asegurando así su protección frente al Estado. En ese sentido, este proyecto propone un marco legal para garantizar sus derechos fundamentales tales como la pensión de sobrevivencia, derechos sucesorios y patrimoniales, potestad de tomar daciones medicas en casos de urgencia, visita a centros penitenciarios entre otras medidas que suponen un paso significativa hacia la igualdad jurídica. Siendo así un claro ejemplo de una medida que busca salvaguardar a una comunidad históricamente excluida en nuestro país. Siendo tema de discusión actual, con opiniones a favor o en contra que nutren el debate jurídico respecto a un tema y a una comunidad comúnmente invisibilizados.

En este contexto, el Estado debe establecer normativas inclusivas y protectoras de las minorías y grupos marginados como los son la comunidad LGBT, mismos que requieren de una atención integral estatal, ya que “(...)nuestro país no debe ser ajeno a la realidad que vienen afrontando los demás países y a los fallos internacionales que promueven la apertura a garantizar ciertos derechos patrimoniales a este colectivo, para el caso en específico la seguridad social implica percibir un monto mensual que cubra las necesidades básicas de una persona y no se minimice ni deteriore su calidad de vida(...)” (Sotelo 2021:40). En otras palabras, la comunidad LGBT tiene una larga historia de discriminación basada en su orientación sexual, y el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que este grupo pueda ejercer plenamente sus derechos dentro de los límites de su autoridad, mediante la promulgación de normativa que brinde a las parejas del mismo sexo las mismas protecciones legales, incluida la igualdad de derechos y libertades, que las parejas heterosexuales. Consideramos que, previamente a la dación de normativa y políticas inclusivas, se debe concientizar y capacitar a los operadores de justicia con cursos y capacitaciones de obligatoria concurrencia.

De manera similar, consideramos fundamental que la normativa de Perú y Colombia exijan que las entidades públicas responsables de administrar los fondos de pensiones, ya sea en el sector público o privado, revisen sus políticas para garantizar que las parejas del mismo sexo puedan beneficiarse de la pensión de sobrevivientes. Si bien en Colombia la normativa y la jurisprudencia ha regulado las condiciones para el acceso a dicha prestación, en la práctica observamos que los fondos de pensiones siguen negando las solicitudes presentadas por los ciudadanos, por lo que la misma no es plenamente efectiva. En Perú, se “(...) debería procurar mejoras en cuanto al tratamiento de personas del mismo sexo, ahondando en su protección no solo a nivel humano, sino verificando que son un colectivo que necesita atención primaria en sectores como salud y seguridad social, del cual pueden verse limitados si no encuentran normativa que ampare sus pedidos.” (Sotelo 2010:49). Así, en nuestra legislación interna no existe actualmente un marco legal al cual remitirnos para el otorgamiento de la pensión para parejas del mismo sexo, generando también un escenario discriminatorio para los mismos en cuanto al acceso de dicho derecho.

Por tanto, se destaca que la Seguridad Social en el Perú deben ser reconocidas, toda vez que “(...)más allá de las funciones que ejerce la Administración, también debe estar en constante preocupación por velar por el desarrollo de la ciudadanía, logrando la integridad y dotándolos de garantías mínimas para el goce de derechos(...)” (Sotelo 2010:49). De

esta manera, proponemos que las acciones deben enfocarse en el otorgamiento de prestaciones a favor de esta comunidad históricamente relegada, en tanto el Estado debe garantizar la igualdad de condiciones de sus ciudadanos, toda vez que el derecho a la Seguridad Social debe ser visto también como un servicio público, por lo cual no debería haber restricciones en su acceso, siendo así que la normativa debe adaptarse a los preceptos constitucionales y los nuevos modelos sociales que se van forjando con el devenir del tiempo respecto a la materia, tal como advertimos previamente en la jurisprudencia comparada.

Por otro lado, en caso la vía legislativa o el aparato estatal no genere avances respecto al reconocimiento, ante una vulneración concreta de sus derechos, las víctimas pueden acudir a los tribunales internacionales a fin de que se efectivice el goce de sus derechos en condiciones de igualdad. Por tanto, según las normas internacionalmente reconocidas, el juez está obligado a realizar un control de convencionalidad para preservar derechos básicos en casos de evidente discriminación, como el que advertimos en el presente caso. Por ello, consideramos que debe haber una constante capacitación obligatoria por parte de los órganos jurisdiccionales hacia su personal respecto al reconocimiento y respecto de los derechos de la comunidad LGBT y grupos minoritarios históricamente marginados. Del mismo modo, los colegios profesionales deben brindar capacitación constante a sus miembros toda vez que el reconocimiento no solo se origina en el ámbito jurisdiccional, sino también en los diversos colegios profesiones que pueden incidir transversalmente en la vida cotidiana de toda persona como miembro de la sociedad.

Siendo además que lo referido se encuentra en concordancia con los estándares internacionales protectores de derechos sin distinciones injustificadas. Por lo que consideramos importante que tanto las instituciones públicas como privadas deben trabajar, de forma coordinada, para que la sociedad en general pueda normalizar las diferentes relaciones existentes en el marco del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad de derechos. Por todo ello, estimamos que el verdadero progreso en cuanto al reconocimiento de derechos parte de una estructura coordinada entre las instituciones públicas y privadas, siendo así que el Estado, en su rol de garante, efectiviza el goce de estos derechos mediante acciones y políticas internas que otorgue la prestación pensional solicitada por los recurrentes, quienes reclaman el reconocimiento de sus derechos en un escenario donde son discriminados para acceder a dicho beneficio.

CONCLUSIONES

- Del análisis del contexto sociocultural del reconocimiento de derechos en Colombia advertimos el rechazo hacia las relaciones conformadas por las parejas del mismo sexo fomentado por el prejuicio hacia el concepto de homosexualidad. Históricamente, las acciones sexuales entre parejas del mismo sexo estaban sujetas a criminalización. Sin embargo, a lo largo del tiempo se lograron avances en el reconocimiento de los derechos de la población LGBT. Del mismo modo, en el ámbito normativo, el ordenamiento interno colombiano establece un trato diferencial injustificado entre las parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales al momento de acceder a la Pensión de Sobrevivientes, tal como se observa en los artículos de la Ley 54 de 1990, 100 de 1993 y el Decreto 1889 de 1994. Por ello, el derecho a la seguridad social en relación con el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad es vulnerado en tanto las parejas del mismo sexo son excluidas de la misma por motivos de su orientación sexual. Posteriormente, dicho escenario fue modificado paulatinamente por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Por ello, consideramos que, si bien ha existido un avance normativo y jurisprudencial, en la práctica estos derechos no son plenamente efectivos debido a la posición de las entidades públicas respecto a la conformación de la familia y las parejas del mismo sexo, situación que ha generado los diversos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional.

-Cuando analizamos la vulneración de derechos alegados por el recurrente, consideramos también la vulneración de otros derechos que están estrechamente relacionados con el derecho a la no discriminación y a la igualdad. Por un lado, en las dos instancias judiciales donde se ventilo la acción de tutela, la judicatura vulneró el derecho al debido proceso, ya que la decisión se basó únicamente en la normativa vigente excluyente, perpetuando el trato discriminatorio hacia las parejas del mismo sexo. Advertimos que la judicatura nacional cuestionó la motivación del recurrente sobre el derecho pensional solicitado. Ello bajo la suposición de que ellos no advertían afectación que requiera de atención urgente, como lo sería el acceso del tratamiento antirretroviral del recurrente. De esta manera, estimamos que la denegatoria de la solicitud en dos instancias en la cual se niega el acceso de la pensión de sobrevivientes estuvieron basados en una normativa discriminatoria hacia las parejas del mismo sexo. Así, en base a los factores de vulnerabilidad particulares del recurrente (pertenencia a la comunidad LGBT y su condición económica y de salud), pudieron pronunciarse por primera vez respecto a la materia apartándose de la normativa discriminatoria a favor de la protección de grupos históricamente relegados. De esta manera, consideramos que el Estado colombiano vulneró el derecho a las Garantías Judiciales establecidos en los artículos 8.1 y 25, en perjuicio de Ángel Duque.

Por otro lado, respecto a la vulneración del Derecho a la integridad Personal y Vida, el régimen estatal de salud advierte sus deficiencias frente al régimen contributivo, tomando como factores la calidad de atención, suministros, equipos médicos, infraestructura, entre otros factores que condicionan la calidad de atención. En este contexto, el derecho a la salud entraña libertades y derechos dentro de los cuales se encuentra el control de las personas sobre su salud y cuerpo, mismo que engloba su libertad sexual y no debe padecer ningún tipo de injerencias. Así, consideramos que si existió vulneración al Derecho a la Integridad del recurrente toda vez que se puso en riesgo su salud, debido a que, al tratarse de una persona con VIH, necesita atención médica continua de calidad, atención que venía recibiendo en el Régimen Contributivo del Seguro Social al cual se encontraba afiliado su pareja hasta el momento de su fallecimiento, aunado a que sus recursos económicos no le permitían continuar con su tratamiento en el referido régimen. Por todo ello, consideramos que existió la responsabilidad estatal por la vulneración a los artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

-Respecto al derecho a la seguridad social en el contexto del derecho comparado vigente de Perú y Colombia, por un lado, en el derecho peruano, el Estado buscó impulsar el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT con la aprobación de proyectos de ley los cuales buscaban incorporar a la comunidad LGBT como un grupo de especial protección, estableciendo objetivos estratégicos a fin de contrarrestar la situación de diseminación existente en nuestra sociedad. No obstante, a pesar de los intentos, la presión del sector conservador en el país ha impedido que se cumplan con dicho objetivo, toda vez que su reconocimiento se confronta a las morales colectivas sociales. Por tanto, en la actualidad, consideramos que no existe un tratamiento respecto a la Seguridad Social para las parejas del mismo sexo, debido a que los proyectos legislativos de Unión Civil que proponían el otorgamiento de derechos como el de la Seguridad Social para las parejas del mismo sexo, no fueron aceptados en la agenda pública. De esta manera, pese a que la Constitución Política de 1993 regule el derecho a que nadie puede ser discriminado, no es suficiente para que se reconozcan los derechos de estas parejas en las mismas condiciones que los parejas heterosexuales.

Por otro lado, con respecto a Colombia, se ha advertido que la Comunidad LGTB han sufrido un rechazo generalizado que ha propiciado que las causas particulares sean llevadas hasta la Corte Constitucional a fin de solicitar el reconocimiento de los derechos que le eran negados en base a su orientación sexual. No obstante, si bien se ha existido un avance jurisprudencial en Colombia, y pese a que la jurisprudencia ha dejado asentada

la posición a favor del reconocimiento de dicho derecho, aun se presentan casos como el de Ángel Duque en las que ante la solicitud del reconocimiento de la pensión de sobrevivencia de parejas del mismo sexo son negadas por los fondos de pensiones. En ese sentido, consideramos que es necesario que el Estado colombiano y peruano reconozcan efectivamente el derecho a la Seguridad Social a las parejas del mismo sexo, lo cual conlleva a la reforma del Sistema General de Pensiones de los referidos países.

-Finalmente, con respecto a las recomendaciones y acciones a nivel interno en el ámbito peruano, es importante destacar que tanto las instituciones públicas como privadas deben trabajar de forma articulada para que la sociedad en general pueda normalizar las diferentes relaciones existentes en el marco del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad de derechos de la Comunidad LGBT. Por todo ello, el verdadero progreso en cuanto al reconocimiento de derechos de pensión a las parejas del mismo sexo parte de una estructura coordinada entre las instituciones públicas y privadas, siendo el Estado el encargado de efectivizar el goce de estos derechos mediante acciones y políticas internas que otorguen la referida prestación pensional solicitada por los recurrentes, quienes reclaman el reconocimiento de sus derechos en un escenario donde son discriminados.

BLIBLIOGRAFIA

ABENSUR, Antonieta

2020 *El derecho constitucional a la igualdad y su influencia en el matrimonio igualitario en el Sistema Jurídico Peruano*. Tesis para optar por el título profesional de Abogado. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Facultad de Derecho. Consulta: 06 de noviembre de 2024

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfindmkaj/https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/653526/Abensur_ZA.pdf?sequence=3

AREVALO, Rodolfo y Susan GONZALES

2022 "Discriminación y violencia a la comunidad LGTBI: Revisión de redacciones periodísticas". *LEX Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas*. Lima, 2022, volumen 5, número 16, pp.188-202. Consulta: 2 de noviembre de 2021

<https://doi.org/10.33996/revistalex.v6i16.119>

ARENAS, Silvia

2018 *Experiencias de atención en salud de personas LGBT y significados del personal de salud que les atiende*. Trabajo de Investigación para optar por el Título de Magister en Salud Pública. Bogotá: Universidad El Bosque, Facultad de Medicina. Consulta: 6 de noviembre de 2024

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfindmkaj/https://repositorio.unbosque.edu.co/server/api/core/bitstreams/75b76e8a-9e58-47e0-a2f0-2316c39b5275/content

ARISTIZÁBAL, Diana

2015 *De la pensión de sobrevivientes: un estudio del derecho a las relaciones simultáneas*. Artículo Reflexivo para optar por el título de abogada. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. Consulta: 30 de octubre de 2024

<http://hdl.handle.net/10983/2567>

ATENCIO-GONZALEZ, Rously

2022 "Importancia de los Derechos Humanos en la Sociedad". *IUSTITIA SOCIALIS*.2022, Vol 7, numero 12. pp.2-3. Consulta: 17 de octubre de 2024

<https://doi.org/10.35381/racji.v7i12.1569>

BECERRA, José

2023 "Principio de Progresividad". *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*.2023, Vol. IX, numero 25. Pp.179-209. Consulta: 15 de octubre de 2024

<https://www.scielo.org.mx/pdf/dgedj/v9n25/2448-5136-dgedj-9-25-179.pdf>

BRAVO, Cesar

2023 *El principio de la buena fe procesal en derecho procesal peruano*. Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Escuela de Posgrado. Consulta: 29 de julio de 2024

https://www.google.com/search?q=el+principi+ode+ubena+fe+en+las+actuaciones+judiciales&oq=el+principi+ode+ubena+fe+en+las+actuaciones+judiciales&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIJCAEQIRgKGKABMgkIAhAhGAoYoAEyCQgDECEYChigAdIBCDY4ODZqMGo3qAllsAIB&sourceid=chrome&ie=UTF-8

BUSTAMANTE, Walter

2008 "El delito de acceso carnal homosexual en Colombia Entre la homofobia de la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal". *Co-herencia*. Medellín, 2008, Vol 5, numero 9, pp.113-141. Consulta: 20 de octubre de 2024.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872008000200006

CARDONA, Juan, Claudia GARCIA, y Karina LOPERA

2022 "Las poliuniones, una forma alternativa de convivencia en Colombia, fuera del contexto cultural y jurídico". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, 2022, Vol 52, numero 137, pp.517-541. Consulta: 26 de octubre de 2024

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpajpcgiclfindmkaj/http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v52n137/0120-3886-rfdcp-52-137-517.pdf

COLOMBIA DIVERSA

2008 *Parejas del mismo sexo: El Camino hacia la Igualdad Sentencia C-075/07*. Bogotá: Universidad de los Andes. Consulta: 26 de octubre de 2024

<https://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/asuntos-legales/parejas-del-mismo-sexo.pdf>

CORREA, Guillermo y Omar CARMONA

2023 “Aves de toda especie: representaciones sociales de la homosexualidad en la prensa en Antioquia, Colombia, 1960-2000”. *Historia Crítica*. Bogota, 2023, numero 92, pp.71-95. Consulta: 27 de agosto de 2024.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-16172024000200071

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia 173 Sustitución pensional/derechos fundamentales/mesada pensional. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-173-94.htm>

Corte Constitucional De Colombia. (1999). Sentencia C- 002 Sustitución pensional M.P. Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-002-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_396.pdf

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-051 de 11 de febrero del 2010. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-051-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia T-049 de 31 de enero del 2002. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-049-02.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D049%2F02&text=En%20todo%20caso%20de%20incompatibilidad,por%20funcionarios%20judiciales%20y%20administrativos.>

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-911 de 07 de diciembre del 2009. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-911-09.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia SU-623 de 14 de junio del 2001.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su623-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-075 de 07 de febrero del 2007.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-521 de 11 de julio del 2007.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-521-07.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-811 de 03 de octubre del 2007.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-811-07.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-1241 de 11 de diciembre del 2008.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1241-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-860 de 15 de noviembre del 2011.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-860-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-327 de 03 de junio del 2014.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-327-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia T-617 de 13 de diciembre de 1995.
Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-617-95.htm>

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2019). Sentencia SL 4549-2019 de 16 de octubre
de 2019. Recuperado de

<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2019/SL4549-2019.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2022). Sentencia SL 2151-2022 de 31 de mayo de 2022. Recuperado de

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/12/SL2151-2022-1-1.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 04 de julio del 2006. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Átala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Recuperada de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_286_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005) Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la Republica de Costa Rica. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Recuperado de

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

GONZALES, Pablo

2017 “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, 2017, Vol. XVII, pp.717-748. Consulta: 20 de octubre de 2024.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542017000100717#fn3

GUTIERREZ, Marcial

2021 “La comunidad LGBT+ en el Perú: los retos para incluirla y reconocer sus derechos en el siglo XXI”. *Advocatus*. Lima, 2021, numero 039, p-91-101.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5119>

LENGUA, Adrián

2017 “La relación subsidiaria y complementaria entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y el sistema interamericano” *THEMIS-Revista Derecho*. Lima, 2017, 71, pp.153-165. Consulta: 17 de octubre de 2024

<file:///C:/Users/User/Downloads/19819-Texto%20del%20art%C3%ADculo-78797-1-10-20180417.pdf>

MELLA, Luis

2024 “El reconocimiento legal LGBTI y sus factores determinantes a nivel mundial: evidencia de datos de panel de 144 países”. *Revista Española de Ciencia Política*. España, numero 64, pp.65-96. Consulta: 30 de octubre de 2024

<https://doi.org/10.21308/recp.64.03>

REBOLLAR, Patricia

2019 *Reconocimiento legal de la Unión civil entre personas del mismo sexo en el Perú a principios del siglo XXI*. Tesis para optar por el título profesional de Abogado. Huancayo: Universidad Continental, Facultad de Derecho. Consulta: 06 de noviembre de 2024.

chrome-

extension://efaidnbmnibpcajpcgclclefindmkaj/https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/6386/4/IV_FCE_312_TE_Rebollar_Pongo_2019.pdf

RODRIGUEZ, José

2015 *Los Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad en los sistemas de justicia latinoamericanos: propuesta de un modelo de justicia en el Salvador*. Tesis Doctoral. España: Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Consulta: 20 de octubre de 2024.

chrome-

extension://efaidnbmnibpcajpcgclclefindmkaj/https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/92895938-61bb-41b5-8062-07b3a81e2178/content

SALAZAR, Daniela y otros

2019 "La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador". *Foro: Revista de Derecho*. Quito, 2019, número 32, pp.123-143. Consulta: 21 de octubre de 2024 <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1264/1163>

SOLANO, Carolina

2011 *Cambios Constitucionales y Movimientos Sociales: Derechos LGBT en Colombia*. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Consulta: 15 de septiembre de 2024 <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/54725/SolanoGutierrez%2CCarolina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SOTELO, María

2021 *Acceso a una subvención para las parejas del mismo sexo en función a la actividad de fomento de la Administración Pública*. Trabajo Académico para optar por el Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Consulta: 20 de octubre de 2024.

chrome-

extension://efaidnbmnibpcajpcgclclefindmkaj/https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/21868/SOTELO_BERMUDEZ_MARIA_ELENA1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

VARGAS, Georgina

2018 “La aplicación del Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos”. *Iuris Dictio*.2018, 21, pp.99-109.

Consulta: 27 de octubre de 2024

<http://scielo.senescyt.gob.ec/pdf/iudi/n21/2528-7834-iudi-21-00099.pdf>

VELEZ, Susan y Yolima GONZALEZ

2021 *Calidad de la atención de los servicios de salud Colombia en los últimos diez años*.

Tesis para optar al título de Auditor en Salud. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad Nacional de Salud Pública “Héctor Abad Gómez”. Consulta: 20 de octubre de 2024.

chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/21060/6/VelezSusan_GonzalezYolima_2021_CalidadAtenci%C3%B3nServiciosSalud.pdf

VISBAL, Diógenes y Ercilia GONZALES

2014 *El matrimonio entre parejas del mismo sexo y otros derechos en Colombia a partir de la constitución política de 1991*. Tesis para optar por el título de Especialista en Derecho de Familia. Pereira: Universidad Libre Seccional Pereira, Facultad de Derecho, Especialización Derecho de Familia. Consulta: 23 de octubre de 2024

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/16650/EL%20MATRIMONIO%20ENTRE%20PAREJAS%20DEL%20MISMO%20SEXO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

NORMAS LEGALES

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1945). La Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de

https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Recuperado de

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>

Congreso Constituyente Democrático. (1993) Constitución Política del Perú. Recuperado de

<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>

Congreso de la República de Colombia (1936). Código Penal (Ley 95 de 1936). Recuperado de

<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1432899>

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Recuperado de

https://oig.cepal.org/sites/default/files/colombia_-_ley_100.pdf

Congreso de la República de Colombia (2003). Ley 797 de 2003. Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7223>

Congreso de la República de Colombia (1950). Ley 2663 de 1950. Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Recuperado de

https://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2016/11/CODIGO-SUSTANTIVO-DEL-TRABAJO-DECRETO-LEY-2663-DE-1950-16_10_2014.pdf

Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 54 de 1900. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30896&%3A%7E%3Atext=Define%20las%20uniones%20maritales%20de%20Cas%C3%AD%20como%20el%20r%C3%A9gimen%20aplicable>

Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley 279 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación general N.º 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Recuperado de

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). Observación general N.º 18 - El derecho al Trabajo (Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Recuperado de

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfUKxXVisd7Dae%2FCu%2B13J25McUdQlf6uyQ1W3AE%2BzFawOUH0Ya5xIF%2Fpm4TqHirJhNEIzfEcUOUh%2BvCuU8AEY7w>

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2007). Observación general N.º 19 - El derecho a la Seguridad Social. Recuperado de

<https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2008/es/41968>

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). Observación general N.º 15 - El derecho al Agua (Artículo 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Recuperado de

<https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2003/es/39347>

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2006). Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial. Recuperado de

https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (2006).

Recuperado de

https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2006). Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Recuperado de

<https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>

Organización de los Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (1994). Decreto 1889 de 1994. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993. Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31246>

Organización Internacional del Trabajo. (1944) Recomendación No 67 sobre la Seguridad de los medios de Vida. Recuperado de

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312405

Organización Internacional del Trabajo. (1952). Recomendación No 102 Convenio sobre la Seguridad Social. Recuperado de

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247

ANEXOS





**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

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

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

El 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Angel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia.

1. Hechos

El señor Duque convivió con su pareja del mismo sexo hasta que este último falleció, como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), el 15 de septiembre de 2001.

La pareja del señor Duque, el señor J.O.J.G, estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.). Luego del fallecimiento del señor J.O.J.G, el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia.

El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, entendiendo 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". La misma sentencia agregó que "la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha

* Integrada por los siguientes jueces: Roberto F. Cedeño, Presidente; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Fuisot, Vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Juez; Diego García-Saván, Juez; y Alberto Pérez Pérez, Presente, además el Secretaria Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta Emma Segarra Rodríguez. El Juez Humberto Sierra Porto, de nacionalidad colombiana, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana.

pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho". La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.

La normatividad Colombiana vigente al momento de la ocurrencia de esos hechos indicaba, en particular, que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera u compañero permanente superviviente" (Ley 101 de 23 de diciembre de 1993) y que "[p]ara todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, (...) se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho" (Ley 54 de 28 de diciembre de 1990).

A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia reconoció jurisprudencialmente a parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. Dicha Corte estableció que la Ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también aplica para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo. En 2008, concluyó a través de la sentencia C-336, que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Asimismo, desde el año 2010 ese tribunal consideró en varias sentencias que, el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera acaecido antes de la notificación de la sentencia C-336, no justificaba que pudiese negarse la pensión de sobrevivencia al miembro sobreviviente y que, además, debían otorgarse a esas parejas los mismos mecanismos para acreditar su unión permanente que las parejas heterosexuales.

11. Excepciones Preliminares

En el presente caso el Estado presentó tres excepciones preliminares.

Con respecto a la primera excepción sobre la presunta falta de agotamiento de los recursos internos frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama el señor Duque, la Corte indicó que el señor Duque presentó una tutela en el año 2002 con dos objetivos distintos: 1) la obtención de la pensión de sobrevivencia, y 2) acceder a la seguridad social en salud y de esa forma no interrumpir su tratamiento médico (por haber sido diagnosticado con infección por VIH C3), y que el recurso planteado podía ser adecuado y efectivo para cumplir con las dos finalidades perseguidas, sin perjuicio de que existieran otros recursos específicos para solicitar la pensión de sobrevivencia que fueron mencionados por el juez de tutela. Del mismo modo, con respecto con los recursos que surgieron con posterioridad al momento de la presentación de la petición ante la Comisión IOH, el Tribunal resolvió que la Convención exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decide sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma. Sin embargo, la Corte constató que el Estado no había presentado información a la Comisión Interamericana sobre todos los recursos que surgieron con posterioridad, por lo cual la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante las instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Por tanto, la Corte desestimó la excepción preliminar.

En cuanto a la segunda excepción preliminar sobre hechos en los que se pretende fundar la presunta violación a los derechos a la vida e integridad personal, el Tribunal constató que ésta misma se encuentra relacionada con la valoración de los medios de prueba para la determinación de hechos que podrían fundamentar una alegada violación al derecho a la integridad personal y al derecho a la vida, por lo que no constituye una excepción preliminar ni una causal de inadmisibilidad.

En lo relativo a la tercera excepción preliminar, sobre la presunta falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, la Corte entendió que los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal se encuentran subsumidos en los alegatos de falta de agotamiento de los recursos internos frente a la posibilidad de acceder a la pensión desarrollados, por lo que se remitió a las consideraciones relacionadas con la primera excepción preliminar.

III. Fondo

Durante el trámite del caso, el Estado planteó que reconocía la existencia de un "hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del periodo de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo". Asimismo señaló que ese hecho ilícito había cesado con la emisión de la Sentencia C-366 que modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y afirmó que se había reparado (en el 2010 con la T-051) los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo reconocido por el Estado, la Corte entendió que le correspondía determinar si, efectivamente, las disposiciones internas colombianas relativas a las pensiones de sobrevivencia eran discriminatorias y contrarias al derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la CADH al momento de ocurrencia de los hechos.

El Tribunal declaró que el Estado era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Angel Duque, toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia por la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas. En segundo lugar, el Tribunal constató que ese hecho ilícito internacional no había sido subsanado ulteriormente. Indicó que, de ser el caso, no habría sido necesario reconocer la responsabilidad internacional del Estado. En particular la Corte llegó a esa conclusión puesto que no quedaban claros los efectos retroactivos de los créditos que podría percibir el señor Duque en la eventualidad de que éste presentara efectivamente una solicitud de pensión y, de ser el caso, esta fuera acordada.

La Corte recordó asimismo que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. La Convención Americana proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en ese instrumento. Asimismo, el Tribunal estableció que, tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

En lo que respecta a la alegada violación al artículo 2 de la Convención, la Corte consideró que, atendiendo la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia en lo que respecta al reconocimiento y la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no contaba con elementos para concluir que existiera una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenido en el artículo 2 de la Convención Americana.

Por otra parte, en relación con el derecho a la protección judicial contenida en el artículo 25 de la Convención, el Tribunal indicó que, no contaba con elementos que le permitan deducir que no existía en Colombia un recurso idóneo o efectivo para solicitar el pago de la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo. Esa conclusión se fundamentó en el hecho que no era posible realizar un análisis en abstracto acerca de la idoneidad o efectividad de recursos que eran

posibles en la vía contenciosa administrativa y la reposición o apelación en contra de la disposición emitida por COLFONDOS, toda vez que estos recursos no fueron interpuestos. En consecuencia la Corte estimó que el Estado no había vulnerado este derecho.

En cuanto a la alegada violación a las garantías judiciales del señor Duque, contenidas en el artículo 8.1 de la Convención, por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales, la Corte estableció que el Estado no era responsable. Esa determinación se fundó en el hecho que no fue posible comprobar que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas.

Por último, el Tribunal consideró que el Estado no es responsable de la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, contenidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Angel Alberto Duque, puesto que: a) no fue aportada ninguna prueba de un daño en la integridad psicológica o moral del señor Duque derivada de las resoluciones emitidas; b) no fueron remitidas pruebas que permitan inferir que el señor Duque haya sufrido una afectación en su salud o que el Estado haya dejado de proveerle asistencia médica, y c) no se cuenta con elementos que le permitan concluir que en el caso concreto del señor Duque el régimen subsidiario de seguridad social en salud le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo.

IV. Reparaciones

Con respecto a las reparaciones, la Corte estableció que su Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen; ii) garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia, y iii) pagar la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de daño inmaterial y por reintegro de costas y gastos. Asimismo, la Corte dispuso que el Estado debía reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del presente caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
CORTE INTERAMERICANA DE DIRITTO HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME



SECRETARÍA DE LA CORTE

San José, 15 de abril de 2016
REF.: CDH-14-2014/139
Caso Ángel Alberto Duque
Colombia.

Estimados señores:

Por medio de la presente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.1 del Reglamento de la Corte IDH, se notifica la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas dictada por el Tribunal el 25 de febrero de 2016, en relación con el presente caso.

Asimismo, adjunto encontrarán el resumen oficial de la Sentencia para dar cumplimiento a lo señalado en el punto dispositivo octavo de la misma.

Al respecto, me permito informarle que los plazos establecidos en la referida Sentencia para su cumplimiento, así como cualquier otro plazo, empezarán a correr a partir del día hábil siguiente a la presente notificación, de conformidad con el punto 3 del Acuerdo No. 1/16 "Precisiones sobre el cómputo de plazos".

Atentamente,



Paulo Sánchez Alessandri
Secretario

Señores Gustavo Gallón Giraldo y Freddy Alejandro Malambo Ospina
Comisión Colombiana de Juristas
Calle 41 # 20-25, barrio La Soledad
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono: 5717449333
Fax: 5717432643
Correo electrónico: ccj@coljuristas.org; alejandrom@coljuristas.org

Señor Germán Humberto Rincón Perfetti
Carretera 19A # 53-85
Bogotá D.C., Colombia
Teléfonos: 5712102534/0
Correo electrónico: rinconperfetti@german@hotmail.com



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*CASO DUQUE VS. COLOMBIA*¹

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

En el *Caso Duque*,

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

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

presentes, además,

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

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

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

CASO DUQUE VS. COLOMBIA

Tabla de contenido

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSI	4
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	6
III. COMPETENCIA	7
IV. EXCEPCIONES PRELIMINARES	8
A. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE QUE RECLAMA EL SEÑOR DUQUE.....	8
A.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes.....	8
A.2. Consideraciones de la Corte.....	9
B. HECHOS EN LOS QUE SE PRETENDE FUNDAR LA PRESUNTA VIOLACIÓN A LOS ARTÍCULOS 4.1 Y 5.1 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA.....	15
C. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS FRENTE A LOS DERECHOS A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL.....	16
C.1. Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes.....	16
C.2. Consideraciones de la Corte.....	16
V. CONSIDERACIONES PREVIAS	18
VI. PRUEBA	19
A. PRUEBA DOCUMENTAL, TESTIMONIAL Y PERICIAL.....	19
B. ADMISIÓN DE LA PRUEBA.....	20
C. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	20
VII. HECHOS	20
A. SITUACIÓN DE ÁNGEL ALBERTO DUQUE Y SU SOLICITUD A COLFONIDROS RESPECTO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTA DE SU ESPOSA.....	21
B. MARCO LEGAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.....	21
C. ACCIONES DE TUTELA PRESENTADAS PARA SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTA.....	23
D. JURISPRUDENCIA POSTERIOR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	25
VIII. FONDO	26
VIII-1. EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A LA NO DISCRIMINACIÓN	26
A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE LA COMISIÓN.....	26
B. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.....	27
B.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	27
B.2. El derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso.....	30
B.3. La alegada cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente caso.....	36
B.4. Conclusión.....	39
VIII-2. LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL	39
A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE LA COMISIÓN.....	39
B. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.....	40
B.1. La existencia de un recurso efectivo en Colombia para el reclamo de la pensión de sobreviviente.....	41
B.2. La alegada violación al artículo 8.1 de la Convención por la supuesta aplicación de estereotipos discriminatorios en las decisiones judiciales.....	44
VIII-3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA	46
A. ARGUMENTOS DE LAS PARTES Y DE LA COMISIÓN.....	46
B. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.....	47
B.1. Estándares relativos al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH.....	47
B.2. Análisis del caso concreto.....	51
IX. REPARACIONES (Aplicación del artículo 53.1 de la Convención Americana)	53
A. PARTE LESIONADA.....	54
B. MEDIDA DE RESTITUCIÓN.....	54

C. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN	55
D. OTRAS MEDIDAS DE REPARACIÓN SOLICITADAS	56
E. MEDIDA DE REHABILITACION.....	57
F. INDENIZACION COMPENSATORIA POR DAÑO MATERIAL E INMATERIAL	57
F.1. Daño material.....	57
F.2. Daño inmaterial.....	58
G. COSTAS Y GASTOS	59
H. REINTEGRO DE LOS GASTOS AL FONDO DE ASISTENCIA LEGAL DE VICTIMAS.....	61
I. MODALIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LOS PAGOS ORDENADOS	61
X. PUNTOS RESOLUTIVOS	62

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSID

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

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

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

b. *Informe de Admisibilidad*. - El 7 de noviembre de 2011 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad N.º 150/11³.

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

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

- El derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5 i), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

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

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

- Los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8 1 y 25, en relación con el artículo 1 1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque, y
- El principio de igualdad y no discriminación, establecido en el artículo 24, en relación con los artículos 1 1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

ii. Recomendaciones: La Comisión recomendó al Estado:

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

d. Notificación al Estado. - El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 21 de abril de 2014, otorgándose un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado presentó un informe el 20 de junio de 2014⁴, en el cual solicitó un plazo de tres meses para remitir determinada información, lo cual fue concedido, y posteriormente presentó un segundo informe.

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

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

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

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. *Notificación al Estado y a los representantes*¹. - El sometimiento del caso por parte de la Comisión fue notificado al Estado y a los representantes el 11 de noviembre de 2014.

5. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas*. - El 12 de enero de 2015 los representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas² (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos de los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte.

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

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

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

9. *Audiencia pública*. - Mediante Resolución del Presidente de la Corte de 2 de julio de 2015, se convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública que fue celebrada el 25 de agosto de 2015 durante el 53º Periodo Extraordinario de Sesiones de la Corte, la cual tuvo lugar en Tegucigalpa, Honduras³. En la audiencia se recibieron las declaraciones de la presunta víctima y un perito, propuestos por los representantes, un perito propuesto por la Comisión, y un testigo y un perito ofrecidos por el Estado, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión, los representantes de la presunta víctima y el Estado, respectivamente. Asimismo, en esa Resolución se ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) de cuatro peritos, propuestos por los representantes, así como de un testigo y un perito, ofrecidos por el Estado, y un perito propuesto por la Comisión.

10. *Amici Curiae*. - El Tribunal recibió 9 escritos de *amici curiae*, presentados por: 1) la Fundación Latina de Cultura⁴; 2) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de

¹ Los representantes en el presente caso ante la Corte son la Comisión Colombiana de Juristas y German Humberto Ruizón Peretti.

² Los representantes enviaron el escrito de solicitudes y argumentos vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 30 de enero de 2015, los representantes remitieron a la Corte el escrito original y anexos del mismo.

³ El Estado envió su escrito de contestación vía correo electrónico. Mediante comunicación recibida el 23 de abril de 2015, el Estado remitió a la Corte el escrito original y anexos del mismo. Asimismo, mediante escrito de 12 de diciembre de 2014 el Estado designó como Agentes a Juana Inés Acosta López y Camilo Ernesto Vela Valenzuela.

⁴ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana Tracy Susanne Robinson, Comisionada; Silvia Serrano Guzmán y Jorge H. Meza Flores, asesores de la Secretaría Ejecutiva; b) por los representantes de la presunta víctima: Gustavo Gallón Giraldo, Representante; Fredy Alejandro Molambo Ospina, Representante; y German Humberto Ruizón Peretti, representante; y c) por el Estado de Colombia: Juana Inés Acosta y Camilo Vela Valenzuela, Agentes; Jonathan Rivera Tarzuela, Asesor; y Juanita Lopez Parón, Directora de la Defensa Jurídica de la ANOJE.

⁵ El escrito fue firmado por María Inés Franck, Presidenta de la referida Fundación.

la Universidad de Texas e International Gay and Lesbian Human Rights Commission¹⁰; 3) Organización Alliance Defending Freedom¹¹; 4) Damián A. González-Salzburg¹²; 5) Centro Leitner por la Justicia y el Derecho Internacional de la Universidad de Fordham y la Comisión Internacional de Derechos Humanos para Gays y Lesbianas¹³; 6) Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes¹⁴; 7) The Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, Venezuela Diversa Asociación Civil, United and Strong Inc., Corporación Promoción de la Mujer / Taller de Comunicación Mujer, SASDD - Society Against Sexual Orientation Discrimination, Colectiva Mujer y Salud, Aireana Grupo por los Derechos de las Lesbianas, United Belize Advocacy Movement, Mulabi - Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos, Akahutá - Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros, Colectivo Ovejas Negras, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), Rede Nacional de Negras e Negros LGBT, Women's Way Foundation, Jamaica Forum of Lesbians, All-Sexuals and Gays (JFLAG), Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans), Sindicato Amanda Jofré, Red Trans del Perú, Asociación Panameña de Personas Trans, Asociación Panambi y Asociación Afili¹⁵; y 8) Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara en California¹⁶ y 9) Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, La Fundación Probono Colombia, Red Probono Chile, Estudio Jurídico Ferrada Nhemé y la Firma de Abogados Baker and McKenzie de Colombia.

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

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

III COMPETENCIA

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

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

¹¹ El escrito fue firmado por Meydy Casillas Padán, Consejera Legal; Emilia Martínez Agraz, Consejera Legal; Federica Della Pria, Abogada Asistente; Natalia Callejas Acuña, Aired Attorney; e Isabella Francis Emerick Alberghina, Pasantes en Derecho.

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

¹³ El escrito fue firmado por Zach Hudson.

¹⁴ El escrito fue firmado por Marcela Sánchez Burbajo, Directora Ejecutiva de Colombia Diversa; Viviana Bahámuez Monsalve, Abogada de Colombia Diversa; Mónica Nicolás Granda Chica, Abogada de Colombia Diversa; Andrea Parra, Directora de PAIIS y Jenny Guzmán Moyano, Estudiante de Derecho.

¹⁵ El escrito fue firmado por Clavis J. Trevino, Covington & Burling LLP.

¹⁶ El escrito fue firmado por Francisco J. Rivera Juanishi, Director y Abogado Supervisor de la oficina clínica; Britton Schwartz, Abogada supervisora; Erica Sutter, Estudiante; Alison Pruitt, Estudiante; Forest Miles, Estudiante.

IV EXCEPCIONES PRELIMINARES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A.2. Consideraciones de la Corte

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

durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión¹⁷. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado especificar los recursos internos que aún no se han agotado, y demostrar que estos recursos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos¹⁸.

24. En el presente caso, para llevar a cabo el análisis sobre el alegato de falta de agotamiento de los recursos internos, corresponde en primer término determinar si esa excepción preliminar fue presentada en el momento procesal oportuno. En tal sentido, la Corte nota que el Estado presentó ese alegato en su escrito de observaciones a la petición inicial¹⁹, por lo que fue presentado en la debida oportunidad procesal.

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

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

26. Con relación al primer punto, consta que el 19 de marzo de 2002 el señor Duque presentó ante COLFONDOS una solicitud (*infra* párr.68) de carácter general requiriendo información solicitó que “se sirvan dar[le] información para saber que requisitos deb[la] gestionar, adelantar o llenar para solicitar la pensión del señor [J.O.J.G], quien falleció el día 15 de septiembre de 2001 y en vida estaba afiliado a dicha entidad y laboraba en la Subdirección de Control Cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales” En ese escrito el señor Duque agregó que “[s]u tendencia sexual era gay y convivió [con él] durante diez (10) años y tres (3) meses, compartiendo todo lo relacionado como pareja desde el 15 de junio de 1991 hasta el momento de su fallecimiento”²⁰. Esa comunicación no fue acompañada por ninguna documentación que hubiese permitido analizar y determinar si el señor Duque cumplía con los requisitos legales y de esa manera efectuar los cálculos correspondientes a la pensión de sobrevivencia²¹.

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

¹⁷ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Excepciones Preliminares, párr. 96, Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador párr. 27.

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

¹⁹ Cfr. República de Colombia, Ministerio de relaciones exteriores, Lento de 31 de enero de 2006, DDH-GOI N.º 2706/132 (expediente de prueba, folios 307 y ss.).

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

²¹ Cfr. Declaración durante la audiencia pública del presente caso del Testigo Juan Manuel Trujillo el 25 de agosto de 2019.

²² Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A., Oficio No. DCI E P. 487-02, J de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 63).

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

28. En la sentencia de tutela el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá indicó que "el accionante solicitó efectivamente el reconocimiento de la pensión, a la cual se le dio respuesta negativa (...)" y señaló que la respuesta de COLFONDOS se ajustaba a derecho y no constituía una violación a los derechos fundamentales del señor Duque²⁴. Asimismo indicó: "puesto que la inconvincencia de' accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa) y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 3 de abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del [Decreto] 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial"²⁵.

29. Con respecto al acceso a la seguridad social, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá agregó que "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el [E]stado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"²⁶. Esa decisión fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá²⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34. En el caso *Wong Ho Wing Vs. Perú*, la Corte indicó que el artículo 46.1.a) de la Convención Americana, en el cual se dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, debe ser interpretado en el sentido que exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma²⁸.

35. Del mismo modo, este Tribunal recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios²⁹. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención³⁰. Asimismo, el hecho de que el análisis del cumplimiento del requisito de agotamiento de recursos internos se realice de acuerdo con la situación al momento de decidir sobre la admisibilidad de la petición no afecta el carácter complementario del sistema interamericano. Por el contrario, de estar pendiente algún recurso interno, el Estado tiene la oportunidad de solucionar la situación alegada durante la etapa de admisibilidad³¹.

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

²⁹ *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988 Serie C No. 4, párr. 63, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 20.

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

³¹ *Cf. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú*, párr. 27.

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

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

38. Con respecto a lo señalado, el Tribunal constata que el Estado se refirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en varias sentencias e indicó los efectos que habría tenido en relación con la normatividad interna relacionada con el acceso a la pensión de sobrevivencia para personas de mismo sexo²⁴. Asimismo, la Corte advierte que durante el trámite que se llevó a cabo ante la Comisión, y con anterioridad a la emisión del Informe de Fondo, el Estado informó, mediante escrito de 8 de julio de 2009, sobre el desarrollo jurisprudencial hasta ese momento, haciendo particular alusión a las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, y T-1241 de 2008. Además, la Comisión tenía conocimiento, al momento de adoptar el Informe de Admisibilidad, de otra sentencia de la Corte Constitucional que se refiere al tema de la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, a saber la sentencia T-911 de 2009. Asimismo, en ese Informe, la Comisión hizo referencia al alegato del Estado según el cual, posteriormente a las sentencias de la Corte Constitucional C-336 y T-1241, "se configuró un cambio en el panorama jurídico que habría permitido a la presunta víctima acceder a la pensión de sobrevivencia". Sin embargo, la Comisión agregó, en el mismo Informe, que la sentencia T-911 de 2009 estableció que "debe existir constancia suficiente, mediante declaración ante notario, de la voluntad de la persona fallecida hubiere tenido que conformar una unión marital de hecho junto con la persona que posteriormente pretende el derecho a la pensión de sobrevivientes" y que "no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento". Concluyó

²⁴ En particular mencionó las siguientes: a) la sentencia C-075 de 2007 mediante dicha decisión se declaró la exigibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes" Entendiéndose que "el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales". Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 2007 (expediente de prueba, folios 186o y ss.); b) la sentencia C-811 de 2007 que declaró la exigibilidad condicionada de artículo 63 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-811 de 2007 (expediente de prueba, folios 195 y ss.); c) la sentencia C-336 de 2008 que declaró la exigibilidad condicionada de las expresiones conyugal y compañero o compañera permanente, contenidas en el artículo 47121 de la Ley 100 de 1993 entendiendo que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-336 de 2008 (expediente de prueba, folios 206 y ss.); d) la sentencia T-051 de 2010 en la que se estableció que la sentencia C-336 de 2008 debía también ser aplicada a los casos en que el deceso del causante ocurrió de manera previa a la emisión de dicho fallo, y que se reconocía medios de prueba distintos a la declaración ante notario público de los interesados para acreditar la unión entre personas del mismo sexo. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051 de 2010 (expediente de prueba, folios 228 y ss.); e) la sentencia T-592 de 2010 en la cual se volvió a afirmar que la sentencia C-336 de 2008 debía aplicarse a los casos en que el fallecimiento del causante se presentó de manera previa a que se proferiera dicho fallo de exigibilidad y se reiteró que deben hacerse válidos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-592 de 2010 (expediente de prueba, folios 227 y ss.); y f) la sentencia T-716 de 2011 y las Sentencias T-860 de 2011 en las cuales se reiteran los criterios anteriores sobre libertad probatoria y sobre la retroactividad del criterio contenido en la sentencia C-336 de 2008. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-716 de 2011 y T-860 de 2011 (expediente de prueba, folios 2302 y ss. y 2354 y ss.).

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

39. No consta que el Estado hubiese remitido información actualizada a la Comisión luego de ese último informe, previamente a la emisión del Informe de Admisibilidad en noviembre de 2011, ni que esta tuviera conocimiento de las citadas sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2010 y 2011. Por el contrario, el Informe de Admisibilidad N° 150/11 únicamente se refiere a las Sentencias anteriores a esos años, información que el mismo Estado enfatizó cuando señaló que la sentencia T-051 de 2010 "fue puesta en conocimiento de la [Comisión] con posterioridad a la emisión del [Informe de Admisibilidad]¹⁵. En ese mismo sentido, el Estado indicó que "no existió un requerimiento previo a la emisión del Informe de Admisibilidad, por parte de la [...] Comisión, mediante el cual el Estado pudiere introducir la sentencia T-051 de 2010 al presente trámite internacional".

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

41. Sobre el particular, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, de modo tal que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado¹⁶. En consecuencia, los desarrollos de la jurisprudencia a nivel interno y sus eventuales consecuencias en la normatividad interna colombiana únicamente pudrían haber sido tomados en cuenta por la Comisión en la medida que las partes le hubiesen brindado esa información en el marco del proceso. Tampoco consta que la Comisión hubiese tenido noticia de esos desarrollos jurisprudenciales en el marco de procedimientos en otros casos o en el desarrollo de sus funciones de promoción de los derechos humanos.

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

¹⁵ Escrito de Alegatos (ales internos del Estado de 25 de septiembre de 2015 (expediente de fondo, folio 3974).

¹⁶ Cf. *Caso Nevecán Trujillo Vs. Venezuela. Excmo. Premio, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 23, y *Caso López Lora y otros Vs. Honduras*, párr. 23.

presentación de la misma⁴⁵. Sobre ese extremo, la Comisión debía contar con la información actualizada, necesaria y suficiente para llevar a cabo ese examen de admisibilidad, la cual debía ser remitida por las partes en el procedimiento. La Corte constató que las sentencias de la Corte Constitucional posteriores al año 2009, las cuales, según lo indicado por el Estado, subsanaban completamente "el hecho ilícito internacional" en perjuicio del señor Duque y le brindaban recursos para solicitar la pensión de sobrevivencia (en particular la sentencia T-051 de 2010), no estaba en conocimiento de la Comisión al momento de la emisión del Informe de Admisibilidad N° 150/11. Además, a pesar de los avances informados a la Comisión por el Estado respecto de ciertos cambios jurisprudenciales, no existía, en ese momento, claridad sobre el posible efecto retroactivo de la sentencia C-336 de 2008 ni sobre la forma de acreditar la unión marital de hecho para parejas del mismo sexo. En consecuencia, la Comisión no contaba con elementos de información suficientes que le hubiesen permitido analizar y eventualmente llegar a concluir que el señor Duque aún contaba con recursos que no habían sido agotados ante las instancias internas con la posibilidad de conseguir resultados diferentes a los que ya había planteado en el año 2002. Tampoco se acreditó por parte del Estado que existieran recursos que permitieran el reconocimiento con carácter retroactivo de la pensión solicitada por el señor Duque, esto es a partir del año 2002, cuestión que en todo caso corresponde analizar en el fondo de la presente controversia.

c) Conclusión

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

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

44. El Estado alegó que los representantes de la presunta víctima en ninguna de las etapas del proceso han aportado pruebas que acrediten que por falta de recursos al señor Duque se le suspendió el tratamiento antirretroviral que le ha sido prescrito⁴⁶. La Comisión señaló que la determinación de si un hecho alegado por una parte se encuentra probado o no, corresponde al fondo del asunto y no constituye una causal de inadmisibilidad bajo el artículo 47 de la Convención Americana⁴⁷. Los representantes agregaron que la excepción presentada no es procedente ya que opera el principio de preclusión procesal, pues en el Informe de Admisibilidad al no hacerse referencia en la caracterización de los hechos que estos eran "manifiestamente infundados", se superó tácitamente la discusión propuesta por el Estado en relación al cumplimiento del artículo 47.4 de la Convención, adujerán también que esta excepción no se planteó en el momento procesal respectivo que es la etapa de admisibilidad.

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

⁴⁵ Cfr. *Caso Wang Ho Ning vs. Perú*, párr. 25.

⁴⁶ De acuerdo con el Estado, la revisión del expediente evidencia la inexistencia de cualquier documento o declaración que demuestre a desaliento del señor Duque al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social o la negativa al suministro de la atención prescrita por su médico tratante.

⁴⁷ La Comisión alegó que no analizaba en la etapa de admisibilidad si existe prueba o no para acreditar los hechos alegados. Un comento, de ser probado en la etapa de fondo, un hecho puede constituir una violación a la Convención Americana o a otros instrumentos interamericanos aplicables.

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

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

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

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

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

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

C.2. Consideraciones de la Corte

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

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

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

51. La Corte advierte que la acción de tutela presentada por el señor Duque el 26 de abril de 2002 solicitaba que el juez competente para conocer de esa acción "ordenar(a) al gerente general de COLFONDOS y/o quien corresponda, [que] reconozca y pague la sustitución pensional al señor Ángel Alberto Duque como sustituto de su compañero [I.O.J.C.]. Como consecuencia de lo anterior se garantiza el derecho a la salud del accionante, ya que al acceder a la pensión también tiene derecho a la seguridad social en salud. Lo anterior ya que, conforme lo certifica el médico tratante, si el accionante deja de tomar el tratamiento antirretroviral fallecerá"¹⁸ (*supra* párr. 69).

52. Por su parte, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, que denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, señaló con respecto al derecho a la salud del señor Duque que: "se habrá de denegar el amparo solicitado, no sin antes indicar al accionante, que si su intención adicionalmente, es obtener algún tipo de seguridad social en salud, bien puede acudir a las instituciones de salud pública que para el efecto el Estado ha creado con el fin de proteger aquellas personas, sin ningún recurso económico, como es el caso del programa ofrecido por el SISBEN"¹⁹.

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

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

¹⁸ Acción de tutela presentada por German Humberto Rincon Porferti en representación del señor Duque del 26 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 7).

¹⁹ Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, Sentencia, 5 de junio de 2002 (expediente de prueba, folio 36).

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

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

V CONSIDERACIONES PREVIAS

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

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

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

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

sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales⁴⁶; b) señaló que ese hecho ilícito había cesado con la emisión de la referida sentencia C-336 a cual modificó las normas que estaban generando el hecho ilícito internacional y reconoció el derecho de una pareja del mismo sexo para acceder a la pensión de sobreviviente bajo las mismas condiciones que los integrantes de una unión heterosexual, y c) afirmó que se había reparado los efectos del hecho ilícito internacional al garantizar un recurso adecuado y efectivo para el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo.

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

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

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

VI PRUEBA

A. Prueba documental, testimonial y pericial

63. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión, los representantes y el Estado, adjuntos a sus escritos principales. Asimismo, el Tribunal recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) por un testigo⁴⁷ y seis peritos⁴⁸. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima Ángel Alberto Duque, el testigo Juan Manuel Trujillo Sánchez, y los peritos René Orueña, Roxlinda Uprinsky Yepes y Macarena Sáez.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-336 de 16 de abril de 2008 (exposición de prueba, folio 1175).

⁴⁷ Ricardo Lique Nuñez.

⁴⁸ Miguel Rueda Sáenz, Fernando Ruiz, Robert Wintemute, Stefano Fabeni, Juan Carlos Upgila y Roberto Saba.

B. Admisión de la prueba

64. El Tribunal admite los documentos presentados en la debida oportunidad procesal por las partes y la Comisión, cuya admisibilidad no fue controvertida ni objetada⁴¹. Respecto a algunos documentos señalados por medio de enlaces electrónicos, la Corte ha establecido que, si una parte o la Comisión proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal porque es inmediatamente localizable por la Corte, por la otra parte o la Comisión⁴². En este caso, no hubo oposición u observaciones de las partes ni de la Comisión sobre la admisibilidad de tales documentos.

65. Asimismo, la Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas en audiencia pública y ante fedatario público, en cuanto se ajusten al objeto definido por la Resolución que ordenó recibirlos⁴³ y al objeto del presente caso.

C. Valoración de la prueba

66. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 51, 52, 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia constante en materia de prueba y su apreciación, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión en los momentos procesales oportunos, las declaraciones y dictámenes rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidavit*) y en la audiencia pública. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuenta el conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa⁴⁴.

VII HECHOS

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

⁴¹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, párr. 140, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, párr. 33.

⁴² Cfr. Caso Escrivá Zapata vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párr. 26, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, párr. 35.

⁴³ Los sujetos de las declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte de 2 de julio de 2015.

⁴⁴ Cfr. Caso de la "Papel Blanca" (Pascuala Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 76, y Caso López Lone y otros vs. Honduras, párr. 42.

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

68. Es un hecho no controvertido por el Estado que el señor Ángel Alberto Duque y el señor J.O.J.G. convivieron como pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, fecha en la que el señor J.O.J.G. falleció como consecuencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida⁴⁷.

69. El 4 de agosto de 1997 el señor Duque ingresó al Programa ETS-VIH/SIDA diagnosticado con infección por VIH C3 y a partir de allí, comenzó su tratamiento antirretroviral con azt-3ct-ldv-rtv (800/100mg), el cual no debía suspenderse, ya que esa circunstancia podría implicar un riesgo de muerte⁴⁸.

70. El señor J.O.J.G. estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS S.A.)⁴⁹. Ante el fallecimiento del señor J.O.J.G., el 19 de marzo de 2002, el señor Duque solicitó por medio de un escrito que se le indicaran los requisitos que debía gestionar para obtener la pensión de sobrevivencia de su compañero⁵⁰. El 3 de abril de 2002, COLFONDOS respondió al requerimiento formulado por el señor Duque indicándole que no ostentaba la calidad de beneficiario de conformidad con la ley aplicable para acceder a la pensión de sobrevivencia⁵¹. En particular, COLFONDOS señaló lo siguiente⁵²:

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

B. Marco legal del sistema de seguridad social en Colombia

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

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

⁴⁸ Cfr. Seguro Social, Certificado en medida, 17 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 21).

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

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

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

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

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

amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte [...]”⁵⁴ y por otro lado, el artículo 15 del mismo cuerpo legal determina que la afiliación al sistema de pensiones es obligatoria para aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo⁵⁵.

72. Asimismo, el artículo 47 de dicha norma, que se encontraba vigente al momento de los hechos, establecía que eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes “[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente”⁵⁶. Por su lado, el artículo 74 que estaba vigente al momento de los hechos señalaba que⁵⁷:

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

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

74. En la misma línea, el decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, el cual es reglamentario de la Ley 100 de 1993, establecería en sus artículos 10 y 11⁵⁹:

Artículo 10. Compañero o Compañera Permanente. Para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.

Tratándose del pensionado, que en cumplimiento con los requisitos exigidos por los literales a) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

Artículo 11. Prueba de la calidad de Compañero Permanente. Se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley. En todo caso las entidades administradoras indicarán en sus reglamentos los medios de prueba idóneos para adelantar el procedimiento de reconocimiento respectivo.

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

⁵⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 20 de diciembre de 1993, Diario Oficial No. 41.148 artículo 10 (expediente de prueba, folio 1360).

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

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

⁵⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, Diario Oficial No. 41.148, artículo 74 vigente al momento de los hechos (expediente de prueba, folios 2875 y 2880).

⁵⁸ Congreso de la República de Colombia, Ley 54 de 28 de diciembre de 1990, Diario Oficial No. 39.615, artículo 1 (expediente de prueba, folio 1369).

⁵⁹ Presidente de la República de Colombia, Decreto 1889 de 3 de agosto de 1994, Diario Oficial No. 43.480, artículos 10 y 11 (expediente de prueba, folio 1363).

Salud. Una de ellas es la de los afiliados mediante el régimen contributivo, estando incluidas dentro de esta clase las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago⁶⁰. La otra clase incluye a la población más pobre y vulnerable del país, aquellas personas sin capacidad de pago, afiliados mediante el régimen subsidiado⁶¹. En esta clase de afiliados, tendrán prioridad "las madres durante el embarazo, parto y postparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago"⁶².

76. El artículo 162 de la norma citada establece los servicios de salud que corresponden a cada régimen de afiliación en los siguientes términos⁶³:

Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que define el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1550 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 168 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 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

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

77. El 26 de abril de 2002, ante la respuesta negativa proporcionada por COLFONDOS, el señor Duque interpuso una acción de tutela solicitando que se reconociera y se pagara la sustitución de la pensión a su favor como mecanismo transitorio mientras se iniciaba la acción judicial respectiva⁶⁴. Para fundamentar la acción de tutela, se argumentó, entre otras cosas, que efectivamente formaba una pareja con el señor J.O.J.G, que no tenía rentas propias, que vivía con VIH y estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no podía suspenderse, que al morir su pareja perdería la afiliación a la entidad prestadora de servicios de salud y que en todo caso, al tener acceso a la pensión de sobreviviente,

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

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

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

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

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

contaría con los servicios de salud que su condición requería⁶⁵. Asimismo, el señor Duque argumentó que al no otorgársele la sustitución de pensión constituía una violación a los derechos a la vida, la igualdad, el derecho a constituir una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social, la prohibición de tratos degradantes, la libertad de conciencia, la diversidad cultural y la dignidad humana⁶⁶.

78. El Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá denegó la tutela promovida el 5 de junio de 2002, al sostener lo siguiente⁶⁷:

[...] 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 representó en alguna época las relaciones maritales de hecho.

[...] El Despacho concluye, entonces, que la acción es improcedente y adicionalmente, puesto que la inconformidad del accionante puede resolverse a través de los procesos judiciales señalados en la ley, (vía contenciosa administrativa; y/o la interposición de los recursos de reposición y apelación dentro de los términos legales en contra de la disposición emanada el 03 de Abril de 2002 de COLFONDOS. El conflicto que expone el accionante, es de orden legal y no cabe recurrir a la acción de tutela para su resolución, para que por esta vía se reconozca dicha pensión, a la cual debe acceder por medio de procedimiento ordinario, para que eventualmente se le reconozca dicho derecho. Al respecto, el artículo sexto del Dec 2591/91, estableció la improcedencia de la tutela, cuando existen otros mecanismos o medios de defensa judicial.

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

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

79. La resolución anterior fue impugnada por el señor Duque y confirmada en su integridad el 19 de julio de 2002 por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá en los siguientes términos⁶⁸:

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

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

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

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

⁶⁸ Juzgado Doce Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Sentencia, 19 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 52 y 53).

fuente inmediata en la ley; de manera que, como es apenas lógico, únicamente se otorgan a quienes cumplen los requisitos legalmente previstos.

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

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

D. Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional

81. A partir del año 2007 la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido jurisprudencialmente a parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad. La Corte estableció que la referida Ley 54 de 1990 (que regula lo relativo a la unión marital de hecho) también aplica para las parejas del mismo sexo y que, por tanto, estas parejas gozarán de dicho régimen de protección en la medida en que cumplan los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de dichas uniones maritales⁶⁹. Posteriormente, la Corte Constitucional determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura de las parejas del mismo sexo y que, para el efecto, la comprobación de dicha calidad y de la voluntad de permanencia de la pareja debía regularse por el mismo mecanismo que aplica a las parejas heterosexuales⁷⁰.

82. En el año 2008 la Corte Constitucional de Colombia concluyó a través de la sentencia C-336 que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes⁷¹. Asimismo, desde el año 2010 ese mismo tribunal Constitucional consideró en varias sentencias que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo hubiera ocurrido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 no justificaba que pudiese negarse la pensión de sobrevivencia al miembro superviviente y además que no era constitucionalmente válido proveer solo de una vía para acreditar su unión permanente a las parejas del mismo sexo, mientras que las parejas heterosexuales disponían de cinco vías para el efecto y que, por tanto, debían otorgarse los mismos mecanismos en ambos casos⁷².

⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, párrafos 5.2, 3.7, 6.2.4 y 6.3 (expediente de prueba, folios 1024 a 1026).

⁷⁰ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-911 de 3 de octubre de 2007, apartado 6 (expediente de prueba, folios 1990 a 1997).

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

⁷² Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-051/10 de 2 de febrero de 2010, párrafo 6.7 (expediente de prueba, folios 1526 y 1529), y Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-866/11 de 15 de noviembre de 2011 (expediente de prueba, folios 1576 y 1577).

VIII FONDO

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

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

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

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

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

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

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

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

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

B. Consideraciones de la Corte

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

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

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

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

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

como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷⁵ y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁶, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha definido la discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"⁷⁷.

91. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación⁷⁸. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico⁷⁹.

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

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

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

⁷⁷ Véase *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 91. Asimismo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párr. 6.

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

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

⁸⁰ *Cfr. Opinión Consultiva OC-10/03, párr. 103, y Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 220.*

que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁸¹.

93. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma⁸². El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional⁸³. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación⁸⁴.

94. Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"⁸⁵. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación⁸⁶. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana⁸⁷ en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

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

⁸¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-58/03, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xéknik Kásek Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 271; *Caso Martín Cotrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapiché) Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201, y *Caso Espinoza González Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 220. *Asimilismo*, Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No. discriminación, 13 de noviembre de 1989, CCPR/C/77, párr. 6.

⁸² Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 43, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 234.

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

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

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

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

⁸⁷ Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 162, párr. 239, y *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 243.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la pensión de sobrevivientes "[e]n forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente" y que artículo 74 de la misma ley señalaba que en "caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, 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 u invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte [...]" (*supra* párr. 74).

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

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

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

104. La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscribida 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 sexual⁸⁸.

105. En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención⁸⁹. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

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

⁸⁸ Cfr. *Caso Atala Rillo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costes*, párr. 91.

⁸⁹ Cfr. *Caso Atala Rillo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costes*, párr. 73.

106. Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable⁹⁰, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido⁹¹. Asimismo, este Tribunal estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva⁹².

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

108. En lo que respecta al derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda, o tenga por efecto, anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social⁹³.

109. Asimismo, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudez. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación⁹⁴.

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

⁹⁰ Cfr. *Condiciones Jurídicas y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 46, y *Caso Escobedo González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos*, párr. 219.

⁹¹ Cfr. *Caso Guala Cetmán (Dignetas, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros vs. Chile*, párr. 200, y *Caso Escobedo González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos*, párr. 219.

⁹² Cfr. *Caso González López y otros vs. Ecuador*, párr. 1.257. Asimismo, *Mutatis mutandis*, *Caso Atala Riffo y Niños vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costos*, párr. 124, y *Caso Granier y otros (Radio Laredo Televisión) vs. Venezuela*, párr. 228.

⁹³ Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 19: el derecho a la seguridad social (artículo 25), 4 de febrero de 2008, E/C.12/GC/19, párr. 29.

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

orientación sexual o identidad de género, e la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuicacos o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte⁹⁵.

111. El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión, y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión, no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas⁹⁶.

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

113. En el caso de la Ciudad de México, está permitida la "sociedad de convivencia" de las parejas del mismo sexo desde el año 2006⁹⁷ y el matrimonio desde 2009⁹⁸. Este estatuto otorga varios derechos patrimoniales. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: "[l]a ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de [l] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional"⁹⁹. La Suprema Corte señaló que vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales¹⁰⁰.

114. En Uruguay, desde el año 2007, existe una ley sobre la Unión Concubinar a que se aplica a las parejas del mismo sexo que incluye a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a las personas que hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterrumpida en unión concubinar a de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual¹⁰¹. Por su parte, Uruguay autoriza el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde el 2013¹⁰².

⁹⁵ *Cfr. Kaszarka Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, March 2017, Principio 13. El derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social.

⁹⁶ *Cfr. Comité de Derechos Humanos, caso Edward Kijoyi v. Australia*, Comunicación No. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/941/2000 (2003), para 10.4. "The State party provides no arguments on how the distinction between same-sex partners, who are excluded from pension benefits under law, and unmarried heterosexual partners, who are granted such benefits, is reasonable and objective, and no evidence which would point to the existence of factors justifying such a distinction has been adduced. In this context, the Committee finds that the State party has violated article 26 of the Covenant by denying the author a pension on the basis of his sex or sexual orientation."

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

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

⁹⁹ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de junio de 2015, La J/43/2015.

¹⁰⁰ *Cfr. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de junio de 2015, La J/43/2015.*

¹⁰¹ *Cfr. Uruguay, Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Ley N. 18.246, "Unión Concubinar a"*, 27 de Diciembre de 2007, Artículo 14.- Agregase al artículo 25 de la ley Nº 16.713, de 7 de setiembre de 1995, el siguiente literal: Las concubinas y los concubinos, entendiéndose por tales las personas que,

115. En el caso de Argentina, la ciudad de Buenos Aires autoriza la unión civil de las parejas del mismo sexo desde el 2002¹¹¹. La Ley 1004 precisa que, en cuanto al ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios, "los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges"¹¹². A nivel nacional, el matrimonio de las parejas del mismo sexo es legal desde el 2010¹¹³. La ley precisa que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo"¹¹⁴. Además, desde el año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había reconocido el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo¹¹⁵. En 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo a partir de la muerte de su pareja¹¹⁶.

116. En Brasil, el 10 de diciembre de 2010, un decreto ejecutivo reconoció el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja¹¹⁷. Además, el 5 de mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que los de las parejas heterosexuales¹¹⁸. Asimismo, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia declaró que no es posible negar el matrimonio o las uniones de hecho de las parejas del mismo sexo sobre la base del principio de no discriminación¹¹⁹.

117. Del mismo modo, en Chile, a partir de octubre de 2015, los convivientes civiles de mismo sexo tienen los mismos derechos en materia de pensión que las parejas heterosexuales¹²⁰.

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

hasta el momento de configuración de la causal, hubieran mantenido con el causante una convivencia ininterumpida de al menos cinco años en unión concubinal de carácter exclusivo, singular, estable y permanente, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual y que no resultare alcanzada por los impedimentos dímicos establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 31 del Código Civil".

¹¹¹ Cf. Ley Nº 19.075, aprobada por el Parlamento el 10 de abril 2003 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 7 de mayo 2003.

¹¹² Cf. Argentina, Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002.

¹¹³ Argentina, Ciudad de Buenos Aires, Ley N. 1004, 12 diciembre de 2002, artículo 4.

¹¹⁴ Cf. Argentina, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, Ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010.

¹¹⁵ Argentina, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, Ley 26.618, "matrimonio civil", sancionada el 15 de Julio de 2010, promulgada el 21 de Julio de 2010, artículo 172.

¹¹⁶ Cf. Decreto Ejecutivo de la administración nacional de la seguridad social, Resolución 671/2008, 19 de agosto de 2008.

¹¹⁷ Cf. Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Junio de 2011.

¹¹⁸ Cf. Brasil, Superintendência Nacional De Previdência Complementar, Portaria Nº 941, 9 de diciembre de 2010.

¹¹⁹ Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, 5 de mayo de 2011.

¹²⁰ Cf. Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 175, 14 de mayo de 2013.

¹²¹ Chile, Ministerio Secretaría General De Gobierno, Ley No. 20.839, Del acuerdo de Unión civil y de los convivientes civiles, promulgada el 13 de abril de 2015 y publicada el 21 de abril de 2015. "Artículo 1º.- El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que convierten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida efectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 41 del Código Civil. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26".

ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita¹¹⁷.

119. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha indicado que la posibilidad de obtener la porción conyugal no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden vivir en pareja, en la medida en que la finalidad de esta figura consiste en equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común¹¹⁸.

120. La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-335 de 2008 sobre pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo que "el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana"¹¹⁹.

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

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Obergefel et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, No. 11-550, Argued April 28, 2015 – 26 de junio de 2015.

¹¹⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012.

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1798).

libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género”¹²².

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

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

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

125. Por tanto, la Corte encuentra que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicionalmente a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta del COLFONDOS a su gestión al respecto y por la sentencia de tutela del Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del Juzgado Doce Civil de Circuito de Bogotá (*supra* párr. 74).

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

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

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

¹²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 16 de abril de 2006 (expediente de prueba, folio 1375 y 1376).

¹²³ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 92.

definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su 'aprobación' o 'confirmación'".¹²⁸

128. Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"¹²⁹. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa¹³⁰.

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

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

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

¹²⁸ *Cf. Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 13, y *Caso Tarazona Arieta y Otros Vs. Perú: Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 15 de octubre de 2014, Serie C No. 286, párr. 156.

¹²⁹ *Cf. Caso Acevedo Jaramila y otros Vs. Perú: Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 157, párr. 66, y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 289, párr. 129.

¹³⁰ *Cf. Caso Tarazona Arieta y Otros Vs. Perú*, párr. 137. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*, párr. 159.

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

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

133. La Corte destaca el significativo avance jurisprudencial realizado por el Estado de Colombia por medio de su Corte Constitucional desde el año 2008. Específicamente, en cuanto a los efectos retroactivos del cambio normativo, consta que: a) la sentencia C-336 de 2008 no señaló expresamente efectos retroactivos, y b) la sentencia T-051 del 2010 aclaró que la sentencia C-336 tiene efectos retroactivos, lo cual fue confirmado por otras sentencias de la Corte Constitucional de Colombia tales como la sentencia T-800 de 2011. Este desarrollo jurisprudencial constituye un adelanto importante en procura de hacer cesar el trato discriminatorio que resultaba contrario a los derechos convencionales.

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

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

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

¹²¹ Cfr. Comunicaciones remitidas por COLFONDOS al doctor Germán Rincón Peretti, el 7 de octubre de 2014 y el 20 de enero de 2015 (expediente de fondo, folios 2416 y ss.)

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

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

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

B.4. Conclusión

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

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

VIII-2.

LOS DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

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

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

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

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

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

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

B. Consideraciones de la Corte

145. La Corte ha considerado que el Estado tiene la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, conforme a artículo 25 de la Convención Americana, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8.1 de la Convención, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención en el artículo 1.1 de la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción¹²².

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

¹²² *Ver Caso Rodríguez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015* Serie C No. 301, párr. 258.

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

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

147. En lo que respecta al artículo 25.1 de la Convención, este Tribunal ha indicado que el mismo establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹²⁴. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas¹²⁵.

148. La Corte también ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo¹²⁶, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley¹²⁷. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente¹²⁸. De igual manera, un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas¹²⁹.

149. Asimismo, la Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del caso o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios¹³⁰. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales¹³¹.

¹²⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 91, y *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 319.

¹²⁵ *Caso de las "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237, y Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2015. Serie C No. 320, párr. 123.*

¹²⁶ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/87 del 5 de octubre de 1987. Serie A No. 7, párr. 24, y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

¹²⁷ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 102, y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 136.*

¹²⁸ Cfr. *Caso Manizte Uruñá Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 137, y Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*, párr. 123.

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

¹³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-3/87, párr. 24, y *Caso López Cone y otros Vs. Honduras*, párr. 247.

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

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

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

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

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

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

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

solicitar la pensión¹³². La Corte recuerda que la obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medio o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio o no se arribe a la conclusión pretendida por la presunta víctima¹³³. Asimismo, la Corte considera que no cuenta con elementos para determinar la inexistencia de una voluntad estatal de brindar protección jurídica al señor Duque, tomando en consideración que las resoluciones de primera y segunda instancia se resolvieron conforme a la normativa vigente, señalando las vías adecuadas para solicitar la pensión de sobrevivencia.

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

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

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

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

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

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

159. El artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine¹³⁴ y bajo el procedimiento dispuesto para ello.

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

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

162. La Corte reitera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, debiéndose garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio¹³⁵. Este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática¹³⁶. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia¹³⁷. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta¹³⁸, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho¹³⁹.

163. La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario¹⁴⁰. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado

¹³⁴ Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Celso y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de agosto de 2013. Serie C No. 266, párr. 156, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, párr. 243.

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

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

¹³⁷ Cfr. *Caso Palmarez Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2005. Serie C No. 125, párr. 140, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, párr. 304.

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

¹³⁹ Cfr. *Caso Caso Apitz Barbero y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela. Excepción Preliminar Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2018. Serie C No. 387, párr. 56, y *Caso López Lora y otros vs. Honduras*, párr. 233.

¹⁴⁰ En similar sentido, en la jurisprudencia europea, ver T.F.O.H., *Caso Kyprinos vs. Chipre*, (No. 73797/01), sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 119 (“In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary”). Véase T.F.O.H., *Caso Meuschel vs. Omán*, (No. 10488/03), sentencia de 24 de mayo de 1989, párr. 47.

caso¹⁴¹. En cuarto a tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales¹⁴².

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

165. La Corte resalta que una violación del artículo 8.1 de la Convención por la presunta falta de imparcialidad judicial de los jueces debe establecerse a partir de elementos probatorios específicos y concretos que indiquen que se está efectivamente ante un caso en el que los jueces claramente se han dejado influenciar por aspectos o criterios ajenos a las normas legales¹⁴³. En el presente caso, el Tribunal considera que no es posible concluir que las autoridades hayan actuado esencialmente y de forma principal con fundamento en otros aspectos más allá de lo expresamente establecido en leyes colombianas. Además, la Corte no cuenta con elementos que le permitan considerar que las autoridades judiciales actuaron con ausencia de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con la orientación sexual del señor Duque que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión.

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

¹⁴¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyriakou Vs. Chipre*, No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 118 ("a subjective approach, that is endeavouring to ascertain 'the personal conviction or interest of a given judge in a particular case'").

¹⁴² Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyriakou Vs. Chipre*, No. 73797/01, 15 de diciembre de 2005, párr. 119 ("As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill-will, or has arranged to have a case assigned to himself for personal"). Ver asimismo, T.E.D.H., *Caso De Vrijs Vs. Malta*, No. 46575/09, 21 de junio de 2011, párr. 57, y *Caso De Cuobert Vs. Bélgica*, No. 9186/80, 26 de octubre de 1985, párr. 25. Además, el Tribunal europeo señaló que la imparcialidad subjetiva de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas de caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos y el lenguaje utilizados en la decisión, o los motivos para llevar a cabo la investigación, que indiquen una falta de competencia profesional frente a la decisión. Cfr. T.E.D.H., *Caso Kyriakou Vs. Chipre*, No. 73797/01, C.C., 15 de diciembre de 2005, párrs. 119 a 123.

¹⁴³ Cfr. *Caso Atala Riffe y Nájera Vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas*, párr. 190.

VIII-3

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y EL DERECHO A LA VIDA

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

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

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

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

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

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

B. Consideraciones de la Corte

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

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

172. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] a asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social"¹⁴⁴. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia el 22 de octubre de 1997 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público¹⁴⁵. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó a calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas¹⁴⁶.

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

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

¹⁴⁶ Cf. Caso González Luy y otros Vs. Ecuador, párr. 172, y OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/V/II.L.1, Doc. 2/11 rev.2, 16 de diciembre de

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

174. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud¹⁴⁹. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que "el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"¹⁵⁰.

2011, párrs. 66 y 67. En este documento se establece que: "El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país [...] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Eso requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas". Asimismo, dentro de los incumplimientos referidos se incluyen: "Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministros o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud". En este mismo sentido, *cf.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 9, E/C.12/1996/24, 3 de diciembre de 1999, párr. 10. Véase también OEA, Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, AG/Doc 5242/12 rev. 2.

¹⁴⁷ Artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador.

¹⁴⁸ *Cf.* Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 163, y Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 13 de agosto de 2000, párr. 43(d).

¹⁴⁹ *Cf.* Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre "El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (11 de junio de 2013) UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.1 párr. 2, Asamblea General de las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Paul Hunt" (13 de septiembre de 2006) UN Doc A/G/1/336 párr. 40, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, relativa al acceso a los medicamentos" (1 de mayo de 2011) UN Doc A/HRC/23/42 párr. 3.

¹⁵⁰ Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 164, y por ejemplo, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "Acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo", Resoluciones 2001/13, 2002/12, 2004/26 y 2005/23. De forma similar se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos respecto al VIH/SIDA. *Cf.* Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre Protección de los derechos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) (13 de abril de 2011) UN Doc A/HRC/RES/16/29, párr. 1. Por otra parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en el marco del reconocimiento de las personas con VIH como sujetos de especial protección, ha señalado que su vida "depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión". *Cf.* Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2011, expediente número 0479-2005-PA/TC, párr. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

179. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el derecho fundamental a la salud de los portadores de VIH/SIDA está protegido en los ámbitos internos e internacional, siempre con el objetivo de que el tratamiento que se requiere no sólo sea integral sino también continuo y oportuno¹⁵⁵. Además, la jurisprudencia constitucional de Colombia ha resaltado el especial tratamiento que se debe procurar a quienes padecen de esta enfermedad, en razón a su gravedad y carácter progresivo, observando la existencia de determinados ámbitos de protección, a saber: "(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre JPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional cada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean"¹⁵⁶.

180. También, la Corte Constitucional ha establecido que cuando un enfermo de VIH/SIDA requiere un tratamiento o procedimiento fundamental para garantizar su existencia en condiciones dignas, ya sea que se encuentre o no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encontrándose la persona afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud o vinculada, su derecho a la salud se considera fundamental y es amparado a través de la acción de tutela¹⁵⁷.

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

sentencia T-643 de la Corte Constitucional de Colombia de 2 de septiembre de 2004. Ver también, Perfilaje de Paul Hurtado de marzo de 2015 (expediente de prueba, folios 1706 a 1734).

¹⁵⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 972 de 2005, 15 de julio de 2005, modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010, Diario Oficial 45 971, en lo relativo a "las multas "Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA" (expediente de prueba, folio 2793).

¹⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-328 de 19 de abril de 2013.

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

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

¹⁵⁸ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 000260 "Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, 4 de febrero de 2004 (expediente de prueba, folios 2758 y ss.)

B.2. Análisis del caso concreto

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

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

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

185. Respecto a la alegada falta de atención médica y los efectos de ésta para el señor Duque, la Corte nota que de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud el 9 de febrero de 2015, desde 1995 hasta la actualidad se le han "compensado" al señor Duque "todo los períodos de manera ininterrumpida en materia de salud", estando afiliado a "Illa Nueva EPS S.A." y el "Instituto de Seguros Sociales E.P.S." desde el año 1995 hasta la actualidad. Asimismo, de acuerdo con el oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015, el señor Ángel Alberto Duque "no evidencia interrupciones en su afiliación desde mayo de 1985 hasta la fecha"¹²⁹. Estos oficios no fueron controvertidos por los representantes.

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

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

¹²⁹ Oficio remitido por el Ministerio de Salud de 25 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folio 2808).

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

189. En ese sentido, el Estado expuso el marco jurídico vigente en Colombia que "garantiza que se provean todos los medicamentos, tratamientos y servicios necesarios, para la atención de las personas con VIH"¹⁵⁰.

¹⁵⁰ El Estado señaló algunas disposiciones, tales como: a) Decreto 559 de febrero de 1991. Este decreto determinó respecto a la atención a los infectados por el VIH y las enfermas de SIDA, que esta debía darse de acuerdo con el criterio médico y con sujeción a las normas técnico-administrativas expedidas por el Ministerio de Salud, y debía prestarse en el servicio ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario; b) Acuerdo 8 de 1994. Se reconoce a las personas afiliadas bajo el régimen contributivo el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones, bajo la denominación de tratamiento de alto costo, de enfermedades raras o catastróficas. En este acuerdo se hace mención expresa al tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; c) Resolución 526 de 5 de agosto de 1994 por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Este manual fue expedido con miras a unificar criterios en la prestación de servicios de salud dentro de la Seguridad Social en Salud, como garantía de acceso, calidad y eficiencia. Bajo esta disposición se incluyeron en el Plan Obligatorio de Salud tratamientos para enfermedades raras o catastróficas, entre los que se incluyó el tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; d) Decreto 1543 de 1997 que actualiza el Decreto 559 de 1991. Determinó la obligatoriedad en la atención a las personas infectadas con el virus del VIH y la garantía de la atención en salud que incluyó los medicamentos para controlar la infección. De igual manera, el Decreto hace énfasis en los deberes de las EPS y las personas del equipo de salud para garantizar la atención integral a las personas que viven con el virus, la cual debe ser brindada en condiciones de respeto a la dignidad y sin discriminación alguna; e) el Acuerdo 72 de 1997. Se incluyó por primera vez el tratamiento con medicamentos antirretrovirales para las personas que se encontraban afiliadas tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado, para las atenciones de alto costo, de forma que independientemente de la capacidad de pago de la persona, las atenciones en VIH/SIDA tanto en el régimen contributivo, como en el régimen subsidiado estaban cubiertas; f) en el Acuerdo 226 de 2002. Actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, en el que se determinó que las EPS y las IPS que contaran con programas especiales para el manejo del VIH/SIDA, debían incluir el listado mínimo de principios activos con las características específicas para el respectivo programa; g) en el Acuerdo 260 de 2004. Estableció que las personas que tuviesen diagnósticos de patologías catastróficas como el VIH, estaban exentas de copagos y cuotas moderadoras en el POS; h) en el Acuerdo 305 de 2005. Actualizó el Plan Obligatorio de Salud para el régimen subsidiado y contributivo, y se amplían las prestaciones y las tecnologías en salud para el tratamiento del VIH/SIDA. Allí se incluyeron atención ambulatoria y hospitalaria de la complejidad necesaria, los insumos y materiales requeridos, el suministro de medicamentos antirretrovirales e inhibidores de proteasa establecidos en el Manual de Medicamentos vigente del Sistema, la Carga Viral para VIH/SIDA y todos los estudios necesarios para el diagnóstico inicial del caso confirmado, así como los de complementación diagnóstica y de control; i) Ley 972 de 2005. Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades raras o catastróficas especialmente el VIH/Sida. Declaró la atención integral estatal en contra del virus como de interés y prioridad estatal. Estableció que el Estado debe garantizar el suministro de medicamentos, reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades raras o catastróficas. Se incluyen además disposiciones que obligan a los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud a garantizar y no negar la asistencia médica, hospitalaria y de laboratorio a los pacientes infectados por el VIH; j) Acuerdos 336 y 358 de 2007. Realizaron la inclusión en el POS de los antirretrovirales Lopinavir + Ritonavir en tabletas; k) Decreto 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Estableció que las EPS tienen la obligación de crear los procedimientos de suministro de medicamentos cubiertos por el POS a sus afiliados, en el que se asigne su entrega completa e inmediata; l) Resolución 1604 de 2013. "Por la cual se reglamenta el artículo 131 del Decreto 010 de 2012 y se dictan otras disposiciones". Dispone que en los casos que las EPS no puedan efectuar la entrega completa de los medicamentos, estas deben realizar la entrega en un lapso no mayor a 48 horas, para lo cual deberán contar con un mecanismo excepcional de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, coordinando con el afiliado, si así lo desea, de su entrega en su residencia o lugar de trabajo. Además, crea el Sistema de Monitoreo, Seguimiento y Control de la entrega de medicamentos que tiene como finalidad servir de herramienta de información a las autoridades en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia y control frente al mecanismo de entrega, que para el caso de los medicamentos antirretrovirales recae en la Superintendencia Nacional de Salud y las Direcciones Departamentales de Salud; m) Resolución 5521 de 2014. Actualiza el POS e incluye el suministro de preservativos en servicios de planificación familiar; y n) Ley Estatutaria de 2 de febrero de 2015. "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la

190. Por su parte, el peritaje rendido por el señor Ricardo Luque señaló, entre otros aspectos, que: i) a través del Sistema de Seguridad Social en Salud se garantiza el acceso universal a la atención integral en VIH/SIDA independientemente del régimen de afiliación al sistema, la capacidad de pago o de las particularidades poblacionales que caracterizan a los grupos más afectados; ii) el Estado colombiano desde 1997 unificó y homologó las atenciones del régimen subsidiado con el régimen contributivo para las acciones de alto costo, incluyendo la infección por VIH/SIDA, de forma que tanto en un régimen como en el otro e independientemente de la capacidad de pago de la persona, se tiene acceso al mismo paquete de servicios incluyendo los medicamentos antirretrovirales; y iii) la UPC ("Unidad de Pago por Capitación") tiene un valor diferencial entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, pero esto no afecta la cobertura en la prestación del servicio para las enfermedades de alto costo.

191. Como consecuencia de lo expuesto, la Corte considera que no cuenta con elementos que le permitan concluir que en el caso concreto del señor Duque el régimen subsidiado le hubiera brindado una protección de menor calidad que el régimen contributivo.

192. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no es responsable de la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ángel Alberto Duque.

IX REPARACIONES (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

193. A continuación, este Tribunal analizará la pertinencia de otorgar medidas de reparación por la violación declarada en la presente Sentencia y determinar cuáles serían esas medidas. Sin perjuicio de ello, corresponde reiterar que Colombia ha logrado grandes avances en el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo, que la jurisprudencia emitida por su Corte Constitucional reconoce "que las parejas permanentes del mismo sexo que acreditan dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivientes"¹⁶¹, así como la voluntad de las distintas instituciones estatales y otras de avanzar en esa dirección.

194. Con base en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención¹⁶², la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente¹⁶³ y que esa disposición "recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado"¹⁶⁴. Además, este Tribunal

salud y se dictan otras disposiciones". Crea un marco legal e institucional para garantizar el derecho fundamental a la salud con fundamento en los principios de universalidad, calidad y eficiencia.

¹⁶¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-335 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1411).

¹⁶² El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

¹⁶³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: Reparaciones y Costas*, Sentencia de 21 de julio de 1989 Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 254.

¹⁶⁴ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 254.

ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho¹⁶⁵.

195. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron¹⁶⁶. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarías, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados¹⁶⁷.

196. En consecuencia, y sin perjuicio de cualquier forma de reparación que se acuerde posteriormente entre el Estado y la víctima, el Tribunal procederá a disponer las medidas cingidas a reparar los daños ocasionados. Para ello, tomará en cuenta las pretensiones de la Comisión y de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar¹⁶⁸.

A. Parte Lesionada

197. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por tanto, esta Corte considera como parte lesionada a Ángel Alberto Duque, quien en su carácter de víctima de las violaciones declaradas en esta Sentencia, será considerado beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

B. Medida de Restitución

198. Los representantes solicitaron a la Corte que se ordene al Estado requerir al fondo privado de pensiones COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses, la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente. La Comisión indicó que la reparación al señor Duque debe incluir la concesión de una pensión de sobrevivencia y una justa compensación. El Estado no presentó alegatos con respecto a esta medida de reparación.

199. En relación con lo anterior, el Tribunal constata, en primer término, que el Estado fue encontrado responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención, en perjuicio del señor Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana (*supra* párr. 138). En consecuencia, el Estado debe garantizar al señor Duque, una vez que presente la solicitud de reconocimiento de la

¹⁶⁵ Cfr. *Caso Torres Espada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Serie C No. 19), párr. 113, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 254.

¹⁶⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 26, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 255.

¹⁶⁷ Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiricán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 234 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 255.

¹⁶⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párrs. 25 a 27, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 256.

pensión de sobrevivencia, que esta será tramitada de forma prioritaria, en un plazo de tres meses. Del mismo modo, esta Corte establece que en caso de otorgársele la pensión al señor Duque, la misma deberá comprender la suma equivalente a todos los pagos, incluyendo los intereses correspondientes de conformidad con la normatividad interna colombiana, que no se percibieron desde que el señor Duque presentó la solicitud de información a COLFONDOS el 3 de abril de 2002.

200. Sobre esto último, el Tribunal constata que el Estado se refirió al testimonio del señor Juan Manuel Trujillo, Secretario General de COLFONDOS, en el cual declaró que “que la negación en [la] carta dada el 3 de abril de 2002 por COLFONDOS interrumpió o desanimó o desmotivó o cualquiera de estos términos al señor [...] Duque para continuar con los pasos que el mismo estaba preguntando en su comunicación del 19 de marzo. Nosotros, bajo esa tesis, podríamos decir que si bien no fue una solicitud formal en los términos de la ley, si hubo una intención directa y expresa del señor [...] Duque de interrumpir la prescripción de las mesadas y de reclamar su derecho”.

C. Medidas de Satisfacción

201. El Tribunal determinará medidas que buscan reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, así como medidas de acañe o repercusión pública¹⁶⁹. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación¹⁷⁰.

202. Los representantes solicitaron que la Corte ordene “la publicación, en forma legible, por una sola vez en el Diario Oficial de las partes relevantes de la sentencia, incluyendo los nombres de cada capítulo y el apartado respectivo—sin las notas al pie de página—, así como la parte resolutoria de la presente Sentencia, y en otro diario de amplia circulación nacional del resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte. La medida deberá efectuarse en el plazo de 6 meses posteriores a la fecha de notificación de la Sentencia”. Así, como “la publicación en forma inmediata del texto íntegro en el sitio web oficial de la Presidencia de la República, en el del Ministerio de Relaciones Exteriores y en el del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social”. El Estado indicó que en caso de que se emita sentencia en su contra solicita a la Corte que, conforme a lo establecido en su propia jurisprudencia, estime que el fallo, en sí mismo, y su publicación, constituyen una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. La Comisión no se pronunció sobre esta solicitud de forma particular.

203. La Corte estima pertinente ordenar, como lo ha hecho en otros casos¹⁷¹, que el Estado, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, realice las siguientes publicaciones: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional de Colombia, y b) la presente Sentencia en su integridad, disponible, por un periodo de al menos un año, en un sitio web oficial del Estado.

¹⁶⁹ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) *vs.* Guatemala, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párr. 84, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros *vs.* Honduras, párr. 268.

¹⁷⁰ Cfr. Caso El Amparo *vs.* Venezuela, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. 35, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros *vs.* Honduras, párr. 268.

¹⁷¹ Cfr. Caso Central Benavides *vs.* Perú, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C No. 96, párr. 75, y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros *vs.* Honduras, párr. 271.

D. Otras medidas de reparación solicitadas

204. Como medidas de no repetición, los representantes solicitaron: a) la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia de las que son acreedoras las parejas heterosexuales; b) una política pública de capacitación a funcionarios de fondos de pensiones públicos y privados, así como integrantes de la rama judicial, para la erradicación de cualquier forma de discriminación por razones de identidad y orientación sexual, y c) que se ordene al Estado colombiano la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y pedido de disculpas a Ángel Alberto Duque, por haber sufrido discriminación por razón de su identidad sexual y por la respuesta negativa recibida en parte de autoridades administrativas y judiciales, ante su solicitud de pensión de sobrevivencia por el hecho de ser homosexual.

205. El Estado argumentó, en relación con la primera solicitud: a) que no se requiere la promulgación de una ley para reconocer la igualdad de derechos patrimoniales ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo la virtualidad de integrar la opción sexual al ordenamiento colombiano y que hoy existiría plena certeza sobre dicho reconocimiento, y en cuanto a la segunda solicitud: b) que la medida solicitada por los representantes se basaría en (i) la supuesta falencia práctica en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional y (ii) la supuesta discriminación en la que hubieran incurrido los jueces de tutela en el año 2002. Alega que del primero no habrían presentado prueba y respecto del segundo, indicó que en el año 2002 los jueces no habrían estado obligados a acceder a las pretensiones del señor Duque. Con respecto a la solicitud de acto público de reconocimiento de responsabilidad, el Estado señaló que al ser la publicación y difusión de la sentencia una medida de satisfacción y una garantía de no repetición, el acto público de reconocimiento de responsabilidad no resulta necesario, y la Corte debe abstenerse de ordenarlo.

206. Como medidas para garantizar la no repetición de los hechos como los del presente caso, la Comisión solicitó a la Corte: a) adoptar las medidas necesarias para que todas las decisiones jurisprudenciales que tuvieron lugar en Colombia con posterioridad a los hechos del presente caso, que reconocieron el derecho de pensión de sobrevivencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo y que determinaron que los casos previos a dichos pronunciamientos también se encontraban alcanzados por ellos, sean debidamente acatadas y cumplidas; b) adoptar todas las medidas necesarias para que quienes se desempeñan en la provisión de servicios de seguridad social, sea en el ámbito público o en el privado, reciban la debida capacitación para dar trámite a las solicitudes de personas que integran o integran parejas del mismo sexo, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, y c) adoptar las medidas estatales que sean necesarias para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en cuanto al acceso a servicios de seguridad social, en particular, que se les permita presentar los mismos medios de prueba que a las parejas de distinto sexo, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico interno.

207. En relación con la solicitud de medida relacionada con una reforma legislativa, en el presente caso la Corte no encontró que el Estado fuera responsable por una violación a la obligación de adecuar el derecho interno ni tampoco por una violación al derecho a la igualdad ante la ley de una norma actualmente vigente. Tampoco la Corte concluyó que existiera una violación al derecho a la protección judicial por la inexistencia de los recursos para solicitar una pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo. En consecuencia, no corresponde otorgar esa medida de reparación por cuanto no existe un nexo entre la reparación solicitada por los representantes y lo declarado por la Corte en esta Sentencia.

208. En lo que se refiere a la solicitud de la medida de capacitación, en el presente caso, la Corte no ha establecido que los funcionarios de los fondos de pensiones públicos y privados no estuviesen aplicando el cambio de normatividad operado mediante la sentencia

C-336 de 2008. Tampoco la Corte concluyó que en el presente caso se hubiese violado el derecho a las garantías judiciales por la falta al deber de respeto o de garantía por parte de los jueces que conocieron de la tutela. En consecuencia, la Corte no considera procedente otorgar la medida de reparación solicitada.

209. Con respecto a las demás medidas de reparación solicitadas, este Tribunal considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma resultan suficientes y adecuadas.

E. Medida de rehabilitación

210. Como medida de rehabilitación, los representantes indicaron que por causa del perjuicio psicológico y moral sufrido por el señor Duque, tanto por el trato discriminatorio de que fue objeto, así como por el desasosiego y la intranquilidad vivida al no poder asegurarse el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo, por lo que solicitaron que la Corte ordene al Estado proveer al señor Duque, de forma gratuita y por el tiempo que sea necesario, el tratamiento médico y psicológico necesario que sea proporcionado por profesionales competentes y que incluya indispensablemente la provisión de medicamentos antirretrovirales que requiere la víctima por su enfermedad.

211. En cuanto a esta medida, el Estado reiteró "que la presunta víctima tiene acceso al Sistema General de Seguridad Social, lo cual incluye medicamentos, así como atención médica y psicológica". Asimismo señaló que "en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se le debe brindar al paciente portador de VIH/SIDA toda la asistencia necesaria para que afronte en debida forma la patología que padece. Esto incluye todos los tratamientos prescritos por el médico tratante, estén o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Dichos servicios, en caso de ser necesarios, podrán ser prestados de manera gratuita". En conclusión, alega el Estado que el señor Duque puede acceder a la asistencia médica y psicología que requiere, incluso sin costo alguno si acredita las condiciones para ello, por intermedio de SGSSS y por tanto la medida en cuestión no resulta indispensable y debe ser desestimada por la Corte.

212. En el presente caso, la Corte no declaró que el Estado era responsable por una violación al derecho a la vida o al derecho a la integridad del señor Duque. En consecuencia, no corresponde otorgar la medida de reparación solicitada. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte recuerda según fue constatado, que el señor Duque tiene derecho a acceder a un régimen salud de tipo contributivo o subsidiado que le proporcione el tratamiento médico indispensable para su condición de paciente VIH positivo (*supra* párrs. 172 a 181).

F. Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

F.1. Daño material

213. En relación al daño material, los representantes señalaron que Ángel Alberto Duque elevó la solicitud de pensión de sobrevivencia que le correspondía por el fallecimiento de su compañero JGJG el 19 de marzo de 2002 ante COLFONDOS, la cual le fue negada. En consecuencia, desde esa fecha, Ángel Alberto Duque habría sufrido un menoscabo económico por la falta de ingresos provenientes de la prestación social a la que tenía derecho. Indicaron que se anexó un dictamen pericial y conforme a este solicitaron a la Corte ordenar el pago de seiscientos ochenta y cinco millones de pesos colombianos (500 685 000.000) equivalentes a doscientos ochenta y cuatro mil seiscientos cuatro dólares americanos (\$US 284,704) concerniente al dinero dejado de percibir por la víctima por causa de no poder disfrutar la pensión de sobrevivencia. Asimismo, solicitan condonar al Estado a requerir a COLFONDOS para que tramite, en un término no mayor a cuatro meses,

la pensión de sobrevivencia a la que tiene derecho Ángel Alberto Duque y empezar a sufragársela mensualmente.

214. El Estado consideró "que el daño material en este caso se repara mediante el otorgamiento de la pensión de sobreviviente", además reitera que la medida de reparación bajo análisis puede ser cumplida sin necesidad de una orden de la Corte y que el Estado y el fondo privado de pensiones les han manifestado a los representantes de la víctima la posibilidad que tienen de presentar los documentos para que se inicien las gestiones necesarias para el reconocimiento del derecho pensional en cuestión, a lo cual habrá lugar si se acreditan los requisitos generales necesarios para ello, ya que al tratarse de elementos que corresponden al ámbito personal del Señor Ángel Alberto Duque, no pueden ser obtenidos de oficio por el fondo privado de pensiones. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado indicó que la suma solicitada por los Representantes por concepto de daño material, no ha sido sustentada en forma alguna durante el trámite internacional y señalan que el dictamen pericial no fue aportado como anexo.

215. La Comisión se refirió al daño material e inmaterial de manera conjunta. Solicitó que se repare adecuadamente al señor Duque por las alegadas violaciones, contemplando los daños materiales e inmateriales, y que dicha reparación incluya como mínimo la concesión de la pensión de sobrevivencia y una justa compensación. Además, que el Estado provenga el acceso ininterrumpido a los servicios de salud y tratamiento recuercos por ser una persona que vive con VIH.

216. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo.¹⁷⁷ Este Tribunal ha establecido que el daño material abarca "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos de caso"¹⁷⁸.

217. En el presente caso, la Corte ha encontrado al Estado responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley por la existencia de una norma discriminatoria que le fue aplicada al señor Duque (*supra* párr. 138). En ese sentido, el Tribunal concluyó que el señor Duque no tuvo acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a la posibilidad de reclamar una pensión de sobrevivencia. Por otra parte, los representantes no han probado la existencia de un daño emergente en el presente caso. En consecuencia, no corresponde otorgar esta medida de reparación puesto que se trata de un daño incierto o eventual, siendo además que el lucro cesante que podría ser declarado a nivel interno, sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión.

F.2. Daño inmaterial

218. En cuanto al daño inmaterial, los representantes solicitan a la Corte la suma de USD 80.000, en virtud de los hechos que debió soportar el señor Duque y los cuales minaron su vida e integridad personal, tales como: (i) el trato discriminatorio en la negativa de concederle a pensión de sobreviviente por razón de su orientación sexual; y (ii) la angustia profunda de poder seguir viviendo por no contar con recursos económicos para asegurar la continuidad sin interrupciones del tratamiento médico que tenía como consecuencia de su condición de paciente VIH positivo. Señalan que "ambas circunstancias [. . .] ocasionaron una profunda aflicción y un sentimiento de abatimiento de Ángel Alberto Duque".

¹⁷⁷ Cfr. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C No. 51, párr. 43, y Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, párr. 114.

¹⁷⁸ Cfr. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, párr. 43, y Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, párr. 114.

219. El Estado indicó que los representantes pretenden fundar la presunta aflicción sufrida por el señor Duque en la supuesta incertidumbre sobre la continuidad en la prestación del servicio médico requerido, sin que hayan aportado prueba alguna que acredite la suspensión del tratamiento antirretroviral. Adicionalmente, la atención necesaria para los pacientes con VIH, no está condicionada al reconocimiento del derecho pensional en cuestión, o a la capacidad económica del usuario. Por tanto, la mayoría de los hechos señalados por los representantes como indicadores del perjuicio moral presuntamente causado al señor Duque, no se encontrarían probados. Los alegatos de la Comisión sobre la presente medida fueron expuestos en el punto anterior, conjuntamente con el daño material.

220. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aficciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"¹⁷⁴. La Corte ha indicado que "dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad"¹⁷⁵.

221. Al respecto, la Corte advierte que en el presente caso se concluyó que el Estado es responsable por la violación a derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención, en relación con 11 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Ángel Duque toda vez que no se le permitió acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normatividad interna colombiana. Lo anterior propició que el señor Duque se viera privado por un periodo de más de trece años de los ingresos económicos que habrían contribuido de forma importante a mejorar sus condiciones de existencia, más aún cuando le había sido diagnosticada una enfermedad "ruinosa o catastrófica" como es el caso del VIH. En atención al sufrimiento y daño de orden inmaterial que dicha violación causó a la víctima, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial una indemnización equivalente a USD 10.000.

G. Costas y gastos

222. Los representantes alegaron que la Comisión Colombiana de Justas ha afrontado una serie de gastos vinculados con la realización de su labor como representante de la víctima, los cuales incluyen viajes, pago de hoteles, gastos de comunicaciones, fotocopias, papelería y envíos, gastos correspondientes al tiempo de trabajo jurídico dedicado a la atención específica del caso y a la investigación, la recopilación y presentación de pruebas y preparación de escritos, refiriéndose a un total de USD 40.275. Asimismo, señalaron que el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti ha representado a la víctima desde hace doce años, y que "no cuenta con los recibos y el soporte documental de los gastos en que incurrió tanto en el trámite del caso a nivel interno, como en el sistema interamericano" por lo que solicitan a la "[...] Corte que fije en equidad como pago para este profesional por concepto de gastos y costas" el monto de USD 15.000. Por último, los representantes se refirieron a los gastos futuros, indicando que los gastos señalados anteriormente "no incluyen aquellos en que incurran la [presunta] víctima y sus representantes en lo que resta del trámite del caso

¹⁷⁴ Cfr. *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala: Reparaciones y Costas*, párr. 84, y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, párr. 320.

¹⁷⁵ *Caso Reimara Inbarne Vs. Chile: Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 Serie C No. 135, párr. 244 y *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*, párr. 412.

ante la [.] Corte¹⁷⁶. Por tanto, solicitan a la “[.] Corte que, en la etapa procesal correspondiente, [les] otorgue la oportunidad de presentar cifras y comprobantes actualizados sobre los gastos en los que se incurrirá durante el desarrollo del proceso contencioso internacional” La Comisión no se refirió a las costas y gastos.

223. El Estado alegó que “la acreditación de las erogaciones realizada por la representación de la víctima constituye un requisito indispensable para que la [.] Corte pueda proceder al reconocimiento de los montos solicitados a título de gastos y costas” El Estado señaló que dicho presupuesto no se verifica en relación con la suma solicitada por el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti, y por tanto solicita que la misma sea desestimada.

224. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia¹⁷⁷, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable¹⁷⁸.

225. Este Tribunal ha señalado que “las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte¹⁷⁹. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos¹⁸⁰.”

226. En el presente caso, la Corte constata que la prueba aportada por los representantes se refiere únicamente a gastos de viaje y boletines aéreos a Washington D.C. No obstante no se realizó ninguna audiencia ante la Comisión en relación con este caso, por lo cual dichos gastos no se encuentran debidamente justificados¹⁸¹. Adicionalmente, la Corte nota que los

¹⁷⁶ Indican que estos gastos cubren, entre otros, los desplazamientos y gastos adicionales de viajes y peritas a la eventual audiencia ante la Corte; el traslado de los representantes a la misma; los gastos que demande la obtención de prueba futura; y los demás en que se pueda incurrir para la adecuada representación de las víctimas ante la Honorable Corte).

¹⁷⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 42, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 301.

¹⁷⁸ Cf. *Caso Garrido y Saigón vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 301.

¹⁷⁹ *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 275 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 302.

¹⁸⁰ Cf. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 277, y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, párr. 302.

¹⁸¹ Cf. Comisión Colombiana de Juristas, Carpeta de gastos de la Comisión Colombiana de Juristas. Anexo a la demanda de reparación Caso Angel Alberto Duque. (Expediente de prueba, folios 1755 a 1846).

representantes no aportaron prueba de gastos relacionados con el procedimiento del caso ante la Corte y la audiencia celebrada el 25 de agosto de 2015 en Tegucigalpa, Honduras durante el 53º Período Extraordinario de Sesiones. Asimismo, los representantes no aportaron prueba sobre los gastos incurridos por parte del abogado Germán Humberto Rincón Perfecto durante el litigio a nivel nacional. Por tanto, la Corte no cuenta con respaldo probatorio para determinar los gastos realizados.

227. En consecuencia, la Corte decide fijar un total de USD\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional, lo cual el Estado debe pagar a los representantes dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia. La Corte considera que, en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer que el Estado reembolse a la víctima o sus representantes los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal.

H. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

228. Los representantes de la víctima solicitaron el apoyo del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte para cubrir gastos del litigio ante la Corte. Mediante la Resolución de 5 de mayo de 2015, se declaró procedente la solicitud interpuesta por los representantes y se autorizó otorgar la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones, ya sea en audiencia o por *affidavit*.

229. En el presente caso, el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas se utilizó para cubrir los gastos correspondientes a los boletos aéreos para la víctima Ángel Alberto Duque y para el perito Rodrigo Uprimny Yepes desde la ciudad de Bogotá, Colombia, hacia la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, donde se realizó la audiencia pública del presente caso, el día 25 de agosto de 2015. Asimismo, se realizaron las erogaciones correspondientes para cubrir los gastos de hospedaje y alimentación tanto de la víctima como del perito, en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, durante los días 24 y 25 de agosto de 2015. Adicionalmente, se entregó a ambos el monto correspondiente por concepto de gastos terminales¹⁰².

230. El 26 de octubre de 2015 le fue remitido al Estado un informe de erogaciones según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo. El Estado no presentó observaciones al informe de erogaciones las cuales ascendieron a la suma de US\$ 2.509,34 (dos mil quinientos nueve dólares y treinta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos. Este monto deberá ser reintegrado por el Estado a la Corte Interamericana en el plazo de noventa días, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

I. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

231. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a la persona indicada en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos.

232. En caso de que el beneficiario fallezca antes de que le sean entregada la indemnización respectiva, esta se efectuará directamente a sus derecho habientes, conforme al derecho interno aplicable.

¹⁰² Expediente de fondo, folios 4124 a 4141.

233. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la Bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

234. Si por causas atribuibles al beneficiario de la indemnización o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera colombiana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria del Estado. Si no se reclama la indemnización correspondiente, una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

235. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño inmateria, y como reintegro de costos y gastos, deberán ser entregadas a las personas indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

236. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en la República de Colombia.

X PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra,

1. Desestimar las dos excepciones preliminares relativas a la alegada falta de agotamiento de los recursos, en los términos de los párrafos 23 a 43 y 49 a 55 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra

2. Desestimar la excepción preliminar relativa a los hechos en los que se pretende furcar la presunta violación a los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 44 y 45 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

DECLARA,

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

3. El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 69 a 138 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

4. El Estado no es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, en los términos del párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

5. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 145 a 156 de la presente Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

6. El Estado no es responsable por la violación a los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 171 a 192 de esta Sentencia.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Y DISPONE,

Por cuatro votos a favor y dos en contra que:

7. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

Disienten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

8. El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 203 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma. Esta publicación debe mantenerse en una página web oficial al menos por un año.

Disenten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

9. El Estado debe garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia, en los términos de los párrafos 199 y 200 de esta Sentencia

Disenten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por cuatro votos a favor y dos en contra, que

10. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, las cantidades fijadas en los párrafos 221 y 227 de esta Sentencia por concepto de indemnización por daño inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos.

Disenten los Jueces Ventura Robles y Vio Grossi

Por unanimidad, que:

11. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 230 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que:

12. El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

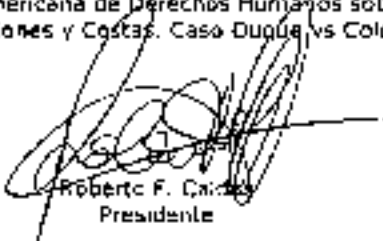
Por unanimidad, que:

13. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 26 de febrero de 2016.

Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi hicieron conocer a la Corte sus votos disidentes, los cuales acompañan esta Sentencia.

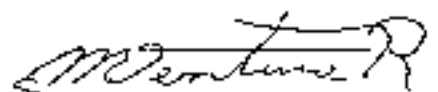
Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Duque vs Colombia.



Roberto F. Canales
Presidente



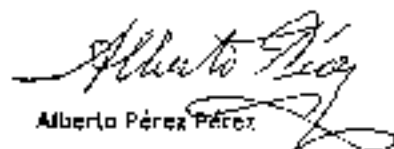
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot



Manuel E. Velizura Rojas



Diego Garcia-Sayán



Alberto Pérez Pérez



Eduardo Via Gross

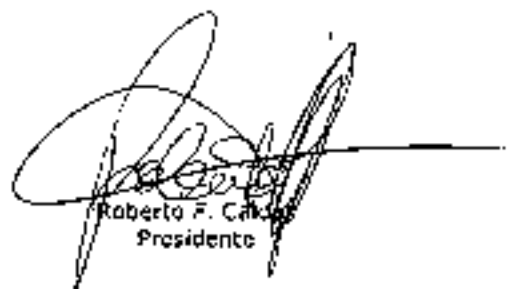


Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Roberto F. Canales
Presidente



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ MANUEL E. VENTURA
ROBLES,**
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO DUQUE vs. COLOMBIA
SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2016
**(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO,
REPARACIONES Y COSTAS)**

Lo que el suscrito Juez pretende al emitir un voto disidente en el presente Caso **DUQUE vs. COLOMBIA**, al acoger la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, es dejar muy en claro que en futuros casos similares, la posición de la Comisión debe ser de no someterlo a consideración de la Corte, o somético, la Corte debe acoger la excepción preliminar y el caso debe terminar en su tramitación.

Si se estudia la jurisprudencia de la Corte desde sus inicios, los Estados demandados siempre, con muy pocas excepciones, han interpuesto la excepción de no agotamiento de los recursos internos, la cual el Tribunal generalmente rechaza con fundamento en la casuística o hechos de la tramitación del caso, casuística que con el paso del tiempo ha permitido generalizar la doctrina de la Corte al respecto, la cual casi siempre se aplica. Pero como tal, la casuística varía de un caso a otro.

Y esta es la circunstancia actual en el presente caso, en que los hechos del mismo llevaron al suscrito Juez al convencimiento de que la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos debía ser acogida y terminar con la tramitación del caso. Es, pues, una posición en un caso concreto, que debería convertirse en norma para la Corte al aplicar el principio de la complementariedad de la jurisdicción internacional de los derechos Humanos.

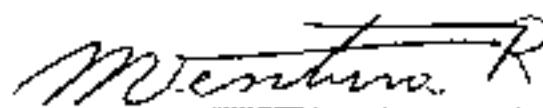
Para asumir esta posición no es necesario entrar en los detalles de la tramitación del caso, lo cual ya hace la sentencia prolijamente y el Juez Vío Grossi en su voto parcialmente disidente. Basta con aplicar el Principio de Complementariedad que es transversal a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su Preámbulo denomina *coadyuvante* o *complementaria*.

¿Y cómo no se iba aplicar este principio y acoger la excepción preliminar si el Estado, a través de sentencia del Tribunal Constitucional modificó la jurisprudencia interna y abrió las puertas a la reparación por los hechos acontecidos, reclamación que desde entonces pudo hacer efectiva la víctima?

¿Qué más podía haber hecho el Estado para subsanar la violación y abrir la puerta a la indemnización compensatoria y a otros aspectos de la reparación integral, especialmente la continuidad de la atención médica?

Si la víctima no quiso establecer el reclamo pero si continuar con el juicio, fue responsabilidad de ella, pero la de la Corte y la Comisión era no acoger el caso, ya que la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos tiene límites establecidos por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer lugar la complementariedad de la misma. O sea, dicha jurisdicción no fue establecida para que todos los casos fueran sometidos a ella, ni para que las supuestas víctimas ganaran todos los casos en cualquier circunstancia. La casuística del caso es fundamental para que se acoja o se rechace el caso por la Corte.

Estas breves reflexiones, por lo demás fundamentales, me parecen de suma importancia al redactar mi último voto disidente después de doce años de ejercer como Juez y sobre un punto medular reiteradamente alegado por los Estados: el no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.



Manuel E. Ventura Roolos.
Juez



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME
CÔRTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS



**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO DUQUE VS. COLOMBIA
SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2015
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**

INTRODUCCIÓN.

Se emite el presente voto parcialmente disidente¹ a la Sentencia del epígrafe (en adelante "la Sentencia"), en atención a que, por las razones netamente jurídicas internacionales que se expondrán más adelante, no se comparte el Resolutivo Nº 3 de la misma, en el que se señala que "(e)l Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 89 a 137 de esta Sentencia".

Se expresa tal disintimiento teniendo siempre en cuenta de que la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte") es impartir Justicia en materia de Derechos Humanos a través de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención")² y, en general, del Derecho Internacional y no al margen de aquella ni de éste. Por otra parte, atendido el carácter autónomo de la Corte el ejercicio de su misión conlleva el especial imperativo de resguardar, con particular esmero y celo, los límites de su actuar determinados por la

¹ Art. 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual".

Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: "Las decisiones, fallos y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente". y

Art. 65.2 del Reglamento de la Corte: "Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias."

Cada vez que se haga referencia a "art." se entenderá que es un artículo de la Convención.

² Art. 62.3: "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los artículos anteriores, ora por convención especial."

Convención y, en general, por el Derecho Internacional. En tal perspectiva, dicha función implica no solo el respeto, entre otros, de los principios de imparcialidad y de seguridad jurídica que deben inspirar a todo sistema jurisdiccional, sino que, fundamentalmente, constituye la más completa garantía de efectiva vigencia de los derechos humanos y, en el evento de que hayan sido vulnerados, de su pronto restablecimiento.

En atención a lo anterior, se emite el presente voto haciendo abstracción de las opciones personales y consideraciones extrajurídicas acerca de lo que la Convención y, en general, el Derecho Internacional deberían ordenar respecto de la materia en cuestión y con el propósito, además, de contribuir a una mejor comprensión del alcance de lo indicado en la Sentencia y al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

Es procedente dejar constancia de que, aunque se discrepa también de algunos de los fundamentos, más no de la decisión, por los que se han desestimado las excepciones preliminares relativas al previo agotamiento de los recursos internos interpuestas por Colombia (en adelante "el Estado"), se ha optado por no hacer referencia a ello en este voto², atendida la relevancia de lo decidido, en lo esencial, en la Sentencia.

Ahora bien, se disiente de lo resuelto en el presente caso dado que, en primer término, las pretensiones formuladas en la causa fueron plenamente satisfechas en forma previa a la Sentencia (*objeto litigioso*), en atención, en segundo término, de que no existía la obligación jurídica internacional invocada para fallar como se ha hecho (*causa petendi*) y, en razón de que, final y consecuentemente, no podría haber habido discriminación.

1. Las pretensiones han sido satisfechas (Carencia de *objeto litigioso*).

En el presente caso se formularon, en lo que atañe a la materia a que se refiere el Resolutivo N° 3 de la Sentencia, dos pretensiones por parte de la víctima: i) que se le permitiera solicitar y acceder a la pensión de sobrevivencia de su pareja del mismo sexo, y ii) que la normativa colombiana reconociera el derecho de las parejas compuestas por personas del mismo sexo para acceder a pensiones de sobrevivencia.

² La posición al respecto ha sido manifestada en *Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Comunidad Campesina Santa Bárbara Vs. Perú, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Sentencia de 30 de junio de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú, Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Liakat Ali Aibux Vs. Suriname, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), y Voto Individual Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso Díaz Paña Vs. Venezuela, Sentencia de 26 de junio de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*

En cuanto a la primera pretensión, procede hacer presente que fue por ello que la víctima alegó en autos que había agotado los recursos internos en lo que dice relación con la negativa a que se concediera dicha pensión, pero no que lo había hecho respecto de las leyes que, por disponer que el citado beneficio lo era solo para las parejas de distinto sexo, estimaba como discriminatorias. En otras palabras, no agotó los recursos internos en contra de dichos cuerpos normativos, puesto que lo que se pretendía y alegaba en el sede interna o nacional era únicamente el acceso al referido beneficio y no que se declararan las leyes que lo impedían como contrarias a la Convención.⁴

Pues bien, es menester tener presente sobre este particular que, como lo consigna la Sentencia, la Corte Constitucional del Estado, por resoluciones de 2007, de 2008 y de 2010, reconoció el derecho a solicitar la indicada pensión.⁵ Es importante reiterar que, derivado de esa jurisprudencia, desde el año 2007 es posible solicitar en el Estado la pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo. No obstante, en el presente caso, ella no ha sido solicitada mediante medio alguno, sin que se haya hecho valer alguna razón para no formularse.

De manera, entonces, que la obligación de naturaleza nacional de otorgar la aludida pensión, ha sido reconocida por actos jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Estado.

Al respecto, conviene llamar la atención acerca de lo establecido por la jurisprudencia constante de la Corte en el sentido de que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.⁶ Esto se asienta en el principio de la coadyuvancia y de la complementariedad que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

Consecuentemente, es por tal motivo que la Sentencia no pudo disponer, como lo mandata el artículo 63.1 de la Convención, "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados", dado que ello ya había acontecido. En tal sentido, no lo pudo hacer puesto que ya se había logrado el objeto y fin perseguidos con la intervención de la jurisdicción interamericana, a

⁴ Párrs. 27 a 31. Cada vez que se haga referencia a "párr." se entenderá que a párrafo de la Sentencia.

⁵ Párrs. 31 y 32.

⁶ *Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No 259, párr. 142, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No 286, párr. 137.

saber, el más pronto y efectivo restablecimiento del derecho humano conculcado.

En lo concerniente a la segunda pretensión, es pertinente recordar que fue solo en el petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión") y que dio origen al presente caso, que, por primera vez, se invocaron las normas de derecho interno del Estado que, a ese entonces, se estimaban contrarias a la Convención.⁷ Por eso, los representantes de la víctima solicitaron en la presente causa, como medida de reparación, "*la promulgación de una ley que reconozca a las parejas del mismo sexo igualdad de derechos patrimoniales en materia de pensión de sobrevivencia a las que son acreedoras las parejas heterosexuales.*"⁸

Empero, sobre este particular es indispensable tener en consideración que, ya en el 2010, esto es, antes de que la Comisión emitiera su informe de admisibilidad, lo que ocurrió el 2 de noviembre de 2011, y con mucha mayor antelación a que ella sometiera el caso ante la Corte, lo que aconteció el 21 de octubre de 2014, el efecto útil perseguido con la intervención de la jurisdicción interamericana ya se había alcanzado plenamente, por lo que era innecesaria que ella continuara

Es tal vez por ello que, ante la recién aludida petición de los representantes de la víctima, la Sentencia, luego de considerar lo resuelto por la Corte Constitucional del Estado a que se ha hecho mención precedentemente, concluye que éste "*no es responsable por la violación del artículo 2 de la Convención Americana en relación con 24 y 1.1 del mismo instrumento*"⁹, por lo que no accede a lo requerido.¹⁰

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

II. Inexistencia de obligación jurídica internacional invocada (Ausencia de *causa petendi*).

⁷ Párrs. 2. a) y 95.

⁸ Párr. 204.

⁹ Párr. 139..

¹⁰ Párr.139 y Resolut vo 4.

Es quizás por lo indicado que la Sentencia reduce lo que estima ilícito internacional a lo estipulado en la legislación interna del Estado y aplicable al caso, vigente al 2002¹¹ y, lo que resulta más inexplicable aún, a una mera eventualidad, a saber, que la referida pensión, si se le pagare a la víctima, no sería retroactiva.¹²

En base a lo expuesto, la Sentencia finaliza declarando, en su Resolutivo N° 3, la violación del artículo 24 en relación al artículo 1.1, ambos de la Convención¹³ y disponiendo que se le garantice a la víctima un recurso efectivo para solicitar las tantas veces citada pensión.¹⁴

Calificando, en consecuencia, como hecho ilícito internacional la negativa dada en el año 2002 a la tantas veces mencionada solicitud de información acerca del otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, la Sentencia reduce temporalmente el objeto litigioso al período que va desde el año 2002, que es el de la citada solicitud, al año 2007 y/o el año 2009, incluyendo asimismo, por ende, el año 2005, en el que se hizo la petición que dio origen a esta causa ante la Comisión y, además, se reitera, lo sustenta en una mera eventualidad o hecho futuro e incierto.

Ahora bien, contrariamente a lo que se establece en la Sentencia, tal legislación no era el objeto litigioso del caso, sino más bien la causa petendi del mismo. Tal conclusión se deriva de la circunstancia de que, si bien lo que se reclama ante la Corte es el derecho a solicitar tal pensión, tal requerimiento se plantea sobre la base de que la legislación nacional que impide su otorgamiento, es contraria al Derecho Internacional y, en particular, a la Convención.

Pues bien, al respecto cabe indicar que, a la época en cuestión, no existía la obligación jurídica internacional de otorgar una pensión de supervivencia a la persona que tenía una unión de hecho con la fallecida del mismo sexo, puesto

¹¹ "La Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana" (Párr)114 y "que la existencia de una normatividad interna vigente en el año 2002 que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional." Párr. 125

¹² Párr. 137 Al respecto señala que "aun si esto último fuese cierto en el sentido de que el señor Duque podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin que sea objeto de discriminación, también es cierto que en caso de ser otorgada la pensión, no existe una certeza sobre si el reconocimiento tendría efectos retroactivos hasta el momento en que éste fue objeto del trato diferente en el año 2002". Añadiendo que "en ese sentido, es razonable concluir que el hecho ilícito internacional del cual fue víctima el señor Duque aún no habría sido subsanado en su totalidad puesto que los pagos retroactivos que podría percibir no serían equivalentes a los que habría percibido en caso de no haber sido tratado diferentemente de forma discriminatoria.

¹³ Resolutivo 3.

¹⁴ Resolutivo 9

que no se reconocía, en el ámbito internacional, tales uniones, por lo que no era procedente invocarlas como sustento del objeto litigioso o de la pretensión del derecho de solicitar la pensión en comento. Efectivamente, no se encuentra una sola fuente de Derecho Internacional que le impusiera al Estado, al momento de los hechos, la obligación de reconocerle el derecho de pensiones de sobrevivencia a parejas compuestas por personas del mismo sexo.

Lo señalado se colige nitidamente de las reglas establecidas en los artículos 31¹⁵ y 32¹⁶ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷, aplicables a la Convención en tanto tratado que es, lo que no se debe olvidar.

Efectivamente, no existe antecedente alguno que permita sostener que los Estados Partes de la Convención consintieron de "buena fe"¹⁸ en 1969, fecha de la suscripción de esta última, que sus disposiciones se aplicarían a las citadas uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Por el contrario, se puede sostener que no tuvieron la intención alguna de regularlas internacionalmente.

¹⁵ Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y tomando en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."

¹⁶ Medios de interpretación complementarios.

Se procura acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

¹⁷ En adelante, la Convención de Viena.

¹⁸ &-L.31.1 de la Convención de Viena.

Lo anterior, en virtud de que, en esos tiempos y como consta en la Sentencia, no solo no existía tratado o norma de derecho internacional alguna que aludiera a dichas uniones de hecho, sino que incluso éstas solo han sido reconocidas en solo cinco Estados Partes de la Convención con posterioridad al año 2002.¹⁹ A tal dato habría que añadir que el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha permitido únicamente en cuatro Estados Partes de la Convención y en épocas muy recientes.²⁰ De modo, entonces, que, incluso en la actualidad, dieciséis Estados Partes de la Convención no contemplan en sus legislaciones uniones de hecho o civiles entre personas del mismo sexo.

Cabe añadir que tampoco la Sentencia hace alusión al "contexto" de los términos de la Convención²¹ de los que podría desprenderse que sus Estados Partes entendieron que ella incluía a las mencionadas uniones. Y ello en mérito de que no hay en el texto de la Convención ni en su preámbulo y anexos, así como tampoco en ningún "acuerdo" o "instrumento" o "práctica"²² posterior concerniente a la celebración de la Convención o a la interpretación de ésta, que exprese la interpretación evolutiva de la misma, en orden a que sus Estados Partes hayan entendido que la Convención las regula o contempla.

En ese orden de ideas, la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aún la que ejercería la función normativa. Lo que, en cambio, significa la interpretación evolutiva de la Convención es entender sus disposiciones en la perspectiva de determinar cómo jurídicamente ella²³ prescriben que se deben abordar esos novedosos asuntos o problemas.

Por otra parte, no se invoca en la Sentencia ninguna "norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes"²⁴ que permita sustentar que las citadas uniones se encuentran contempladas o reguladas por el Derecho Internacional.

Por tales razones, no parece aceptable que la Sentencia recurra a algunas legislaciones internas de los Estados Partes de la Convención, como lo ha hecho, para sostener que "algunos de los países de la región [...] han reconocido el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas del mismo sexo [...]". Más exacto hubiese sido que señalara que, conforme a la

¹⁹ Párrs. 112 a 117.

²⁰ *Idem*.

²¹ Art.31, 1 y 2 de la Convención de Viena.

²² Art.31 2 y 3 de la Convención de Viena.

²³ Art.31.3, c) de la Convención de Viena.

²⁴ Párr. 117.

información aludida precedentemente, la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención no contemplan, en sus respectivas legislaciones, a las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo.

Lo que, en cambio, la Sentencia hace es invocar actos de entidades estatales y no de Estados, como son Ciudad de México²⁵ y Ciudad de Buenos Aires²⁶, por lo tanto, no sujetos del Derecho Internacional.

También hace mención a resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas también posteriores a la referida petición, y que, más que interpretar una norma de la Convención, formulan aspiraciones y lo hacen respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷, derechos éstos que, de acuerdo al artículo 26 de la Convención²⁸, no se encuentran entre los consagrados por ella²⁹.

Asimismo, la Sentencia hace referencia, para sustentar su decisión, la legislación de los Estados Unidos de América, en circunstancia que dicho Estado no es parte de Convención.³⁰

Incluso la Sentencia llega a evocar los Principios de Yogyakarta, que no solo fueron adoptados con posterioridad a la presentación de la petición de autos, sino que lo fueron por un grupo conformado por 29 personas naturales. De modo que a lo más, tal documento podría ser considerado bien como una, no la única ni la más relevante, de las expresiones de la doctrina bien como una pretensión, proposición o sugerencia y, por tanto, no como norma de Derecho Internacional y ni siquiera como interpretativa de la Convención.³¹

Y, por otra parte, cuando alude a la situación de Estados Partes de la Convención, como son los casos de Uruguay³², Argentina³³ y Brasil³⁴, parece asimilar las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo con el

²⁵ Párr. 113

²⁶ Párr. 115

²⁷ Párr. 108.

²⁸ Art. 26: "Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados "

²⁹ Arts. 31, 76 y 77, ya cit

³⁰ Párr.118.

³¹ Párr.110.

³² Párr. 114

³³ Párr. 115

³⁴ Párr. 116

matrimonio entre las mismas, en circunstancias que son dos instituciones distintas y consideradas por las legislaciones de los Estados Partes de la Convención de manera diferente.

Lo expuesto precedente tiene en cuenta, asimismo, que el reconocimiento hecho por el Estado en orden a la existencia del hecho ilícito consistente en la legislación vigente en el 2002, por una parte, no es vinculante para la Corte³⁵ y por la otra, que fue planteado en vista de argumentar que ya había cesado el hecho ilícito internacional.³⁶

Lo que es de toda evidencia, entonces, es que, al menos a la época del hecho que habría generado responsabilidad internacional del Estado, el concepto de unión de hecho o civil y sus consecuencias, entre ellas lo pertinente a la pensión de sobrevivencia, no era asunto regulado por el Derecho Internacional aplicable al caso de autos, en particular por la Convención, y, que más bien era, consecuentemente, asunto de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados o, si se prefiere, asunto que quedaba en el margen de apreciación de que gozan los Estados para aplicar normas convencionales internacionales.³⁷ Se debe tener presente, a este respecto, que la jurisdicción doméstica, interna o exclusiva del Estado está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquél. De allí se desprende, entonces, que el Derecho Internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula, bajo el imperio del Derecho Nacional o Interno.

Con lo expuesto, por ende, no se está afirmando que las citadas uniones no puedan o no deban ser abordadas en el futuro por el Derecho Internacional. Lo que se sostiene es que, para que sean materia de Derecho Internacional, deben ser contemplados por alguna fuente de Derecho Internacional, esto es, un tratado, la costumbre o los principios generales de derecho aplicables a los Estados Partes de la Convención y, eventualmente, respecto del Estado de que se trate, por un acto jurídico unilateral del mismo, todo lo cual no acontece en el caso de autos en lo referente al período 2002 a 2007 y/o 2009.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Convención solo contempló algunos derechos humanos, disponiendo en su artículo 31, denominado "*Reconocimiento de Otros Derechos*", que "*(p)odrán ser incluidos en el*

³⁵ Art. 62 del Reglamento de la Corte: "*Reconocimiento. Si el demandante comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su alineamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.*"

³⁶ Párrs. 59 y 61.

³⁷ Párrs 56 y 62, OC-4/84, 19 de Enero de 1984, *Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.*

régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76³⁸ y 77³⁹. Y es evidente que el derecho a contraer o convenir unión de hecho o civil entre personas del mismo sexo, no estaba previsto en la Convención ni en ninguna norma de Derecho Internacional vigente para el Estado a la época del hecho que habría dado origen a la alegada responsabilidad internacional.

Sobre este particular, procedo afirmar que evidentemente la Convención y su evolución recoge el consenso cultural existente en esa época entre sus Estados Partes, no incluyendo, por ende, en sus disposiciones instituciones que, si bien podrían ser consideradas como legítimas en otras culturas, no resultaban aceptables en la sociedad interamericana. Es lo que ocurre con las uniones civiles o de hecho entre personas del mismo sexo. En 1969 no existía consenso sobre la aceptación de esa institución y tampoco lo existía al momento en que ocurrieron los hechos del presente caso. A lo más, dicha aceptación no era más que una aspiración.

Por lo tanto, el eventual control de convencionalidad que, en el presente caso, podrían haber hecho o que hicieron los órganos internos del Estado al aplicar las leyes que no permitía otorgar una pensión a la pareja sobreviviente del fallecido de su mismo sexo, no podría haber arrojado sino que lo dispuesto en ellas no comprometía la responsabilidad internacional del Estado.

En otras palabras, lo que se sustenta en este voto se hace sobre el supuesto de que a quién le compete el ejercicio de la función normativa en el ámbito correspondiente a la Convención, especialmente en relación a asuntos de alto contenido ético y moral y que se consideran conforman la base de la sociedad, en los que, por ende, se involucran legítimas concepciones ideológicas, morales, religiosas y aún éticas, es a sus Estados Partes⁴⁰ y no a la Corte, ejercicio que, además y dado el actual escenario institucional interamericano,

³⁸ "1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."

³⁹ "1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en él mismo."

⁴⁰ Arts 31, 76 y 77, ya citados.

de darse, sería más democrático y suministraría mayor legitimidad a la norma que eventualmente se adopte.

De todo lo indicado se concluye, por tanto, que, al momento de la presentación de la petición inicial de autos, no existía la obligación internacional de reconocer la unión civil o de hecho entre personas del mismo sexo, por lo que el acto del Estado por el que desestimó la pretensión de la presunta víctima de obtener la pensión de sobrevivencia por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo, no constituyó un hecho ilícito internacional.

En suma, tampoco existió en autos *causa petendi*.

III. Ausencia de Discriminación.

Como ya se indicó, la Sentencia señala que lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 y del Decreto 1889, de 1994, que solo reconocían las parejas de hecho entre personas de distinto sexo y que, por ende, "no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación".⁴¹

Más, no existiendo hecho ilícito internacional al momento en que se le negó a la víctima la posibilidad de solicitar la aludida pensión de sobrevivencia, obviamente no podría haber tenido lugar tampoco una discriminación.

Pero, además y a mayor abundamiento, cabe tener presente que no toda distinción es discriminación.

Efectivamente, incluso el concepto que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado sobre la discriminación y que la Corte hace suya,⁴² conduce a esa conclusión. Según tal concepto, una distinción, exclusión, restricción, preferencia o diferencia de trato que se establezca será discriminación siempre y cuando ello tenga "por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Ergo, si no tiene dicho objeto o resultado, no constituirá discriminación y será, por ende, permitida. De esa forma, pues, admite que hay una diferencia entre discriminación y distinción.

Al respecto, es de subrayar que el citado concepto de discriminación corresponde a lo que en el Diccionario de la Real Academia Española se

⁴¹ Párr. 125

⁴² "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Párr 9U

entiende por él, vale decir, "seleccionar excluyendo" y "dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc." Es en definitiva, por ende, la desigualdad en el trato por los motivos indicados lo que caracteriza a la discriminación.

Ahora bien, siendo ello así, resulta que la discriminación tiene lugar en los casos, como el que nos ocupa, en que, a iguales, se les considera de manera diferente.

De allí, por lo tanto, que la discriminación solo se concibe si, a personas que se encuentran en una misma o igual condición o situación jurídica, se les trata de manera distinta, afectando, así, el ejercicio o goce de sus derechos humanos. En tal orden de ideas se podría decir, por ejemplo, que si a niños o mujeres se les concediera un trato diferente de los que se le dan, respectivamente, a otros niños⁴³ u otras mujeres⁴⁴, afectando el reconocimiento o goce de sus derechos humanos, habría discriminación.

Lo anterior implica, entonces, que puede haber diferencias en la situación de las personas en relación a sus derechos humanos.

La jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por la misma perspectiva. Así, ha afirmado "que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"⁴⁵, por lo que "no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana."⁴⁶

Ahora bien, la Sentencia, sobre la base de lo expresado por la Corte Constitucional de Colombia, afirma "que es posible concluir que la finalidad social de la Ley 54 de 1990 era la protección de la mujer y de la familia" y que si bien "entiende que las finalidades de la ley podrían considerarse como legítimas"⁴⁷, estima, no obstante, "que no existe una justificación objetiva y

⁴³ Art. 19 de la Convención: "Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

⁴⁴ Art. 4.5 de la Convención: "No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez."

⁴⁵ OC-4/84 párr. 56.

⁴⁶ Idem, párr. 57.

⁴⁷ Párr. 108.

razonable que permita colegir que la restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia a través de una diferenciación basada en la orientación sexual pueda ser necesaria para la protección de la familia"⁴⁸.

Pero, la Sentencia, parece no solo olvidar su recién citada jurisprudencia y no considerar lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Convención, en cuanto a que "(l)a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado", sino que lo que en realidad parece hacer es jurídicamente igualar o asimilar la situación de la unión de hecho o civil entre personas del mismo sexo con la del matrimonio, lo que, cretamente, no corresponde conforme al estado actual del ordenamiento jurídico interamericano y a una correcta interpretación de la Convención.

En efecto, es indiscutible, es de toda evidencia que el matrimonio y la unión civil o de hecho son dos realidades distintas, con características diferenciadas y regulaciones nacionales diferentes en los Estados en contemplan a estas últimas. Tanto es así que, como ya se indicó, en algunos Estados Partes de la Convención se ha consagrado la institución de la unión civil o de hecho coexistiendo con el matrimonio e incluso, en alguno de esos Estados, mientras el matrimonio es previsto únicamente entre personas del mismo sexo, la unión civil o de hecho lo es también entre personas de distinto sexo.

En síntesis, tratándose de dos instituciones distintas, matrimonio y unión civil y, además, siendo solo la primera contemplada en la Convención, no resulta procedente invocar, en el caso de autos, la discriminación, dado que la situación jurídica en que se encontraba la presunta víctima no era igual a la de uno de los contrayentes del matrimonio.

Es por lo señalado, que se podría afirmar que lo resuelto en la Sentencia podría conducir a la conclusión, entre otras, de que todos los Estados Partes de la Convención que no hayan reconocido en sus legislaciones internas o nacionales la unión de hecho o civiles entre personas del mismo sexo, que son, como se señaló precedentemente, la gran mayoría, estarían incurriendo en un hecho ilícito internacional, lo que no parecería ser procedente.

Finalmente, una acotación adicional al efecto. Lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención⁴⁹ y, por ende, lo pertinente a la mencionada obligación de no discriminar, impregna a todos los derechos humanos consagrados en ella, de modo que tal disposición no debería ser interpretada y aplicada aisladamente,

⁴⁸ Párr.128

⁴⁹ "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

sino que en íntima vinculación con tales derechos.⁵⁰ La obligación de no discriminar no tiene, entonces, existencia autónoma o independiente de dichos derechos. De modo que lo que procede, cuando se interpreta, es determinar el sentido y alcance de la norma correspondiente, entendiendo que ella refleja a lo que los Estados Partes de buena fe convinieron al respecto y que, en ese marco, procuraron establecer una distinción más no una discriminación.

CONCLUSIÓN.

Del mérito de autos consta que las pretensiones de los solicitantes se satisficieron plenamente por parte del Estado con bastante antelación al sometimiento del caso ante la Corte. Igualmente, es evidente que, al momento en que, en el ámbito nacional, se le negó a la presunta víctima la posibilidad de solicitar la pensión de sobrevivencia, no existía obligación jurídica internacional de reconocer las uniones de hecho entre personas de distinto sexo y, consecuentemente, de obtener tal pensión en base a dicha unión. Finalmente, también es indiscutible que, por lo tanto, no pudo haber discriminación, menos aún con relación a una institución diferente, cual es el matrimonio.

Visto lo anterior, no se comprende, en consecuencia, la razón por la que este caso fue sometido por la Comisión a la decisión de la Corte, ni menos aún los motivos por los que ésta resolvió como lo hizo.



Eduardo Vio Grossi
Juez



Pablo Saavedra Alessandrini
Secretario

⁵⁰ Párr. 93 y Opinión Consultiva OC-4/84, en párr. 53.

SENTENCIA T-051/10
(Febrero 2; Bogotá D.C.)

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-
Autoridades administrativas, judiciales y Administradoras de Fondos de Pensiones
no podrán negar reconocimiento con base en trabas injustificadas

Las trabas administrativas más destacadas tienen que ver con la tendencia a abrir investigaciones adicionales –no previstas en la legislación– para recaudar pruebas no exigibles jurídicamente, entre ellas, por ejemplo, visitas domiciliarias; ratificación de solicitud bajo juramento por parte de las personas peticionarias; requerimiento de agotar el juicio sucesorio para determinar herederos así como la liquidación de la sociedad conyugal; exigencia de declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante; juicios de valor que traen como consecuencia la inaplicación de normas aplicables por motivos religiosos o morales; solicitud de agotar el proceso ordinario de unión marital de hecho ante la jurisdicción de familia. Entre los principales obstáculos de orden jurídico se encuentran, entonces: (i) aplicación de norma inaplicable; (ii) exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) interpretación contraria a la Constitución, (iv) aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; (v) inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-
Sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento
y pago declaración ante notario

A juicio de esta Sala de Revisión, debe existir completa claridad acerca de que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. Ciertamente es que la exigencia establecida por la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 es que la condición de pareja permanente sea acreditada en los términos establecidos por la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Encuentra la Sala que la remisión hecha por la parte resolutiva de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD- Procedencia por desconocimiento del debido proceso administrativo al no someterse a consideración las consecuencias prácticas que se derivan con el no pago

En el asunto bajo examen se presentan circunstancias especiales que deben ser tenidas en cuenta por la Sala para establecer la procedencia del amparo tutelar. En primer lugar, resulta preciso distinguir entre la protección de los derechos constitucionales fundamentales y las consecuencias prácticas que se derivan de esa protección en los casos bajo análisis, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Entiende la Sala, que en los asuntos puestos a su consideración las entidades demandadas y los jueces de tutela le confirieron especial atención al segundo aspecto y dejaron por entero desatendido el primero y más importante: la protección de los derechos constitucionales a la garantía del debido proceso administrativo y el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-
 Interpretación restrictiva de sentencia C-336 de 2008 implica imponer una carga desproporcionada a parejas homosexuales

Como se deriva de lo hasta aquí expuesto, en los tres asuntos bajo examen tanto las entidades demandadas como los jueces de tutela se sustentan en excusas inadmisibles si se miran bajo la óptica de los preceptos constitucionales así como bajo los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad. Arriba se expuso, que las sentencias de constitucionalidad son vinculantes y de obligatorio cumplimiento dado el carácter erga omnes que las informa e impregna. Así mismo, en las consideraciones de la presente sentencia se aportunan los motivos por los cuales se sostiene en esta sede que interpretar la exigencia contenida en la parte resolutoria de la sentencia C-336 de 2008 de una manera restrictiva implica imponerles a las parejas homosexuales una carga desproporcionada y arbitraria que riñe con las provisiones contenidas en el artículo 13 superior y quebranta el derecho a la garantía del debido proceso administrativo establecida en el artículo 29 de la Constitución Política.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-
 Solicitud de declaración ante notario de ambos miembros de la pareja vulnera el debido proceso administrativo y derecho a pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones a parejas heterosexuales

En suma, encuentra la Sala que si se analizan los casos bajo examen a la luz de las consideraciones efectuadas en la presente sentencia resulta evidente el desconocimiento en los tres casos del derecho a la garantía del debido proceso administrativo a la par que la vulneración de su derecho a acceder al pago y reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en las que lo hacen las parejas heterosexuales. Puesto de otra manera, las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Precedencia para

acceder al reconocimiento y pago en igualdad de condiciones a parejas heterosexuales

La situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, es la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello. Justo por ese motivo, procederá la Corte a dictar un grupo de órdenes con efectos intercomunis, es decir, las órdenes que proferirá la Sala en esta sede se harán extensivas a todas las personas homosexuales que –encontrándose en las mismas o en similares situaciones o las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia-- pretendan hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales

Referencia: expediente T-2.292.035

Expediente T-2.299.859

Expediente T-2.386.935

Accionantes: A

B

C

Accionados: EDATEL S. A.

Fondo de Pensiones BBVA y otro.
Gobernación de Risaralda.

Fallos objeto de revisión:

-Sentencia del Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009, que confirmó la decisión negativa del Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009.

-Sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá de 22 de abril de 2009, que modificó el fallo impugnado ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá de marzo dos de 2009 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y en su lugar negó el amparo incoado.

-Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009 que confirma la sentencia proferida el día 4 de junio de 2009 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Mauricio González Cuervo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

Aclaraciones iniciales.

La Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional mediante auto fechado el día 6 de agosto de 2009 resolvió acumular los expedientes de la referencia los cuales fueron repartidos al Magistrado Mauricio González Cuervo por presentar unidad de materia para que sean fallados en una sola sentencia. Con ese mismo objetivo, la Sala Quinta de Revisión mediante auto fechado el día 27 de noviembre de 2009 procedió a acumular a los dos expedientes mencionados, el expediente T-2.386.935.

Siguiendo la línea jurisprudencial fijada en decisiones previas de esta Corporación en el mismo sentido¹, la Sala ha cambiado los nombres reales de los peticionarios, de sus compañeros permanentes así como de las personas que presentaron declaración extraprocesal ante notario. Esta determinación se ajusta a los preceptos constitucionales que buscan asegurar el derecho a la intimidad de todas estas personas

I. Demanda y pretensión.

Elementos de la demanda.

- **Derechos fundamentales cuya protección se invoca:** cláusula del Estado social y pluralista de derecho; derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al buen nombre, derecho a la honra, derecho a la igualdad, derecho a la seguridad social, derecho al respeto por la dignidad humana así como por el bloque de constitucionalidad.

- **Conducta que causa la vulneración:** negativa por parte de las entidades demandadas a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente de los peticionarios sustentada en dos argumentos. En primer lugar, que los accionantes no cumplen con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 mediante la cual se garantiza a las parejas del mismo sexo el derecho al acceso a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones que a las parejas heterosexuales. En segundo lugar, que la muerte de los causantes ocurrió en fecha anterior a la expedición de dicha sentencia.

- **Pretensión:** que se conceda la tutela, se revoquen los fallos de instancia, se ampare el derecho de las parejas homosexuales a acceder en igualdad de condiciones al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, derecho que existía aún antes de la expedición de la sentencia C-336 de 2008 aún cuando sus efectos patrimoniales hayan

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de personas implicadas en procesos de tutela, así como los de sus familiares, ha sido adoptada como medida de protección en múltiples tutelas, entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002; T-510 de 2003; T-292 de 2004; Sentencia T- 900 de 2006.

sido diferidos al momento de emisión de la referida sentencia. En suma, que como consecuencia de la protección del derecho a la igualdad dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia se reconozca y pague la pensión de sobreviviente y que se requiera a las entidades demandadas para que en el futuro no vuelvan a incurrir en las conductas que generaron la violación de los derechos cuya protección se invoca.

1.2. Fundamento de la pretensión.

1.2.1. Expediente T-2.292.035

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba.

- Según el peticionario, A, convivió con su compañero permanente durante once años, hasta el día 10 de febrero de 2008, fecha en la cual R murió².
- Sostiene que por medio de declaraciones juramentadas rendidas ante el Notario Segundo del Circuito de Medellín, la ciudadana E y Y testificaron sobre la convivencia como compañeros permanentes de R y A³.
- Manifiesta que el día 12 de mayo de 2008 solicitó ante EDATEI. S. A. –compañía en la que su compañero permanente fallecido trabajó y de la cual se había pensionado –, el reconocimiento de su pensión de sobreviviente⁴.
- Señala que mediante comunicación emitida el día 24 de julio de 2008, la compañía EDATEI. S. A. respondió de modo negativo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente⁵.
- Por todo lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos constitucionales fundamentales y se revoken los fallos de instancia.

1.2.2. Expediente T-2.299.859

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

- Según el peticionario, B, inició una relación de pareja de manera singular –permanente y continua – con W desde el año 2001⁶.

² Folio 1, cuaderno 1.

³ Folio 1, cuaderno 1.

⁴ Folio 2, cuaderno 1. Copia de la solicitud reposa en el expediente, cuaderno 1 a folio 35.

⁵ Folio 4, cuaderno 1. Copia de la comunicación reposa en el expediente, cuaderno 1 a folio 34.

⁶ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

- Sostiene que el día 30 de enero de 2002 el ciudadano W suscribió formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS en calidad de trabajador dependiente⁷.
- Manifiesta que el día 29 de mayo de 2007 el ciudadano W murió, motivo por el cual terminó también la unión marital de hecho que existía desde mayo de 2001⁸.
- Señala que presentó reclamación de reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente ante la entidad demandada⁹.
- Afirma que mediante comunicación fechada el día 18 de septiembre de 2009 el Fondo de Pensiones lo informó respecto de la negación de su solicitud con fundamento en lo establecido por la Ley 100 de 1993¹⁰.
- Por todo lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos constitucionales fundamentales y se revoquen los fallos de instancia.

1.2.3. Expediente 2.386.935

El ciudadano demandante apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

- Según el peticionario, C, es compañero permanente supérstite de P quien falleció el día 15 de septiembre de 2008 en su condición de pensionado de la entidad demandada, según consta en la Resolución No. 109 del 23 de julio de 1984, expedida por la Caja de Seguridad Social del Departamento de Risaralda¹¹.
- Afirma el accionante que el día 22 de octubre de 2008 solicitó en forma escrita y previo el lleno de los documentos que le fueron exigidos por parte de la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones de Risaralda, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a que le asiste derecho por la muerte de su compañero permanente pensionado¹².
- Sostiene que hasta la fecha no le ha sido reconocido este derecho y menos aún cancelado por parte del Fondo de Pensiones del Departamento de Risaralda¹³.
- Relata que el día 29 de octubre de 2008 presentó la solicitud ante la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL– entidad esta que según lo afirma el demandante *“ya la ha reconocido, sin que tenga que interponer recurso alguno, como consta en copia de la*

⁷ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

⁸ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

⁹ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

¹⁰ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

¹¹ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

¹² Expediente, cuaderno principal a folio 2. Prueba de la solicitud reposa en el expediente a folios 8-26

¹³ Expediente, cuaderno principal a folio 2.

Resolución AMB 13855 del 31 de marzo de 2008. Documento que adjunta al escrito de tutela¹⁴.

- Narra que reúne los requisitos para acceder a la sustitución pensional de conformidad con lo exigido por la Ley 100 de 1993 en sus artículos 47 y 74 y en concordancia con lo afirmado por la Corte Constitucional en las sentencias C-521 de 2007; C-075 de 2007 y C-811 de 2007¹⁵.

- Señala que el día 13 de enero de 2009 mediante Resolución 013 le fue negado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva y agrega que el día 19 de enero de 2009 interpuso de manera simultánea los recursos de reposición y apelación en contra de la Resolución, recursos que fueron decididos de forma negativa –mediante Resolución 112 del 3 de febrero de 2009 que decide la reposición y mediante Resolución 146 que decide la apelación–¹⁶.

- Indica que la entidad demandada ha esgrimido como excusa para negarse a reconocer el derecho que le asiste, la existencia de una ficha de pensionado donde los titulares pueden indicar la persona beneficiaria de la sustitución pensional¹⁷.

- Enfatiza que tal ficha fue llenada por el causante en el año 2000 “cuando las parejas del mismo sexo no se reconocían por la ley colombiana y por lo tanto en su momento el causante indica no tener a quién suceder la pensión pues entonces sólo tenían derecho LA LEGÍTIMA ESPOSA (la que nunca tuvo) la COMPAÑERA PERMANENTE, (quien y tampoco existió) o HIJOS MENORES O DISCAPACITADOS quienes tampoco existían”¹⁸.

- Subraya que en la mencionada ficha nunca le preguntaron al causante por su compañero permanente y acentúa que ello se debió a una razón muy clara: que en aquella época no se tutelaban los derechos de las parejas homosexuales motivo por el cual no se incluía al compañero permanente como beneficiario de la pensión de sobreviviente lo que no equivale, en su caso, a que no conviviera con el causante¹⁹.

- Aclara que la ficha de pensionados es un documento que las administradoras de pensiones obligan a llenar a los titulares de los derechos al cumplir los 65 años de edad para facilitar las gestiones de quien ha de reclamar la pensión. Ello, sin embargo, no significa que éste sea un requisito indispensable para el reconocimiento de la pensión sustitutiva. Con todo, la entidad demandada lo ha tenido como elemento primordial y ha omitido darle valor a otros elementos probatorios que aporta al expediente, los cuales, a juicio del actor, si merecen ser tenidos en cuenta pues demuestran con toda claridad que

¹⁴ Expediente, cuaderno principal a folio 3.

¹⁵ Expediente, cuaderno principal a folio 3.

¹⁶ Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de la Resolución AMB 13855 de marzo de 2009 emitida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL –ECCI– por la cual se reconoce y ordena el pago de una sustitución pensional de una pensión gracia consta en el expediente a folio 28.

¹⁷ Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de la ficha de pensionado repusa en el expediente a folio 33.

¹⁸ Expediente, cuaderno principal a folio 4.

¹⁹ Expediente, cuaderno principal a folio 4.

él es el único con derecho a reclamar, al haber convivido con el causante de manera permanente por más de 34 años²⁰.

- Aporta Copia del carné de Previsión Exequial²¹; copia del Título de Uso de un Osario²² y copia del certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria que le compró al causante²³.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. Expediente T-2.292.035

La abogada Adela Gómez Mavignier, en calidad de apoderada judicial de EDATEL S. A., en escrito de contestación de la tutela fechado el día 18 de febrero de 2009, informó lo siguiente:

- La petición de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al ciudadano A fue, en efecto, negada y el motivo de la negación se fundamentó en los dispuesto por las sentencias de la Corte Constitucional que *"plantean al homosexualismo como una opción de vida legítima, amparada por la Constitución como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, en consideración a que los lineamientos jurisprudenciales consagran el principio de no discriminación por razón de la opción sexual y de respeto de la dignidad humana como criterios de protección de los derechos de los homosexuales"*.

- La Corte Constitucional mediante su jurisprudencia y, más específicamente, en sentencia C-075 de 2007 configura el marco conceptual a partir del cual se establece el alcance actual de los derechos de las parejas del mismo sexo. La mencionada sentencia *"otorgó efectos patrimoniales a las uniones de parejas del mismo sexo, al declarar exequible de manera condicionada algunos apartes de los artículos 1° y 2° del régimen de protección contenido en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, que definen el concepto de unión marital de hecho como una unión de un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular"*.

- La sentencia C-521 de 2007 declaró la inexecutable del tiempo mínimo de convivencia de dos años exigido como factor habilitante para el ingreso al sistema de seguridad social en salud. A partir de ese momento *"puede otorgarse el beneficio al compañero o compañera permanente, pero para ello se requiere declaración rendida ante juez o notario en la que conste que la pareja efectivamente convive y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia. Es decir que la condición de compañero permanente para efectos de cobertura familiar debe ser probada mediante declaración"*

²⁰ Expediente, cuaderno principal a folio 4. Copia de declaraciones juramentadas donde se rinde testimonio acerca de la convivencia que mantuvo el peticionario con el causante por el lapso de 34 años así como constancia de su dependencia económica para con el finado, reposa en el expediente a folio 31.

²¹ Expediente, cuaderno principal a folio 34.

²² Expediente, cuaderno principal a folio 35.

²³ Expediente, cuaderno principal a folios 38-40.

juramentada" (Énfasis dentro del texto original)²⁴. No obstante, la Corte insistió en la necesidad de probar la calidad de compañeros permanentes para evitar fraudes al sistema de Seguridad Social, esto es, para impedir que, sin convivir, las personas dieran la apariencia de convivencia y, de este modo, se beneficiaran de derechos de los que no son titulares.

- Luego de comentar en extenso la referida sentencia C-521 de 2007 así como la sentencia C-075 de 2007 y la C-336 de 2008, concluyó la apoderada judicial de la entidad demandada que del compendio de las decisiones adoptadas por la Corte en dichas providencias, resultaba factible afirmar que el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes que se les reconoce a las parejas heterosexuales cubre también a las parejas homosexuales, siempre y cuando tal condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Este asunto quedó todavía más claro al proferir la Corte Constitucional la sentencia C-336 de 2008.

- Estimó que en el caso concreto el actor omitió presentar la prueba para acreditar la convivencia, motivo por el cual no puede reconocerse la pensión de sobreviviente y el pago de la misma. En otras palabras, el demandante no acudió junto con su compañero permanente ante notario para hacer constar la voluntad de conformar una familia en los términos señalados por la sentencia C-521 de 2007 y por la sentencia C-336 de 2008.

-Informó, además, que a la par de la solicitud elevada por el actor, fue presentada ante EDATEL S. A. la de la hermana del fallecido *"quien manifiesta que tiene 72 años y se encuentra en proceso de calificación de invalidez ante la Junta Regional de Calificación de Antioquia y considera que tiene derecho por cuanto su hermano era quien proveía para su subsistencia y la dejó desamparada al fallecer"*.

-Finalmente, señaló que lo anterior no significa que la entidad que ella representa se niegue a reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente del actor en forma arbitraria sino que *"mal haría en reconocerle el derecho cuando no existe prueba pertinente para acreditar la convivencia"*. En especial, por cuanto no existe la declaración juramentada ante notario *"declaración esta que ya era exigida para efectos de afiliación a la seguridad social en materia de salud, antes del fallecimiento del señor R. Además existe otra reclamación por concepto de pensión de sobreviviente efectuada por una hermana del causante, controversia que debe ser decidida y probada a través de un proceso ordinario laboral"*.

Dadas las circunstancias explicadas en precedencia, la apoderada judicial de EDATEL S. A. exigió que se declarara la improcedencia del amparo por vía tutelar en el presente caso.

2.2. Expediente T-2.299.859

En respuesta a la solicitud de tutela, la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías expuso lo que se sintetiza a continuación.

²⁴ Expediente, cuaderno principal a folio 43.

- El día 30 de enero de 2002 el señor W (q.e.p.d) seleccionó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la suscripción de un formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la entidad demandada en calidad de trabajador dependiente.

- El señor W falleció el día 29 de mayo de 2007, en virtud de lo cual, se presentaron a reclamar pensión de sobreviviente S y T, en calidad de padres del afiliado fallecido.

- Junto con la solicitud, los padres sobrevivientes allegaron acta de declaración con fines extraprocesales número 17575 de 21 de julio de 2007 por medio de la cual manifestaron:

"Cuarto: Que nuestro hijo al momento de su fallecimiento era de estado civil soltero, no tenía unión marital de hecho y no tenemos conocimiento de hijos extramatrimoniales, ni hijos adoptivos o por reconocer que haya dejado el causante, ni tampoco tenemos conocimiento de la existencia de otras personas con igual o mejor derecho que el que a nos asiste (sic) en calidad anterior mente indicada, para efectuar cualquier reclamación con beneficio del causante".

-En el mismo sentido declararon para fines extraprocesales el ciudadano L y la ciudadana M quienes sostuvieron:

"Por tal conocimiento sabemos y nos consta que el causante al momento del fallecimiento era de estado civil soltero, y convivía bajo el mismo techo, lecho y mesa, con sus padres (...) (...) que el causante convivió (sic) con sus padres hasta el momento de su fallecimiento (29 de mayo de 2007). Nos consta que el causante, al momento de su fallecimiento era de estado civil soltero y no tenía unión libre. Que nos consta que el fallecido tampoco procreó hijos legítimos, ni tuvo hijos adoptivos, o reconocidos, por tal razón son únicos herederos beneficiarios sus padres. Que no existen otras personas con igual o mejor derecho para efectuar cualquier reclamación con beneficio del fallecido".

- La Directora de Beneficios y Bonos pensionales de la entidad demandada, relató que verificado el cumplimiento de los requisitos de cotización y fidelidad de conformidad con la normatividad vigente, procedió a constatar que los señores S y T tuvieron condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente originada con ocasión de la muerte de su hijo, el estudio adelantado demostró "la NO condición de beneficiarios de pensión del señor W" e informó a los padres del causante que había rechazado la solicitud de pensión de sobrevivientes por cuanto ellos no dependían económicamente del afiliado fallecido.

- Manifestó, de todos modos, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley 100 de 1993 que regula lo referente a la Devolución y Saldos, había informado a los padres del causante "sobre la procedencia y requisitos para efectuar la entrega de los dineros que reposan en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado fallecido".

- Adujo que el 17 de junio de 2008 se había presentado el actor de la tutela de la referencia a reclamar la pensión de sobreviviente en calidad de compañero permanente del afiliado para lo cual aportó Acta de Declaración Juramentada con Fines Extraprocesales mediante la que los ciudadanos D y H informaron:

"conocemos de vista, trato y comunicación desde hace veinte años a B (...) y por ese conocimiento nos consta que inició relación de pareja de manera singular, permanente y continua con W (...) Dicha convivencia se inició en mayo de 2001 (...) y se terminó el día 29 de Mayo de 2007, fecha en la que falleció W".

- Respecto de la solicitud hecha por el peticionario de la presente tutela indicó la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales que la muerte del ciudadano W había tenido lugar el día 29 de mayo de 2007, esto es, en fecha anterior al momento en que la Corte Constitucional mediante sentencia C-336 de 2008 se pronunció sobre *"el derecho pensional que les puede asistir a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañera o compañero permanente previa comprobación de tal condición"*. Advirtió que con anterioridad a dicho pronunciamiento no existía *"la posibilidad de reconocer prestaciones económicas que otorga el Sistema General de Pensiones a las compañeras y compañeros permanentes del mismo sexo"* motivo por el cual la exigencia del peticionario fue rechazada cada vez que la mencionada sentencia no tiene efectos retroactivos sino efectos para el futuro (Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2006).

- Encontró que el principio de favorabilidad invocado por el accionante –contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política– operaba bajo la existencia de dos o más normas vigentes aplicables a la situación fáctica que se pretende definir, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Así, dado que la única norma aplicable vigente es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, no existe duda en relación con la legislación aplicable para el caso concreto y no puede alegarse, por consiguiente, la aplicación del principio de favorabilidad.

- Finalmente, hizo un repaso de la jurisprudencia sentada en sede de tutela por medio de la cual la Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión y en general el pago de prestaciones de orden económico asunto sobre el cual le corresponde decidir a la justicia ordinaria. (Corte Constitucional. Sentencias T-038 de 1997, T-305 de 1998, T-206 de 1998, T-414 de 1998, T-630 de 2006).

Por los motivos expuestos, la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

2.3. Expediente T-2.386.935

La ciudadana Claudia Cristina Mejía Berreteche en calidad de apoderada del Gobernador de Risaralda responde de la manera que se sintetiza a continuación la tutela de la referencia.

• Luego de referirse a los hechos de la tutela y de admitir la veracidad de lo alegado por el demandante, transcribe una lista con los requisitos exigidos por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, para reclamar la Sustitución Pensional.

Oficio solicitando la Sustitución Pensional, dirigida a la Profesional Especializada del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Risaralda, indicando dirección y teléfono del solicitante, al cual se le deben anexar los documentos que se relacionan a

continuación: Dos (2) declaraciones extraproceso en original. // Registro civil de defunción del causante en original o copia auténtica. // Registro civil de matrimonio, en original o copia auténtica. // Copia de pago de la última mesada recibida por el causante. // Fotocopia del carné de salud del causante y del beneficiario. // Registro civil de nacimiento del causante y del solicitante en original. // Fotocopia de la cédula de ciudadanía del solicitante. // Cuando se trate de hijos inválidos, debe anexar el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en original. // Si es mayor estudiante, debe anexar certificado expedido por el respectivo plantel educativo reconocido por el Ministerio de Educación, donde acredite como mínimo 20 horas semanales en original. // Tanto para el mayor inválido como el mayor estudiante, deben probar la dependencia económica. // Cuando el beneficiario es menor de edad o demente, la solicitud debe presentarla el representante legal o curador. // Si la solicitud la presentan los padres o hermanos inválidos, deben allegar la partida o registro civil de matrimonio de los padres, partida o registro civil de nacimiento del causante."

- Manifiesta que en efecto el peticionario debidamente identificado presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente e invocó la calidad de compañero permanente del fallecido con quien señaló que convivió durante 34 años

- Afirma que la entidad por medio del Fondo de Pensiones del Departamento estudió el caso de manera inmediata, estudio que llevó a negar el reconocimiento mediante Resolución número 013 de enero 13 de 2009. El motivo de la negación –sostiene–, radica en que aún cuando el peticionario prueba mediante declaraciones extrajudiciales que convivió durante 34 años con el causante, revisado el expediente se constató que en la ficha de pensionado diligenciada el día 7 de julio de 2000 por el causante, él "había manifestado que vivía en el municipio de Desquebradas, que era soltero y que no tenía a quién dejarle la pensión.

- Sostiene que con fundamento en esa prueba la entidad demandada resolvió negarle la pensión mediante Resolución que fue repuesta y apelada por el peticionario siendo negados los dos recursos. Señala como motivo que tuvo el *ad quem* para confirmar la sentencia de segunda instancia, la falta de cumplimiento de lo establecido por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 e insiste en que la segunda instancia resolvió "acogerse a lo planteado en la primera instancia con relación al documento denominado ficha PENSIONADOS y que obra en el expediente del pensionado fallecido P, en el cual había manifestado que no tenía a quién dejarle la pensión, dejando además en blanco el campo correspondiente".

Solicita desligar al Departamento de Risaralda de cualquier responsabilidad en relación con los hechos invocados por el peticionario.

3. Decisión de tutela objeto de revisión.

3.1. Expediente T-2.292.035: Sentencia del Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009.

3.1.1. **Primera Instancia.** Sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009.

Mediante providencia dictada el 2 de marzo de 2009, el juzgado de primera instancia negó, por improcedente, la tutela invocada. Apoyó su decisión en los motivos que se sintetizan a renglón seguido.

- Estimó el *a quo* que en el presente caso se hacía necesario acudir a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, que regula las causales de procedencia de la acción de tutela. A propósito de lo allí establecido, recordó que la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones que la acción de tutela únicamente procede cuando el accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial salvo que se acuda a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁴.

- Encontró que en el caso bajo examen existía una vía judicial alternativa que el demandante no había agotado aún y cuyo trámite no le genera ningún perjuicio irremediable, por cuanto, tal como lo manifiesta él mismo, sólo tiene 39 años de edad y no cuenta con ningún tipo de limitación para trabajar, o al menos no existe prueba alguna de ello en el expediente. Lo anterior –sostiene el *a quo*– se confirma con el hecho de que “cuando la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes se hizo a EDATEL el 12 de mayo de 2008, fue resuelto negativamente por dicha entidad el 24 de julio de 2008 y sólo 7 meses después interpone acción de tutela, circunstancia ésta que verifica la no causación de un perjuicio irremediable”. Añadió, por último, que se había presentado otra solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del causante por parte de su hermana por lo que la controversia tendría que ser resuelta por la justicia ordinaria.

3.1.2. Impugnación.

El demandante impugnó –mediante apoderado– la sentencia de primera instancia. Aportó los motivos que se resumen a renglón seguido.

- Afirmó no estar de acuerdo con la decisión emitida por el *a quo*, pues, en su opinión, la acción de tutela sí constituye el instrumento idóneo y primario de protección frente a la discriminación de que fue víctima por parte de EDATEL S. A. ESP y que trajo consigo, precisamente, el que no le fuese reconocida ni pagada la pensión de sobreviviente. Por tal motivo, sostuvo que corresponde al juez de tutela “en forma expedita materializar [su] derecho a la igualdad”. Para el demandante, la situación histórica y social de discriminación y, por ende, de desconocimiento del derecho a la igualdad de que han sido víctimas las parejas del mismo sexo, justifica acudir a la tutela como mecanismo de protección principal.

²⁴ Citó la sentencia C-1112 de 2005 en la que también se señalan los elementos que caracterizan el perjuicio irremediable, a saber, la inminencia que exige la adopción de medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de la acción de salir del perjuicio inminente; la gravedad de los hechos que hacen evidente la impostergabilidad de la tutela.

- Admitió el demandante que, en efecto, es el juez laboral la autoridad competente para conocer acerca de procesos relacionados con la seguridad social. Consideró, empero, que *"no puede diferirse en el tiempo, la materialización del derecho a la igualdad"* Trajo a colación que la Corte Constitucional en jurisprudencia reciente hizo énfasis acerca de que el trato distinto era discriminatorio respecto de las parejas homosexuales pues así ellas no estuvieran excluidas de manera expresa de las normas que reconocen el derecho a recibir los beneficios que se desprenden del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, de hecho, sí lo estaban y ello desconocía los valores que informan el Estado social de derecho así como la necesidad de respetar la dignidad humana tanto como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Desde esta perspectiva, el derecho a no ser discriminado por motivos de las preferencias sexuales debe ser protegido por el juez de tutela y la acción de tutela se constituye en herramienta idónea para solicitar dicho amparo. No cosa distinta se desprende de la jurisprudencia constitucional que ha insistido en que *"la controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley"*

- Destacó el accionante la importancia de distinguir entre el derecho fundamental y las acciones concretas que lo materializan. Consideró que en el presente caso lo que se invoca es la necesidad de proteger el derecho a la igualdad, esto es, de asegurar que *"cualquier persona independientemente de su (en este caso) orientación sexual, pueda acceder a un derecho, en este caso a la pensión de sobrevivientes"* Insistió el demandante en que debía diferenciarse entre la protección del derecho y el efecto que se consigue con tal protección, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Concluyó que en este caso el *a quo* consideró que se trataba únicamente del segundo punto y dejó por entero desatendido el primero y más importante: la protección del derecho a la igualdad.

- En segundo lugar, la tutela resulta procedente como mecanismo subsidiario de defensa ante la existencia de una necesidad manifiesta, asunto éste, que el *a quo* pasó por alto y desconoció que la acción incoada lo era para solicitar la protección del derecho constitucional fundamental a la igualdad. Ahora bien, el *a quo* también se abstuvo de atender a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las parejas del mismo sexo por motivo de los prejuicios existentes en la sociedad y dejó de lado que los mecanismos ordinarios no siempre resultan idóneos para proteger los derechos constitucionales fundamentales de las parejas del mismo sexo que constituyen grupos sociales marginados históricamente y puestos en especial condición de vulnerabilidad.

- Indicó que, en su caso particular, la protección por vía tutelar no sólo era urgente en virtud de los motivos antes expresados, sino por cuanto en el año de 1998 fue diagnosticado portador del VIH. Aportó prueba de lo anterior y solicitó mantener en reserva esta información como protección de su derecho constitucional fundamental a la intimidad.

- Destacó la doble situación de victimización de las parejas del mismo sexo. Por una parte, ante la falta de protección de sus derecho a la igualdad. Por otra, y como consecuencia de lo anterior, ante la negación de la pensión de sobrevivientes. Mencionó que sólo hasta luego de expedida la sentencia C-336 de 2008 –por medio de la cual se reconocen los

derechos de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes– es que se inician tales procesos y en el asunto suyo procedió de manera inmediata a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión ante la entidad demandada por lo que *“no existen razones fundadas para no conceder la tutela”*. Como se desprende del análisis efectuado, en el caso bajo consideración no existe una controversia que deba decidir la justicia laboral puesto que luego de la expedición de la mencionada sentencia C-336 de 2008, lo que se presenta es un cambio en el orden de prelación para la sustitución pensional. El *a quo* al sostener la improcedencia de la acción de tutela evidencia el trato discriminatorio al que el demandante está siendo sometido y desconoció que el actor pertenece a un grupo vulnerable e histórica y socialmente marginado.

- Por último, subrayó la necesidad de que las autoridades judiciales respeten la aplicación del principio de buena fe en sus actuaciones. Dentro de los elementos que configuran tal principio ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia T-617 de 1995) que se encuentra el que la administración no ejerza sus facultades defraudando la confianza que en ella depositan los administrados y no exija a los administrados más de lo que sea estrictamente indispensable para la realización de los fines públicos. En tal sentido, al juez de conocimiento *“no le corresponde en ningún caso cuestionar las motivaciones que llevaron a solicitar la pensión de sobrevivientes, puesto que si como accionante [ha] manifestado [su] necesidad, mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe”*.

- Añadió, finalmente, que en vista de su pertenencia a un grupo histórica y socialmente marginado y discriminado, debe primar la necesidad de proteger el derecho a la igualdad y, por ende, resulta necesario invertir la carga de la prueba, esto es, quien considera que tiene iguales o superiores derechos que el accionante debe probar que esto es así. Entretanto la titularidad del derecho recae en el compañero o compañera permanente homosexual. En suma, destacó que a las parejas del mismo sexo no se les puede exigir probar más de lo que deberían en atención a la aplicación del principio de buena fe.

3.1.3. Segunda instancia.

Mediante providencia fechada el día quince de abril de 2009, el *ad quem* resolvió confirmar el fallo del *a quo*. Expuso los argumentos que abajo se sintetizan en apoyo de su solicitud.

- Para empezar, en los antecedentes de su sentencia el *ad quem* adicionó un aspecto probatorio, a saber, que el actor había presentado:

“copia de sendas comunicaciones. Una suscrita por él y entregada el 13 de mayo de 2008 a EDATEL, por medio de la cual reclamó para sí la pensión de sobrevivientes, aduciendo declaración extrajudicial para demostrar convivencia con R, extinto ex empleado de esa empresa, cuya fallecimiento en febrero 10 de 2008 acreditó mediante copia del registro civil de defunción. La otra es la respuesta dada por EDATEL el 24 de julio de 2008, significándole que la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos a futuro y que el fallecimiento del ex empleado antecedió dicha providencia, por lo que no era posible conceder tal derecho porque la normatividad vigente para entonces no regulaba la convivencia entre personas del mismo sexo (fs. 33 y 34). También apuró el libelista copia del acta notarial

que consigna sendas declaraciones extrajudicio por parte de E y Y, quienes dieron fe bajo juramento que el extinto R convivió por espacio de once años con A y lo asistió económicamente (fs. 35 fte vtr.) Así mismo aportó copia del acta de defunción del R ocurrida el 10 de febrero. Finalmente el actor aportó, tras su impugnación, copia de historia clínica, en la que aparece el diagnóstico de VIH en 1998, y la frecuente demanda de atención en salud desde mayo de 2008 (fs 81 a 102).

De otro lado, encontró el *ad quem* que la presentación del facsimile de un acta que contiene dos declaraciones no podía conducir al juez constitucional a conferir la protección solicitada por vía de tutela únicamente porque el peticionario se encuentra – como lo adujo el ciudadano A– en una situación de debilidad manifiesta. Las declaraciones en notarfa las cuales “*visiblemente tributan su interés, sosteniendo que les consta de su relación por luengo tiempo como compañero permanente de otro varón; (sic) así hubiese buscado tras la impugnación complementar la prueba con su historial clínico que en el que se muestra él muy compungido por la pérdida afectiva*”, no son suficientes para dar por probada la condición de compañero permanente de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-336 de 2008 ni con lo señalado en la sentencia C-521 de 2007 a la que ella remite para tales efectos.

- Reiteró su acuerdo con los argumentos expuestos por el *ex quo* en relación con que la tutela constituye un mecanismo subsidiario y excepcional al que es factible acudir únicamente cuando se han agotado los instrumentos ordinarios de defensa y dijo que en este caso la cuestión revestía especial entidad por cuanto había una controversia pendiente de decisión pues debía declararse si “*le asiste mejor derecho a la hermana de quien él alega haber sido por años compañero permanente*” quien, de acuerdo con lo afirmado por la entidad demandada, tiene 72 años, ha alegado dependencia económica y adelanta trámite ante la Junta Departamental de Invalidez.

- Por último, insistió que el argumento expuesto por el accionante en relación con que se había abstenido de acreditar la unión marital de hecho por desconocer las pautas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional, carecía de peso toda vez que “*quien dice haber sido su compañero permanente y proveedor económico falleció en febrero 10 de 2008, la exigencia de que los mismos convivientes declaren conjuntamente sobre tal permanencia reitera la posición del alto Tribunal en Sentencia C-521 de 2007, que obviamente antecede al óbice en cuestión*”. Finalmente, insistió en que el actor omitió aportar prueba de la dependencia económica respecto del causante.

- Concluyó que había derechos inciertos y discutibles que no podían ser objeto del amparo solicitado dado que para tales efectos debía el peticionario acudir a los mecanismo ordinarios pues no había aportado prueba de peligro inminente que justificara el amparo como mecanismo transitorio. Por los motivos aducidos, resolvió confirmar el fallo del *ex quo*.

3.2 Expediente T-2.299.859: Sentencia del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito

3.2.1. Primera instancia: Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá D.C.

Mediante fallo de dos de marzo de 2009, el despacho resolvió declarar la improcedencia del amparo incoado. Aportó los siguientes motivos en apoyo de su decisión.

- Admitió la jureza *a quo* que en el centro del debate se encontraba *"el pago o no de la pensión de sobreviviente con relación a personas del mismo sexo"* y mencionó que frente a este aspecto era relevante lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2008. Sobre este extremo, enfatizó que la Corte Constitucional había hecho una precisión, a saber, que la condición de compañera o compañero permanente debía ser probada *"mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a lo que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto"*. Subrayó, de otra parte, que idéntica prueba debía allegar quien solicita se le reconozca y pague pensión de sobreviviente cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley y en especial de conformidad con el artículo 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que son las mismas a las que se refiere la sentencia C-521 de 2007.

Al referirse al caso concreto, examinó si se cumplía con las exigencias previstas por el Decreto 2591 de 1991 numeral 4° para que proceda la acción de tutela y llegó a la conclusión con arreglo a la cual en el asunto bajo análisis éste requisito no se cumplía por cuanto el actor no probó –ni consta prueba de ello en el expediente – que se encontrara en situación especial de indefensión. De este modo, el ciudadano demandante debe acudir a los medios ordinarios de defensa que constituyen la vía idónea para solicitar el amparo invocado.

Por los motivos antes señalados, resolvió declarar que la acción de tutela impetrada por B mediante apoderado judicial era improcedente.

3.2.2. Impugnación.

El peticionario expuso en el escrito de impugnación los mismos argumentos que adujo en el suyo el ciudadano A –Expediente T-2.292.035–. Dado que en el numeral 3.1.2. de esta providencia se reseñó en extenso dicho escrito, se remite para la lectura de las consideraciones generales a tal numeral. En lo que se refiere a los motivos específicos del impugnante, en el escrito consta, además, lo que se sintetiza a continuación:

- Para empezar, el apoderado judicial del accionante acentuó que la solicitud interpuesta tenía como propósito mantener la estabilidad económica que había alcanzado el peticionario en los años de convivencia con el causante por motivo de lo cual resultaba indispensable que se protegiera en debida forma su derecho constitucional fundamental a acceder a la pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se deben ajustar las parejas heterosexuales. Insistió que en el caso del ciudadano B, se trataba de un interés legítimo para hacer efectivo ese derecho con prontitud. Imponer cargas adicionales en materia probatoria desvirtúa la aplicación del principio de buena fe – artículo 83 superior–, al tenor del cual las *"actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán coartarse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*. Esta disposición,

agregó el escrito de impugnación, ha sido desarrollada de manera amplia por la jurisprudencia constitucional.

- Expresó, por lo anterior, que no resulta comprensible la actitud del *a quo* cuando cuestiona las motivaciones que tiene el actor para solicitar la pensión de sobreviviente, pues si el peticionario afirmó y manifestó la necesidad de acceder a este derecho, *'mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe. La presunción en el presente caso por parte de la Sra. Jueza ha sido que no existe necesidad. Por el contrario atendiendo a que el accionante pertenece a un grupo vulnerable, histórica y socialmente discriminado, es evidente que la primera presunción debería hacerse entorno a la necesidad de protección y, de esta forma, invertir la carga de la prueba hacia quien considere que el accionante tiene iguales o superiores a las que tenía antes del fallecimiento su compañero permanente'*.

- Concluyó el escrito de impugnación que la jueza *a quo* le estaba exigiendo al peticionario una mayor carga probatoria de la que –de conformidad con la normatividad vigente–, le correspondía, en desconocimiento del principio de buena fe que debe informar todas las actuaciones de orden administrativo. Lo anterior –añadió–, implica, a su vez, un desconocimiento del derecho del actor a acceder en igualdad de condiciones a la pensión de sobreviviente para mantener *"una estabilidad económica igual o superior a la que tenía al momento en que convivía con su compañero permanente ahora fallecido"*.

3.2.3. Segunda instancia. Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá.

Este despacho decidió el 22 de abril de 2009 la impugnación de la sentencia de primera instancia y negó el amparo solicitado. Aportó los motivos que abajo se exponen, en sustento de su decisión.

- Analizó, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela contra particulares de conformidad con el numeral 4° del Decreto 2591 de 1991 y llegó a la conclusión de que en el asunto bajo examen, en efecto, el actor contaba con *"otro mecanismo de defensa judicial, esto es, el proceso ordinario laboral para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes"*. No obstante, hizo énfasis en que el peticionario había alegado *"la existencia de una necesidad manifiesta, que le [impedia] esperar el extenso desarrollo del citado trámite"*. Insistió el *ad quem* en que el accionante por medio de su apoderado judicial había manifestado la necesidad de obtener el reconocimiento y pago de la pensión para mantener la estabilidad económica que había alcanzado con su pareja y acentuó que en el expediente obraba la declaración extraprocésal emitida por los señores D y H, quienes manifestaron que *"al momento de su fallecimiento B, dependía económicamente de él, ya que desde hace tres años B se encuentra sin trabajo y no recibe pensión por parte del Estado ni de ningún otro fondo privado"*.

- Consideró desde la perspectiva antes señalada que en el asunto bajo examen se había configurado la existencia de un perjuicio irremediable pues *"el mismo es verificable, inminente, es urgente y exige medidas inmediatas que prevengan la prolongación del daño, lo que hace procedente la acción de tutela incoada"*.

- Manifestó, sin embargo, –luego de hacer un análisis de la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional relativa al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales (Sentencias C-075 de 2007; C-336 de 2008)– que en el asunto de la referencia no se había cumplido con las exigencias trazadas por la jurisprudencia constitucional, pues entre la documentación allegada al expediente no se había aportado *“la declaración juramentada de las dos personas que conformaban la relación, requisito indispensable para acreditar la condición de compañero permanente, de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-336 de 2008”*.

- Por lo anterior, no consideró que en el presente caso la entidad demandada hubiese desconocido los derechos constitucionales fundamentales cuya protección invocó el accionante, pues tal entidad *“en ningún momento manifestó que la negativa a acceder a la petición del señor B, se deba a su condición sexual y ello tampoco se deduce de su actuación pues se limitó a verificar el cumplimiento de unos requisitos”*. Añadió, finalmente, que si las personas con orientación diversa demandaban un trato igualitario, debían *“ceñirse a las reglas y requisitos dispuestos para el resto de las personas, sin que se entienda que dichas exigencias se originen en su condición y al hecho de que han sido un grupo históricamente marginado”*.

Con fundamento en las consideraciones antes desarrolladas, resolvió modificar el fallo impugnado –en el sentido de declarar la procedencia del amparo tutelar pero decidió negar la protección invocada por las razones aducidas en la parte motiva de la providencia.

3.3. Expediente T-2.386.935: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009.

3.3.1. Primera Instancia. Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira.

Mediante providencia fechada el día cuatro de junio de 2009 el a quo resolvió declarar improcedente el amparo. Aportó los siguientes motivos en sustento de su decisión.

- La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, en principio, la tutela resulta improcedente para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Salvo que se acredite la presencia de circunstancias especiales a partir de las cuales sea factible establecer que se requiere proteger los derechos fundamentales pues no existen otros medios de defensa judicial tan idóneos como la tutela o porque de no protegerse el derecho se producirá un perjuicio irremediable.

- Menciona las exigencias que de conformidad con la jurisprudencia constitucional deben cumplirse para la procedencia excepcional de la tutela y aduce que el demandante no ha agotado los mecanismos ordinarios de protección y tampoco se encuentra ante un perjuicio irremediable que le impida agotarlos.

3.3.2. Impugnación.

Incóforme con el fallo emitido por el *a quo*, el peticionario presenta escrito de impugnación y sostiene lo siguiente.

- Relata que a la muerte del causante acudió a la entidad demandada con el lleno de los requisitos exigidos por la legislación para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, pero su derecho le fue negado mediante resolución contra la cual el interpuso recurso de reposición y de apelación que fueron negados. Insistió que se había presentado ante CAJANAL para solicitar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional de la pensión gracia y este derecho le fue reconocido de manera inmediata, motivo por el cual no entiende porqué si cumple con todos los requisitos establecidos por los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, la entidad demandada sustentándose en el argumento de conformidad con el cual el causante al llenar en el año 2000 una ficha de pensionado se había abstenido de poner como beneficiario al peticionario.

- Manifiesta que la Corte Constitucional ordenó que las parejas del mismo sexo fueran incluidas en el ámbito de protección de la ley que regula la cobertura familiar en el sistema de pensiones y de salud y sostuvo que abstenerse de efectuar dicha inclusión constituía una vulneración de los principios de no discriminación, dignidad humana como expresión de la autonomía personal protegidos por la legislación nacional e internacional. La negación de la pensión en su caso constituye un desconocimiento del precedente constitucional así como del artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La dignidad como atributo de la persona y calidad esencial de la existencia no es algo contingente y se predica de todas las personas sin excepción. El juez *a quo* con su sentencia desconoció esta situación y se abstuvo de proteger sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna así como el derecho a la no discriminación. En este caso debe prevalecer la observancia del texto constitucional que irradia a todos los poderes públicos y en tal sentido vincula a las autoridades administrativas y judiciales. De esta manera el asunto en cuestión debe resolverse a su favor.

3.3.3. Segunda instancia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Risaralda.

Mediante providencia emitida el día 15 de julio de 2009, el juez *ad quem* resolvió confirmar la sentencia proferida por el *a quo*. Aportó los siguientes motivos en sustento de su providencia.

Concuerda con el *a quo* en que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección y considera que en el presente caso esa características cobra especial relevancia dado que existe controversia entre las partes acerca del derecho que le asiste al peticionario para el reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente. Resolver lo concerniente a este derecho es algo que le corresponde a la jurisdicción ordinaria y que no puede ser decidido por vía de acción tutelar.

4. Documentos aportados en sede de revisión.

4.1 Mediante documento allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 4 de noviembre las ciudadanas Marcela Sánchez Buitrago –Directora Ejecutiva de Colombia Diversa –, Ana María Méndez Jaramillo, Camila Soto Mouraille, Andrea

Camacho Rincón y los ciudadanos César Augusto Rodríguez Garavito y Mauricio Albarracín Caballero aportaron en calidad de *amicus curiae* elementos de reflexión para analizar los casos bajo examen²⁶.

4.2. En escrito presentado el día 6 de noviembre de 2009, el ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti y la ciudadana Giomar Angélica Aguilar González intervinieron en calidad de *Amicus Curiae* en las tutelas de la referencia. En su escrito de intervención hicieron un recuento de las fallas estructurales que presenta el trámite de pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo. Más adelante tendrá ocasión la Sala de referirse con mayor detalle a tales fallas²⁷.

En escritos allegados a la Sala Quinta de Revisión, Marcela Sánchez Buitrago en su calidad de Directora Ejecutiva de Colombia Diversa expone los motivos por los cuales los expedientes de la referencia deben tramitarse de manera conjunta y señala las razones con sustento en la cuales considera que en estos casos la acción de tutela procede por desconocimiento del derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo pues aún cuando la jurisprudencia les reconoce a estas parejas el derecho a acceder en igualdad de condiciones, en realidad se les exige una mayor carga probatoria que a las parejas heterosexuales así como se les pide cumplir exigencias y adelantar trámites adicionales – no previstos en la legislación– para acceder al derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión de los presentes casos, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número ocho de seis de agosto de 2009 que ordenó acumular entre sí los expedientes T-2.292.035 y T-2.338.046 para ser fallados en una sola sentencia, así como del auto de la Sala Quinta de Revisión que con el mismo fin aprobó la acumulación del expediente número T-2.386.935.

2. Aspectos relacionados con la protección de derechos fundamentales en sede de revisión.

Teniendo en cuenta los antecedentes referidos, para resolver los asuntos puestos a consideración de la Sala resulta necesario establecer si las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones desconocen el derecho de compañeros y compañeras permanentes homosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en igualdad de condiciones a las que se sujetan los compañeros permanentes heterosexuales así como su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo:

²⁶ Expediente de revisión a folios 102-155.

²⁷ Expediente de revisión a folios 249-259.

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente;

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual;

Cuando se abstienen de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con la excusa de que el compañero o compañera homosexual no ha llenado un requisito, no ha adelantado un trámite o no ha aportado una prueba cuyo cumplimiento sin embargo no es exigido por la legislación vigente.

3. Pasos para abordar y resolver los problemas jurídicos.

Para abordar y resolver los problemas jurídicos antes planteados, la Sala se referirá, primero, a la evolución jurisprudencial sobre la garantía de protección del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales. Acto seguido a la luz de lo determinado en la sentencia C-336 de 2008 examinará algunos de los principales obstáculos que se derivan en la práctica para el goce efectivo del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo. Con fundamento en lo anterior, decidirá los casos concretos.

4. Obstáculos que se derivan en la práctica para el goce efectivo del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de compañeros y compañeras permanentes homosexuales que implican desconocer su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y quebrantan su derecho constitucional a la igualdad.

4.1. En la sentencia C-336 de 2008²⁸, la Corte Constitucional reiteró la importancia de garantizar el goce efectivo de los derechos a las parejas homosexuales y estableció que

²⁸ En esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes", 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". Los demandantes estimaron que las normas acusadas desconocían los artículos: 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política y específicamente quebrantaban el deber "de atender a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales". En el escrito de demanda se hizo especial mención a la decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas *X contra Colombia* el día 14 de mayo de 2007. En dicha providencia, el Comité se pronunció respecto de la situación de un ciudadano colombiano a quien las autoridades negaron el derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pese a haber acreditado convivencia singular con el causante -su compañero permanente- y pese a haber demostrado que dependía económicamente del mismo. El Comité encontró que el Estado colombiano había quebrantado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "al negar al actor el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente sin aportar argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeras heterosexuales no casados era razonable

las normas demandadas que reconocían el derecho de las parejas heterosexuales a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente resultaban discriminatorias al privar de esa misma protección a las parejas homosexuales. Precisó la Corporación que si bien las parejas homosexuales no están excluidas en forma expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, si resultan de facto exceptuadas y por consiguiente para finalizar con ese trato discriminatorio es menester reconocer a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo el derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues *"no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual"*

4.2. Con todo, tanto las intervenciones efectuadas en sede de revisión como los casos puestos a consideración de la Sala en la presente ocasión, hacen patente los numerosos inconvenientes que impiden a las parejas homosexuales el pleno disfrute en la práctica de sus derechos. A partir del recuento fáctico expuesto en los antecedentes de la presente sentencia y de las pruebas allegadas al expediente en sede de Revisión, cabe destacar la tendencia de las autoridades administrativas y judiciales así como de los Fondos de Pensiones privados a imponer trámites, exigencias o pruebas inexistentes en la legislación con lo cual entorpecen, cuando no niegan de tajo, el acceso de las compañeras y compañeros permanentes de parejas homosexuales al efectivo disfrute de su derecho a acceder a la pensión de sobreviviente y quebrantan, de paso, el derecho de las personas homosexuales a la garantía del debido proceso administrativo.

4.3. El derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso en actuaciones administrativas está contemplado en el artículo 29 superior y ha sido protegido por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, por lo que al respecto existe ya una línea jurisprudencial bastante consolidada²⁹. Ha dicho la Corporación que esta garantía comprende un grupo de cautelas de orden sustantivo y de procedimiento sin presencia de las cuales no resultaría factible asegurar la vigencia del Estado social de derecho ni es posible proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas³⁰.

4.4. El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales así *"que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley"*³¹. Desde la

y objetiva". Para resolver los problemas jurídicos planteados la Corte dividió en dos partes sus consideraciones. En un primera parte, se pronunció sobre la situación de las personas homosexuales en el ordenamiento jurídico colombiano nacional e internacional y, en una segunda parte, abordó aspectos relacionados con el sentido, alcance y objetivo de la pensión de sobrevivientes.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-048 de 2008, T-828 de 2008; T-917 de 2008, T-653 de 2006; T-1308 de 2005; T-849 de 1999

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-828 de 2008

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2008. En aquella ocasión le correspondió a la sala de Revisión determinar si en el caso *sub judice* la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja, al abstenerse de levantar las medidas cautelares que recaían sobre bienes y derechos sucesorales del peticionario *"pese a existir proceso contencioso administrativo mediante el mandamiento de pago y la*

perspectiva antes señalada, este derecho no es más que una derivación del principio de legalidad con arreglo al cual *“ toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión ”* (artículos 4° y 122 C. P.)³². De este modo, las autoridades sólo podrán actuar en el marco establecido por el sistema normativo y, en tal sentido, todas las personas que se vean eventualmente afectadas conocerán de antemano los medios con que cuentan para controvertir las decisiones adoptadas y estarán informadas respecto del momento en que deben presentar sus alegaciones y ante cuál autoridad.

Los procesos administrativos deben, pues, cumplir con requerimientos de agilidad, rapidez y flexibilidad³³, para efectos de asegurar una eficaz y oportuna realización de la función pública cumpliendo estrictamente con el respeto por los derechos de la ciudadanía. De esta manera ha entendido la Corte que el procedimiento administrativo comprende:

*“ un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva. cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad ”*³⁴ (Énfasis añadido).

4.5. Ahora bien, a partir de las pruebas que reposan en los expedientes y de las allegadas en sede de revisión resulta factible constatar que en materia de garantía efectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo las autoridades administrativas y judiciales así como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen elevar un conjunto de obstáculos injustificados a la luz del ordenamiento constitucional. Esta práctica desconoce específicamente la previsión contemplada en el artículo 84 superior al tenor del cual *“ cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio ”*. De otro lado, es posible confirmar igualmente que, por lo general, las autoridades administrativas, judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones suelen abstenerse de aplicar el principio constitucional de buena fe, según el cual —como lo ordena el artículo 83 superior— *“ las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos*

decisión negativa a las excepciones ” había desconocido los derechos constitucionales fundamentales del actor y se procedía conferir la tutela como mecanismo transitorio para resolver un perjuicio irremediable. La Corte efectuó un conjunto de consideraciones muy importantes respecto de la importancia de respetar el debido proceso en las actuaciones administrativas y resolvió conceder el amparo invocado.

³² *Ibid.* Consultar asimismo Corte Constitucional, Sentencia T-982 de 2004.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

adelanten ante éstas". No obstante la claridad de esta disposición constitucional, en la práctica las entidades encargadas de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales fundamentales de las parejas homosexuales suelen suponer, sin que medie sustento fáctico alguno, que las parejas del mismo sexo buscan defraudar al sistema pensional

4.6. En suma: a partir de las pruebas allegadas al expediente puede decirse en general que las trabas administrativas más destacadas tienen que ver con la tendencia a abrir investigaciones adicionales –no previstas en la legislación– para recaudar pruebas no exigibles jurídicamente, entre ellas, por ejemplo, visitas domiciliarias; ratificación de solicitud bajo juramento por parte de las personas peticionarias; requerimiento de agotar el juicio sucesorio para determinar herederos así como la liquidación de la sociedad conyugal; exigencia de declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante; juicios de valor que traen como consecuencia la inaplicación de normas aplicables por motivos religiosos u morales; solicitud de agotar el proceso ordinario de unión marital de hecho ante la jurisdicción de familia. Entre los principales obstáculos de orden jurídico se encuentran, entonces: (i) aplicación de norma inaplicable; (ii) exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) interpretación contraria a la Constitución; (iv) aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; (v) inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad.

4.7. Para efectos de arrojar la mayor claridad posible sobre el carácter por entero injustificado de estas trabas que, dicho con diametral claridad, terminan por desconocer en general y de manera grave los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y a la garantía del debido proceso administrativo de las parejas del mismo sexo, estima la Sala indispensable destacar los siguientes aspectos: de un lado, la sentencia C-336 de 2008 constituye precedente constitucional con carácter *erga omnes*, esto es, de obligatorio e inexcusable cumplimiento. Las autoridades, de orden administrativo y judicial a la vez que los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones no pueden dejar de observar el precedente jurisprudencial y el mismo es aplicable incluso cuando la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C-336 de 2008. De lo contrario, incurrir en prevaricato por acción.

Sobre este extremo encuentra la Sala preciso acentuar el carácter vinculante que tienen las sentencias de constitucionalidad respecto de particulares y autoridades públicas. Para comprender mejor las consecuencias que se derivan a partir de la obligatoriedad de los fallos emitidos por la Corte Constitucional es necesario empezar por advertir que las sentencias constan de dos partes principales: la parte motiva y la parte resolutive. No existe discusión alguna sobre el carácter vinculante de la parte resolutive de las sentencias. En relación con la pregunta sobre si la parte motiva es también de obligatorio cumplimiento y, en dado caso, bajo qué alcance, se pronunció la sentencia T - 292 de 2006:

"(...) la respuesta a la pregunta inicial respecto a si la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, es afirmativa conforme a lo enunciado por esta Corporación y el legislador estatutario. Por consiguiente las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las

sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutoria de tales providencias, así como frente a los fundamentos que la misma Corte indique.^{35, 36}

Son dos los motivos principales que justifican tal conclusión: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas³⁷; y ii) la posición y misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta.

4.8. Hasta aquí queda pues claro que la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos *erga omnes* y vincula a todas las autoridades públicas sin excepción tanto como los particulares que se encuentran comprometidos con la prestación del servicio público de seguridad social en pensiones y debe ser observada en general por toda la ciudadanía sin excepción. Lo expuesto hasta este lugar adquiere aún mayor significación cuando se tiene en cuenta lo establecido recientemente por la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008³⁸.

Respecto de los efectos de providencias emitidas con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, manifestó la Corporación en

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006, consideración 16.

³⁷ Nótese además, que tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. En el caso del inciso 1º, se expresa claramente que son vinculantes las sentencias de constitucionalidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

³⁸ En aquella oportunidad le correspondió la Sala Plena de la Corporación pronunciarse sobre la demanda acumulada de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal." "Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años." Algunos de los actores alegaron que la disposición acusada desconocía el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales al igual que el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Otros sostuvieron que el artículo en cuestión desconocía el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000. La Corte precisó en aquella ocasión lo siguiente: "la pena asignada al delito de prevaricato por acción se incrementó en virtud de la Ley 890 de 2004, cuyo artículo pertinente reza "Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley." La Corte consideró que las dos demandas de inconstitucionalidad presentadas coincidían en formular el mismo cargo, esto es, que el artículo 413 del Código Penal que contiene "el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad." Según los demandantes, a partir de lo prescrito en el artículo acusado no resultaba factible "sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad."

aquella ocasión que de conformidad con lo expuesto por el artículo 243 Superior³⁹ "todas las autoridades públicas en Colombia (incluidas las autoridades judiciales), [debian] acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad". Ahora bien, no puede perderse de vista que como lo recordó la Corte Constitucional en la referida sentencia C-335 de 2008, "las disposiciones son simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados". Lo anterior significa que a partir de un mismo enunciado normativo pueden extraerse distintas normas, es decir, "mandatos, prohibiciones o permisiones".

En efecto, puede suceder que una disposición ofrezca un sentido unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto. Se presentaría prácticamente una identidad entre la disposición y norma derivada de ésta, quedando reducida al mínimo la actividad creadora del derecho por parte del juez. Otra situación se presenta cuando dado el elevado grado de indeterminación que ofrece una disposición constitucional o legal, "su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad". Tal es el caso de la referencia que se hace en la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 a lo dispuesto por la sentencia C-521 de 2007 para acreditar la permanencia de una relación trabada entre personas del mismo sexo.

Esta remisión ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional (sentencias T-1241 de 2008 y T-016 de 2010) al igual que varias Administradoras de los Fondos de Pensiones⁴⁰ han considerado que a la exigencia fijada en la sentencia C-521 de 2007 a la cual remite la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 debe dársele una interpretación restrictiva y con sustento en dicha interpretación han negado el derecho de las personas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente pues al haber muerto uno de los compañeros permanentes, es imposible cumplir con la exigencia de conformidad con la cual ambos compañeros o compañeras permanentes deben acudir ante notario para acreditar la permanencia y singularidad de su relación.

Encuentra la Sala que frente a esta interpretación restrictiva que impone a las parejas homosexuales una carga imposible de cumplir, pues muerto uno de los compañeros o una de las compañeras no es factible que la pareja acuda simultáneamente a la notaría a acreditar la permanencia y singularidad de la unión, existe otra posibilidad de interpretación más compatible con las circunstancias que dan lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y más acorde con lo dispuesto por la Constitución y por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos así como con las Recomendaciones 112 y 113 que frente a Colombia emitiera el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁴¹.

³⁹ "ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

⁴⁰ Cfr., la interpretación efectuada por las Administradoras de los Fondos de Pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR. Expediente de Revisión a folios 74-75 y 152-155.

⁴¹ Cfr., los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales. Expediente de Revisión a folio 192.

En concordancia con lo anterior, la Dirección del Instituto Colombiano de Seguros Sociales establece que *"para dar aplicación a la sentencia C-336 de 2008, que remite a la acreditación de la condición de pareja permanente del mismo sexo conforme a los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante la autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la (sic) buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a la cual no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento de la muerte respecto de uno de ellos"⁴². (Subrayas añadidas).*

Así, por los motivos que tendrá ocasión la Corte de exponer más adelante, y bajo aplicación del principio de interpretación *pro homine* se apartará de lo decidido por las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en las sentencias T-1241 de 2008 y en la sentencia T-016 de 2010 y acogerá la interpretación efectuada por la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no sin antes aportar las razones de la decisión.

A juicio de esta Sala Segunda de Revisión, debe existir completa claridad acerca de que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante. En la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 estableció la Corte:

"Declarar EXEQUIBLES las expresiones *"la compañera o compañero permanente"*; *"la compañera o compañero permanente"*; *"la compañera permanente"*; *"compañero o compañera permanente"*; *"una compañera o compañero permanente"*; *"la compañera o compañero permanente"*; *"compañero o compañera permanente"*, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones *"el cónyuge o la compañera o compañero permanente"*; *"la compañera o compañero permanente"*; *"un compañero o compañera permanente"*; *"una compañera o compañero permanente"*; *"la compañera o compañero permanente"*; *"compañero o compañera permanente"* y *"compañero o compañera permanente"*, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales".

Cierto es que la exigencia establecida por la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 es que la condición de pareja permanente sea acreditada en los términos establecidos por la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales⁴³. Encuentra la Sala que

⁴² Ibid.

⁴³ En la sentencia C-521 de 2007, le correspondió establecer a la Corte "si la expresión *"cuya unión sea superior a 2 años"*, perteneciente al artículo 163 de la Ley 100 de 1993, desconoce la dignidad humana y los derechos a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, seguridad social, salud, lo mismo que a la protección integral de la familia, al impedir el acceso como beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud a los compañeros (as) permanentes del afiliado, cuando aquellos no hayan cumplido con la condición temporal prevista en la norma. La referida providencia declaró la inexecutable del contenido normativo

la remisión hecha por la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 a la sentencia C-521 de 2007 en el sentido de exigir como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por los dos integrantes de la pareja del mismo sexo, fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes. En otras palabras: resulta evidente que tal previsión fue establecida en relación con la afiliación a la seguridad social en salud de compañeros y compañeras permanentes.

En el caso de la pensión de sobreviviente, es claro para la Sala –y en eso comparte la interpretación efectuada por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales –, que las circunstancias y supuestos de hecho son distintos y exigen que el sentido y alcance de lo establecido en la sentencia C-521 de 2007 se ajuste a los supuestos de hecho que rodean el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, instituto cuya aplicación tiene lugar precisamente cuando acontece la muerte de uno de los compañeros permanentes. De lo contrario, se impone una carga probatoria imposible de cumplir por cuanto suele ocurrir –y esto sucede tanto respecto de parejas homosexuales como de parejas heterosexuales– que uno de los compañeros permanentes muere sin que haya podido la pareja acudir ante notario para acreditar la unión.

4.9. En este lugar vale la pena recordar que mediante Auto 163 de julio 9 de 2008 la Corte Constitucional rechazó la posibilidad de aclarar la sentencia C-336 de 2008. No obstante lo anterior, al momento de aportar los motivos del rechazo, la Corte expresó entre otras lo siguiente:

“...contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equívoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la Sentencia C-521 de 2007 y en ésta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario; en la Sentencia C-521 de 2007, se dijo: (subrayas añadidas)

La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”.

4.10. En este orden, la interpretación de conformidad con la cual la sentencia C-336 de 2008 exige como requisito *sine qua non* para que las personas del mismo sexo accedan al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el que los integrantes de la pareja hayan acudido simultáneamente ante Notario para probar la condición de compañero o compañera permanente, carece de sustento jurídico alguno y apoyarse en tal

del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, según el cual la cobertura familiar del plan obligatorio de salud, se brinda entre otros al (la) compañero(a) permanente del afiliado, cuando dicha unión supere los dos (2) años de duración. El sentido de la inexequibilidad en mención consistió en excluir del ordenamiento jurídico el requisito de que los compañeros permanentes deban acreditar mínimo dos (2) años de convivencia, para acceder a la calidad de beneficiarios en salud.

interpretación desencadena un trato discriminatorio injustificado que conlleva al desconocimiento de pruebas pertinentes y conducentes, como lo es, a todas luces, la declaración extraprocésal de terceras personas ante notario.

La interpretación restrictiva de la que suelen partir las autoridades judiciales tanto como las Administradoras de los Fondos de Pensiones, desconoce por entero el mandato de igual trato consignado en el artículo 13 superior que busca asegurar que la ley no regulará de forma diferente “*la situación de personas que deberían ser tratadas igual*”⁴⁴ ni que regulará “*de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente*”⁴⁵. El mandato de trato igualitario plasmado en el artículo 13 superior, persigue que todas las personas reciban, en efecto, igual protección, algo que ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato pueden garantizar por sí mismas. Ello se obtiene únicamente en la medida en que se efectúen distinciones protectivas, esto es, en que se proteja a las personas de forma diferente. Este desarrollo de la igualdad propende porque todas las personas gocen efectivamente de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Tiene una connotación sustantiva pues “*parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual*”⁴⁶; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, corresponde al Estado adoptar “*acciones para garantizar la igual protección*”⁴⁷.

4.11. Para el asunto bajo examen estas previsiones contenidas en el artículo 13 superior cumplen un papel de especial importancia. De un lado, exigen tener claridad sobre la posible existencia de grupos discriminados —en el caso que ocupa la atención de la Sala, las personas homosexuales quienes ante una interpretación restrictiva de lo consignado en la sentencia C-336 de 2008 se verán imposibilitadas de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente pues, como antes se dijo, la exigencia que en materia de afiliación a salud es razonable y justificada, en materia de reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente se torna desproporcionada e injustificada e implica admitir un trato discriminado pues al compañero o a la compañera permanente heterosexual no se le exige dicha prueba⁴⁸.

4.12. En vista de lo anterior, debe la Sala precisar que la interpretación restrictiva de lo establecido en la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 no se apoya en razones

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ En la sentencia T-10019 de 2007 se pronunció la Corte de la siguiente manera en relación con la prueba de convivencia de compañeros permanentes heterosexuales: “La conclusión de esta Corporación acerca de que para obtener el derecho a la pensión de sobrevivientes lo que se requiere fundamentalmente es demostrar la convivencia afectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte se deriva, entonces, de dos premisas: por un lado, de la norma constitucional que define que la familia se puede crear por vínculos naturales o jurídicos y que sus dos modalidades de creación merecen idéntica protección, y, por el otro, del objetivo que persigue la pensión de sobrevivientes, cual es el garantizarle al cónyuge o compañero superviviente los recursos necesarios para mantener un nivel de vida similar al que tenía antes de la muerte del conviviente que gozaba de una pensión. Así, de lo que se trata en el momento de decidir acerca de una solicitud de sustitución pensional es de observar la situación real de vida en común de dos personas, dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían exigirse. Cfr. Sentencia T-190 de 2003

objetivas ni justificadas desde el punto de vista constitucional y, por el contrario, al haberse convertido en una práctica reiterada tanto por parte de autoridades administrativas y judiciales como por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones, incide de modo negativo en el goce efectivo del derecho de las parejas del mismo sexo a acceder, bajo las mismas condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales, al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. En vista de lo anterior, encuentra la Sala imprescindible adoptar en la parte resolutive de la presente sentencia medidas para evitar que esta circunstancia se repita.

A la luz de las consideraciones efectuadas en precedencia, la Sala procederá a solucionar los casos concretos.

5. La subsidiariedad en cuanto requisito para la procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. La Corte Constitucional de manera reiterada ha manifestado que la tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en atención a que está concebida como un mecanismo judicial previsto ante la inexistencia de mecanismos procesales para el amparo integral del objeto de protección⁴⁹.

5.2. Con todo, cuando abstenerse de conceder el amparo solicitado trae como consecuencia un perjuicio irremediable, entonces, es factible acudir a la acción de tutela. En tal eventualidad, el amparo puede conferirse de dos maneras. De una parte, *“en su modalidad transitoria, para dar lugar a órdenes de inmediato cumplimiento que permitan contrarrestar dicho efecto, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo”*. De otra, como un mecanismo judicial supletorio de los mecanismos ordinarios, si se comprueba: (i) que los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos o eficaces para asegurar la protección invocada, o (ii) que no conceder el amparo por vía tutelar significaría afectar de manera profunda las condiciones existenciales de quien solicita el amparo; o terminaría por conculcar su derecho al mínimo vital e impediría a quien solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales gozar de una vida en condiciones mínimas de calidad y de dignidad.

5.3. Otras consideraciones pertinentes en estos casos serán, por ejemplo, *la condición de sujeto de especial protección, y el deber de amparo que, de acuerdo con el art. 46 de la Constitución, surge para el Estado, la sociedad y la familia respecto de los sujetos en esta condición, el cual resulta incompatible con el tiempo de respuesta de los medios ordinarios dentro del sistema jurídico, el que resulta excesivo si se tiene en cuenta que se resuelven casos de personas que no cuentan con otra fuente de ingresos económicos”⁵⁰*.

6. La subsidiariedad en los casos concretos

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-432 de 2002, T-408 de 2002, SU-646 de 1999, T-632 de 2004.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 2009.

6.1. Tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente ha dicho la Corporación que la tutela es inicialmente improcedente⁵¹, pues no puede reemplazar a las acciones laborales configuradas por el Legislador para resolver asuntos litigiosos y tales controversias deben ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria laboral⁵². En breve, la tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial que garanticen de modo efectivo la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

No obstante, en el asunto bajo examen se presentan circunstancias especiales que deben ser tenidas en cuenta por la Sala Segunda de Revisión para establecer la procedencia del amparo tutelar. En primer lugar, resulta preciso distinguir entre la protección de los derechos constitucionales fundamentales y las consecuencias prácticas que se derivan de esa protección en los casos bajo análisis, a saber, el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. Entiende la Sala, que en los asuntos puestos a su consideración las entidades demandadas y los jueces de tutela le confirieron especial atención al segundo aspecto y dejaron por entero desatendido el primero y más importante: la protección de los derechos constitucionales a la garantía del debido proceso administrativo y el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales.

6.2. Con sustento en las consideraciones realizadas en precedencia, estima la Sala que la cuestión principal radica aquí en establecer si las entidades demandadas y los jueces de instancia quebrantaron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales: (i) al abstenerse de aplicar la sentencia C-336 de 2008 alegando que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente fue anterior al fallo emitido por la Corte Constitucional –Expediente T-2.299.859–; (ii) al supeditar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a una carga probatoria imposible de observar –Expedientes T-2.292.035 y T-2.299.859– o al exigir el cumplimiento de exigencias no previstas en la legislación –Expediente T-2.386.935–.

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 2009; T-177 de 2008. En esta última recordó la Corporación: “Teniendo en cuenta tal disposición y en tratándose de la solicitud del reconocimiento y pago de un derecho pensional, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela resulta, por regla general, improcedente para resolver cuestiones de esta índole toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones ordinarias laborales concebidas por el Legislador para resolver asuntos de carácter litigioso. De tal suerte que la existencia y disposición de otros medios de defensa judiciales como escenarios pertinentes para ventilar tanto las diversas controversias de índole económica como para desplegar ampliamente las diferentes garantías de orden procesal encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen, permiten suponer que, en principio, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones”.

⁵² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2008 y T-404 de 2009. Ahora bien, como lo ha explicado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, puede acudir directamente al amparo tutelar cuando se presentan las siguientes eventualidades: (i) se han agotado los mecanismos de defensa ordinarios; (ii) no existen mecanismos de defensa ordinarios; (iii) se comprueba que los mecanismos de defensa ordinarios son ineficaces; o (iv) se establece que el no conferir el amparo por vía tutelar produce un perjuicio irremediable.

6.3. Como se vio en los antecedentes, los hechos en los tres expedientes acumulados son similares. Los peticionarios son personas homosexuales que solicitaron su pensión de sobreviviente por la muerte de su compañero permanente y ese derecho les fue negado. En las tres eventualidades se aporta declaración extrajudicial ante notario que acredita respectivamente una convivencia de once (11), siete (7) y treinta y cuatro (34) años con el compañero permanente difunto. No obstante, dado el hecho irreversible de la muerte, en los tres asuntos se presenta Declaración Notarial Extraprocesal de terceros.

6.3.1. En el primer caso –Expediente T-2 292 035–, la entidad demandada admite que la Corte Constitucional mediante sus desarrollos jurisprudenciales ha reconocido el derecho de las parejas homosexuales a acceder en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. No obstante, alega la entidad demandada que el peticionario no acudió junto con su compañero permanente ante notario para hacer constar la voluntad de conformar una unión permanente y singular en los términos señalados por la sentencia C-521 de 2007 y por la sentencia C-336 de 2008.

La Sala Segunda de Revisión verificó que si bien es cierto el peticionario no aportó al proceso de tutela declaración ante notario realizada en conjunto con su compañero permanente, presentó copia del Acta Notarial que contiene sendas declaraciones extrajudiciales por parte de E y Y quienes aseguraron, bajo la gravedad de juramento, que les constaba que el peticionario había convivido por espacio de once años con su compañero permanente⁵³.

Adicionalmente, comprobó la Sala que al peticionario le fue diagnosticado VIH en 1998⁵⁴ y verificó, con sustento en documentación allegada al expediente⁵⁵, que en vista de su precaria situación de salud, el actor demanda atención médica frecuente, principalmente, desde mayo de 2008. La entidad demandada informa, adicionalmente, que se presentó la hermana de 72 años del causante quien afirma haber dependido económicamente de él. Por último, insiste en que el demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar su derecho.

No obstante lo anterior, el *a quo* niega por improcedente la acción. Considera que existen mecanismos ordinarios de protección. Impugnado el fallo del *a quo*, el *ad quem* reconoce que el actor aporta dentro del trámite de la impugnación prueba de que padece SIDA. Empero, confirma la improcedencia de la acción.

6.3.2. En el segundo caso –Expediente T-2.299 859–, la entidad demandada señala que luego de la muerte del causante el peticionario y también los padres del fallecido se presentaron para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva. Indica, de igual modo, que estudiado el expediente del tutelante constató la NO condición de beneficiarios de los padres. Reconoce que el peticionario aportó como prueba de la convivencia una declaración extraprocesal juramentada. Acentúa, sin embargo, que la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente fue presentada por el peticionario el día 29 de mayo de 2007, esto es, en fecha anterior al momento en que la

⁵³ Expediente, cuaderno 1 folio 108.

⁵⁴ Expediente, cuaderno 1 folio 81.

⁵⁵ Expediente, cuaderno 1 folios 82-100

Corte Constitucional mediante sentencia C-336 de 2008 se pronunció sobre *"el derecho pensional que les puede asistir a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañero o compañera permanente previa comprobación de tal condición"*. Expone que, por ese motivo negó la solicitud, pues al momento de ser elevada la petición todavía no existía obligación de reconocer prestaciones económicas a las parejas homosexuales. Insiste que los fallos de la Corte tienen efectos hacia el futuro. Enfatiza, que tampoco resulta posible aplicar el principio de favorabilidad consignado en el artículo 53 superior por cuanto la única ley que regula el asunto es la Ley 100 de 1993. Por último, insiste en el carácter subsidiario de la tutela y en la improcedibilidad de la misma para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

La Sala Segunda de Revisión verificó que el peticionario presentó Declaración Juramentada con Fines Extraprocesales. Por medio de esta Declaración, la ciudadana D y el ciudadano H aseguraron que conocían de vista, trato y comunicación al actor y que en virtud de ese conocimiento les constaba que había iniciado relación de pareja de modo singular, permanente y continuo con el causante⁵⁶. Allí también se consigna que dicha convivencia se había iniciado en mayo de 2001 y se había extendido hasta el 29 de mayo de 2007 fecha de la muerte del causante.

Sin embargo, la jueza *a quo* declara improcedente la acción. En las consideraciones de su fallo subraya que la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2008 ha hecho una precisión, a saber, que la condición de compañero o compañera permanente debía ser probada *"mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto"*. Estima que el actor no acredita condición de indefensión.

En el escrito de impugnación, el peticionario afirma que el no reconocimiento de su derecho trae como consecuencia la pérdida del equilibrio económico que había alcanzado con el causante y subraya el carácter discriminatorio que adquiere el no reconocer el derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, en especial, respecto de una población como la homosexual que históricamente ha sido víctima de marginalización y estigmatización. Insiste en la importancia de aplicar la presunción de buena fe y resalta que si –como sucedió en su caso– el peticionario afirmó y manifestó la necesidad de acceder a este derecho, *"mal haría el juez en desconocer dicha necesidad presumiendo que no existe"*. Destaca que el juez de tutela le está exigiendo una mayor carga probatoria de la que acorde a la legislación vigente le corresponde en detrimento de su derecho a la igualdad.

El juez *ad quem* resuelve modificar el fallo impugnado en el sentido de considerar que la tutela sí resulta procedente. Estima, sin embargo, que en el presente asunto el actor se abstuvo de cumplir con los requisitos exigidos por la sentencia C-336 de 2008 *"la declaración juramentada de las dos personas que conformaban la relación, requisito indispensable para acreditar la condición de compañero permanente, de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-336 de 2008"*.

⁵⁶ Expediente, tomo I, folio 77.

6.3.3. En el tercer caso –Expediente T-2.386.935–, la entidad demandada admite que el peticionario presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente. A renglón seguido, expone cuáles son los requisitos que se exigen para tales efectos y de inmediato aporta como argumento para rechazar la solicitud del demandante el que en el año 2000 –al llenar una ficha para facilitar los trámites administrativos del pago de la pensión–, el causante no incluyó como beneficiario al demandante. Sobre este punto, es de anotar que el diligenciamiento de la ficha no está previsto por la legislación vigente como requisito para solicitar la pensión de sobreviviente. Es más, cuando se revisan los requisitos allegados por la misma entidad demandada, entre ellos no se incluye haber diligenciado ficha alguna.

La Sala Segunda de Revisión constató que el peticionario presentó Declaración Notarial Extraprocesal mediante la cual el ciudadano N declaró bajo la gravedad de juramento conocer desde siempre al causante pues era su hermano y manifestó que le constaba la convivencia en unión marital de hecho compartiendo techo y mesa en forma ininterrumpida con el peticionario durante 34 años y hasta el día de su fallecimiento. Indicó asimismo que su hermano había fallecido sin dejar hijos legítimos, que había dejado un hijo extramatrimonial mayor de edad de aproximadamente 56 años y no había dejado hijos adoptivos ni por reconocer.

A pesar de lo anterior, tanto el *o quo* como el *ad quem* niegan la tutela por improcedente. Consideran que hallándose bajo controversia el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del demandante y al no haber acreditado éste las condiciones para el amparo transitorio, puede acudir a la vía ordinaria. En el escrito de impugnación recuerda el demandante que la Corte Constitucional ordenó que las parejas del mismo sexo fueran incluidas en el ámbito de protección de la ley que regula la cobertura familiar en el sistema de pensiones y de salud e insistió en que abstenerse de efectuar dicha inclusión constituía una vulneración de los principios de no discriminación y de dignidad humana en cuanto expresiones de la autonomía personal protegidos por la legislación nacional e internacional.

6.4. Como se deriva de lo hasta aquí expuesto, en los tres asuntos bajo examen tanto las entidades demandadas como los jueces de tutela se sustentan en excusas inadmisibles si se miran bajo la óptica de los preceptos constitucionales así como bajo los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad. Arriba se expuso, que las sentencias de constitucionalidad son vinculantes y de obligatorio cumplimiento dado el carácter *erga omnes* que las informa e impregna. Así mismo, en las consideraciones de la presente sentencia se aportaron los motivos por los cuales se sostiene en esta sede que interpretar la exigencia contenida en la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 de una manera restrictiva implica imponerles a las parejas homosexuales una carga desproporcionada y arbitraria que nace con las provisiones contenidas en el artículo 13 superior y quebranta el derecho a la garantía del debido proceso administrativo establecida en el artículo 29 de la Constitución Política.

6.5. En las consideraciones de la presente sentencia se enfatizó igualmente la prohibición de fijar requisitos, exigir que se adelanten trámites o se aporten pruebas no previstas en la legislación vigente como sucedió en el tercer caso, cuando a pesar de que la entidad demandada en el escrito de respuesta a la tutela incluye una lista en la que se encuentran

los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, a renglón seguido resuelve la entidad negarse a reconocer el derecho invocado bajo el pretexto de que el causante en el año 2000, al diligenciar una ficha para agilizar el procedimiento de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, no había incluido como beneficiario a su compañero permanente. Ahora bien, el diligenciamiento de la ficha tal como aparece en la respuesta al escrito de tutela que presenta la entidad demandada, no forma parte de los requisitos que exige la legislación e implica desconocer por entero lo establecido en el artículo 84 superior que reza: *"cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio"*.

6.6. De otra parte, no puede perder de vista la Sala que en todos los tres casos fue factible constatar la falta de aplicación del principio de buena fe. En las tres eventualidades no se da crédito a las afirmaciones hechas por los peticionarios cuando afirman haber mantenido una relación permanente y singular con sus compañeros permanentes – afirmación que desde luego acreditan como se indicó aportando declaración notarial extraprocesal–, o cuando refieren su situación de dependencia económica y exteriorizan la necesidad de que se les confiera el amparo tutelar. Sorprende que ni las entidades demandadas ni los jueces de tutela tengan conciencia de la situación de exclusión y de discriminación en que históricamente se han hallado las personas homosexuales hasta el punto de imponerles exigencias que, dada esa situación, significa dejarlas por entero desprotegidas o reducir considerablemente la protección de sus derechos.

6.7. En suma, encuentra la Sala que si se analizan los casos bajo examen a la luz de las consideraciones efectuadas en la presente sentencia resulta evidente el desconocimiento en los tres casos del derecho a la garantía del debido proceso administrativo a la par que la vulneración de su derecho a acceder al pago y reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en las que lo hacen las parejas heterosexuales.

Puesto de otra manera las entidades demandadas y los jueces de tutela desconocieron los derechos constitucionales fundamentales de los peticionarios, en especial, su derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo y su derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes en igualdad de condiciones en que se reconoce este derecho a los compañeros permanentes heterosexuales:

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos bajo el argumento según el cual la única forma que tienen los integrantes de parejas permanentes del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes es demostrando la existencia de una declaración ante notario de ambos miembros de la pareja, contentiva de su voluntad de conformar una pareja singular y permanente –Expedientes T-2.292.035 y T-2.299.859–;

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con el pretexto de que la sentencia C-336 de 2008 fue proferida luego de haber sido elevada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por parte del compañero o compañera homosexual –Expediente T-2.299.859–;

al abstenerse de garantizar el goce efectivo de dichos derechos con la excusa de que el compañero o compañera homosexual no ha llenado un requisito, no ha adelantado un trámite o no ha aportado una prueba cuyo cumplimiento sin embargo no es exigido por la legislación vigente –Expediente T-2.386.935–.

6.8. Por los motivos antes expresados, la Sala concederá el amparo invocado y ordenará a las entidades demandadas que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de la presente providencia reconozcan y paguen la pensión de sobreviviente de los peticionarios.

A la luz de lo plasmado en el artículo 13 de la Constitución Política, no resulta suficiente saber que el derecho se protegió de modo diferente en dos situaciones en las que se ha debido proteger de la misma forma o si al ampararse el derecho se establecen distinciones razonables. Se exige establecer que la protección conferida sea igual para quienes necesitan la misma protección. Entonces, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución, las diferenciaciones por razón del género, y de cualquier otro referente como la raza, la condición, la opinión política o filosófica, la orientación o identidad sexual están terminantemente proscritas –prohibición de discriminación directa– a menos que se utilicen estas pautas para promover la igualdad de personas usualmente marginadas o discriminadas, esto es, acciones afirmativas.

6.9. Son suficientes las anteriores consideraciones para justificar que las autoridades estatales adopten medidas afirmativas encaminadas a lograr el goce o disfrute efectivo de los derechos de la población discriminada o puesta en condiciones de indefensión como lo es la población homosexual, la cual, históricamente ha sido víctima de prejuicios, marginalización y discriminación. De otra parte, existe un precedente constitucional consolidado según el cual en circunstancias donde el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales es persistente y las autoridades competentes se muestran reacias a garantizar el goce efectivo de los derechos, puede la Corte modular los efectos de sus sentencias y emitir órdenes protectoras de los derechos constitucionales fundamentales con efectos *inter pares* o *intercomunis*⁵¹ e incluso decretar el *estado de cosas inconstitucional*⁵².

6.10. La situación de los peticionarios en los casos puestos bajo consideración de la Sala, es la misma de muchas personas homosexuales que tienen derecho a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en iguales condiciones a las parejas heterosexuales pero por obstáculos injustificados se ven impedidas a ello. Justo por ese motivo, procederá la Corte a dictar un grupo de órdenes con efectos *intercomunis*, es decir, las órdenes que proferirá la Sala en esta sede se harán extensivas a todas las personas homosexuales que –encontrándose en las mismas o en similares situaciones a las que se hallan los peticionarios de las tutelas de la referencia– pretendan hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales.

⁵¹ En este sentido se han pronunciado distintas Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional. Cf. Corte Constitucional, Sentencia T-1258 de 2008 (derechos de personas de talla baja), T-294 de 2009 (derechos de los recicladores de la ciudad de Cali); T-473 de 2009 (derecho a la educación de los niños con discapacidad en Barrancabermeja); T-294 de 2009 (derecho a la educación de niños con talentos especiales en Cundinamarca); T-113 de 2009 (servicio militar obligatorio e indígenas); T-1223 de 2008 (pago de licencias de maternidad); T-1037 de 2008 (acciones ilegales de inteligencia contra periodistas y defensores de derechos humanos), entre las más destacadas.

⁵² Sobre el particular consultar Corte Constitucional Auto 071 de 2001, Corte Constitucional, Sentencias SU-519 de 1997, SU-623 de 2001; SU-484 de 2008; T-1258 de 2008; SU 559 de 1997; SU 090 de 2000; T-025 de 2004, entre muchas otras.

6.11. En consecuencia, dado que la Administración de Justicia tiene como propósito la promoción y protección de los derechos de la ciudadanía, esta providencia será parte del proceso necesario para remover las cargas excesivas e injustificadas que les han sido impuestas a las compañeras y compañeros permanentes homosexuales para acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente por parte de los Fondos de Pensiones como de las autoridades administrativas y judiciales.

6.12. Para la Sala las órdenes que emitirá en la presente providencia deben entenderse también como concretización de las Recomendaciones 112 y 113 emitidas por la Consejo de Derechos Humanos de la ONU frente al Estado colombiano. De este modo, contribuye a avanzar en la garantía efectiva de los derechos de las personas LTGB (Recomendación 112) y participa de manera activa en el esfuerzo por derribar los prejuicios sociales frente a las personas lesbianas gays, bisexuales y transgeneristas (personas LGTB) así como en la defensa del “*principio de igualdad y no discriminación, independientemente de la orientación sexual o identidad de género*”, tal como lo ordena la Recomendación 113.

6.13. Bajo las premisas desarrolladas hasta este lugar, la Sala Segunda de Revisión dictará las siguientes órdenes. Primero, en los tres casos, resolverá conferir el amparo invocado y exigirá a las entidades demandadas que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente providencia, procedan a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios. En segundo lugar, esta decisión tendrá efectos *inter comunitis*, por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por: (i) el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 15 de abril de 2009 que confirmó la decisión negativa del Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009. Accionante: A. Expediente: T-2.292.035; (ii) el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá de 22 de abril de 2009, que modificó el fallo impugnado ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de Bogotá de marzo dos de 2009 que declaró la improcedencia de la acción de tutela y en su lugar negó el amparo incoado. Accionante: B. Expediente: T-2.299.859; (iii) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil-Familia de julio 15 de 2009 que confirma la sentencia proferida el día 4 de junio de 2009 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira. Accionante: C. Expediente: T-2.386.935.

Segundo.- CONCEDER el amparo invocado por los peticionarios: A Expediente: T-2.292.035; B. Expediente: T-2.299.859; C. Expediente: T-2.386.935, de conformidad con las consideraciones realizadas en la presente sentencia y **ORDENAR** a las entidades demandadas en los procesos de la referencia que, de no haberlo hecho ya, dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta providencia procedan a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes de los peticionarios bajo los mismos requisitos que se les exigen a compañeros y compañeras permanentes heterosexuales. Esta decisión tendrá efectos *inter comunis*, por lo que se hará extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente bajo el supuesto antes indicado. Oficiese.

Tercero.- VINCULAR a la Defensoría del Pueblo, para que dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales vigile el cumplimiento de esta sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Así mismo, **ORDENAR** a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conociere de este proceso para que adopten las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de los peticionarios, de sus compañeros permanentes fallecidos como de las personas que rindieron declaración extraprocesal ante notario.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO A LA
SENTENCIA T-051 del 2 de febrero de 2010**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Caso
en que existe contradicción entre los lineamientos fijados por la Corte
Constitucional y la posición asumida en el presente fallo para acceder a la pensión
de sobrevivientes (Salvamento de voto)

Para el suscrito, se evidencia una clara contradicción entre la jurisprudencia que hasta la fecha había sido fijada por la Corporación en las Sentencias C-521 de 2007, C-336 de 2008, T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, y la posición asumida en el fallo del que me aparto. En efecto, mientras en la jurisprudencia sentada en tales fallos se sostiene que para acceder a la pensión de sobreviviente, las parejas del mismo sexo deben acreditar tal condición, mediante declaración ante notario donde los dos miembros de la pareja expresen la voluntad de conformar una familia de manera permanente, en la sentencia bajo análisis se sostiene que se trata de una prueba imposible que no puede exigirse para acceder a tal derecho. De igual manera, mientras en algunos de los citados fallos se considera que el derecho a la pensión de sobreviviente para parejas del mismo sexo es jurídicamente exigible a partir de la fecha en que fue proferida la Sentencia C-336 de 2008, en la decisión de la referencia se considera que el derecho pensional puede reclamarse incluso respecto de situaciones consolidadas con anterioridad a dicho fallo. También en el tema de la procedibilidad del amparo constitucional se presenta contradicción, pues aun cuando la jurisprudencia atendiendo al carácter subsidiario de la tutela, impone un análisis fáctico de la situación particular para determinar si hay lugar al reconocimiento de la prestación vía tutela, en la sentencia que no comparto se hace total abstracción de tal análisis.

Expedientes T-2.292.035, T-2.299.859 y T-2.386.935 (acumulados).

Acción de tutela instaurada por A, B, C contra EDATEL S.A.; Fondo de Pensiones BBVA y otro; y Gobernación de Risaralda.

Magistrado Ponente:
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito presentar las razones que me llevaron a salvar el voto en el asunto de la referencia.

Mi discrepancia con la decisión mayoritaria en este caso, radica en el alcance que se le pretende reconocer al derecho a la pensión de sobreviviente entre parejas de un mismo sexo, el cual, a mi juicio, contradice abiertamente la línea jurisprudencia sobre la materia, sentada previamente por la Corte Constitucional en las Sentencias T-1241 de 2008 y T-

911 de 2009, a su vez proferidas en acatamiento a lo decidido por la misma Corporación en las sentencias de constitucionalidad C-521 de 2007 y C-336 de 2008.

1. Inicio por recordar que esta Corporación, en la Sentencia C-336 de 2008, al declarar la exequibilidad condicionada de algunas expresiones de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, tal como los mismos fueron modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, le reconoció a las parejas del mismo sexo el derecho a ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes. Adujo la Corporación en dicha oportunidad que, a la luz de la Constitución Política, *'no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales'*.

En concordancia con la idea de procurar el mismo trato ante la ley, en el citado fallo, la Corte precisó que, para hacerse acreedora a dicha prestación, las parejas del mismo sexo deben demostrar la convivencia permanente y afectiva, tal como ocurre en el caso de las parejas heterosexuales, a través de la declaración de unión marital de hecho ante notario, firmada por los dos integrantes de la pareja. Para tales efectos, la Corte se remitió a lo decidido en la Sentencia C-521 de 2007, en la que, al pronunciarse sobre la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de los compañeros y compañeras permanentes, ya la Corporación había dejado sentada la posición según la cual, *"[l]a condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico"*.

Sobre este particular, se dijo en la Sentencia C-336 de 2008, lo siguiente:

"8.1. En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

8.2. Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-521 de 2007, para todos los efectos se entenderá que lo dicho ante el notario es cierto y es expresado bajo juramento; de esta manera, los integrantes de la pareja asumen las consecuencias

judiciales y administrativas derivadas del fraude, la falsedad o la ausencia de veracidad en sus declaraciones". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En los términos citados, conforme a lo decidido por la Corte en la Sentencia C-336 de 2008, las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobreviviente, ante la eventualidad de la muerte de uno de sus miembros, siempre y cuando tal condición sea acreditada previamente mediante declaración ante notario, en la que se evidencie la existencia de una comunidad de vida permanente y singular, actuación a la que deben concurrir quienes integran la pareja.

A partir de lo anterior, por vía de acción de tutela y en sede de Revisión eventual, esta Corporación ha tenido oportunidad de conocer y decidir sobre situaciones particulares y concretas relacionadas con el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo, precisando aspectos relacionados con las condiciones bajo las cuales puede accederse al reconocimiento de la citada prestación, y con los requisitos de procedibilidad que han de tenerse en cuenta para que pueda ordenarse tal reconocimiento a través de la acción de tutela.

Así, en las Sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, la Corte se pronunció sobre el tema, reafirmando el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviente, y reiterando a su vez que para acreditar el vínculo debe existir, al menos, una declaración juramentada ante notario, pues la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de demostrar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente. Con respecto a dicha prueba, en uno de los citados fallos, concretamente en la Sentencia T-911 de 2009, la Corte aclaró que: *"este requisito no implica para los compañeros homosexuales una exigencia irrazonable o desproporcionada, sino por el contrario una carga racional y justificada, de las que normalmente demanda el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio de los derechos"*

También se dijo en los mencionados fallos, que el derecho a reclamar la pensión de sobreviviente en favor de las parejas del mismo sexo, en cuanto éste se deriva directamente de la decisión adoptada por la Corte en la Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008, sólo es jurídicamente exigible a partir de la fecha en que fue adoptada la decisión y no antes, dado que la Corte no le fijó a la sentencia un efecto especial, en particular, no le reconoció efectos retroactivos. En este sentido, se aclaró que no hay lugar al reconocimiento de la prestación frente a situaciones consolidadas antes del pronunciamiento de la Corte, esto es, cuando el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja y la solicitud se producen antes de proferido el citado fallo. El punto fue suficientemente explicado en la Sentencia T-911 de 2009, en los siguientes términos:

"Presentado el estado de la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos reconocidos a los integrantes de parejas homosexuales, es necesario resaltar que la pretensión del actor se deriva directamente de la decisión de exequibilidad condicionada contenida en la sentencia C-336 de abril 16 de 2008, que abrió las puertas al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes a las personas integrantes de parejas del mismo sexo.

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

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

A propósito de la posibilidad de que la Corte Constitucional decida darle a una de sus sentencias un efecto diferente, bien sea retroactivo o ultra-activo, según las pautas que en cada caso se establezcan, es evidente que en el caso que se comenta la Corte no hizo uso de esta facultad, pues ni en la parte motiva ni en la resolutive existe ninguna referencia a este respecto. Tampoco se encuentra indicación alguna en este sentido en el texto del auto A-163 de 2008, por el cual la Sala Plena resolvió sobre una solicitud de aclaración de esta sentencia, presentada por varios ciudadanos. El silencio de estas providencias respecto a este tema es claramente elocuente, en vista de la existencia de la facultad a que se ha hecho referencia y del hecho de que esta corporación la ha ejercido en un buen número de oportunidades⁵⁹. Así las cosas, es forzoso concluir que en este caso se sigue la regla general de efectos únicamente hacia el futuro.

Por lo anterior, encuentra la Sala que no es posible reclamar los efectos derivados de la sentencia C-336 de 2008 respecto de situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento. Por ello, aunque naturalmente es válido pretender su aplicación para el caso de uniones maritales homosexuales iniciadas desde antes de esa fecha, es claro que en todos los casos será necesaria la declaración notarial a la que allí se hizo referencia, y que dicha diligencia, así como el fallecimiento de la persona que generaría el derecho a la pensión en cabeza del compañero del mismo sexo, deberán haberse producido con posterioridad a la expedición de dicha providencia, la cual tuvo lugar el 16 de abril de 2008⁶⁰.

En cuanto al tema relacionado con el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por vía de la acción de tutela, en las mencionas sentencias se mantuvo el

⁵⁹ Entre ellas en todos los casos citados, en varias de las intervenciones ciudadanas reseñadas, como antecedente que justificaría reconocer en estos casos y por vía de tutela, efecto retroactivo a lo decidido mediante sentencia C-336 de 2008, esto es, los casos resueltos mediante las sentencias C-309 de 1996, C-482 de 1998, C-464 y C-1126 de 2004.

criterio de subsidiariedad del mecanismo de amparo frente al reconocimiento de derechos de prestación, en el sentido de sostener que el mismo debe primero reclamarse ante las autoridades judiciales -ordinarias o especiales- estatuidas para el efecto, y sólo excepcionalmente a través de la tutela, cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o como mecanismo definitivo, cuando las circunstancias particulares del caso así lo justifiquen. A este respecto, en la Sentencia T-911 de 2009, se mencionó que *"el solo hecho de tratarse de una persona homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como esta, aunque sin duda, tal como la Corte tuvo oportunidad de precisarlo en la Sentencia C-336 de 2008 tampoco debe implicar un obstáculo para la obtención de la referida pensión, siempre que se cumplan los requisitos de ley"*.

2. Pues bien, a pesar de la claridad de los lineamientos fijados en la jurisprudencia citada, los mismos no fueron acogidos por la mayoría de mis colegas en la sentencia de la que me aparto, ya que, para efectos de dar solución a los casos concretos, en ella se fijaron criterios diferentes a los expuestos en tres aspectos fundamentales: (i) Se afirmó que el precedente jurisprudencial que le reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobreviviente, *"...es aplicable incluso cuando la solicitud de reclamamiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C-336 de 2008"*; (ii) Se dijo igualmente, que la sentencia C-336 de 2008, *"...no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión marital de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante"*, pues se trata de una exigencia que *"fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse, sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes"*; Y, finalmente, (iii) en cuanto toca con la procedibilidad de la tutela, aun cuando se admite que el amparo constitucional tiene un carácter subsidiario frente al reconocimiento de los derechos pensionales, no se llevó a cabo un análisis fáctico a partir del cual se pudiera concluir que el asunto debía ser decidido a través de la acción de tutela y no por los medios ordinarios de defensa. En ninguno de los tres casos particulares que fueron estudiados en el fallo, se lleva a cabo un análisis mínimo sobre las condiciones personales, sociales, físicas y económicas de cada uno de los presuntos afectados, a efectos de justificar la procedencia de la tutela en cada caso y la sustitución del mecanismo ordinario de defensa.

Así las cosas, para el suscrito, se evidencia una clara contradicción entre la jurisprudencia que hasta la fecha había sido fijada por la Corporación en las Sentencias C-521 de 2007, C-336 de 2008, T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, y la posición asumida en el fallo del que me aparto. En efecto, mientras en la jurisprudencia sentada en tales fallos se sostiene que para acceder a la pensión de sobreviviente, las parejas del mismo sexo deben acreditar tal condición, mediante declaración ante notario donde los dos miembros de la pareja expresen la voluntad de conformar una familia de manera permanente, en la sentencia bajo análisis se sostiene que se trata de una prueba imposible que no puede exigirse para acceder a tal derecho. De igual manera, mientras en algunos de los citados fallos se considera que el derecho a la pensión de sobreviviente para parejas del mismo sexo es jurídicamente exigible a partir de la fecha en que fue proferida la Sentencia C-336 de 2008, en la decisión de la referencia se considera que el derecho pensional puede reclamarse incluso respecto de situaciones consolidadas con anterioridad a dicho fallo. También en el tema de la procedibilidad del amparo constitucional se presenta

contradicción, pues aun cuando la jurisprudencia, atendiendo al carácter subsidiario de la tutela, impone un análisis fáctico de la situación particular para determinar si hay lugar al reconocimiento de la prestación via tutela, en la sentencia que no comparto se hace total abstracción de tal análisis.

Oportunamente, propuse a mis colegas de Sala que el asunto fuera llevado al conocimiento de la Sala Plena, para que allí se adoptara una decisión de unificación, que precisara de manera definitiva el alcance del derecho a la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo y su reconocimiento en sede de tutela. Sin embargo, mi sugerencia no fue acogida, con los resultados conocidos, que son los que me llevan a salvar el voto en el presente caso.

Considero que la existencia de posiciones divergentes en torno al precedente horizontal sentado por la Corte sobre el tema del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo, afecta gravemente la seguridad jurídica, pues deja abierta la posibilidad para que los jueces constitucionales, e incluso de otras jurisdicciones, según su propio criterio, acojan una u otra de tales posturas para dar solución a los casos concretos que lleguen a su conocimiento. Por las mismas razones, la contradicción en el precedente horizontal sobre el tema, puede afectar los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva de quienes demandan justicia en esos casos, ya que a pesar de encontrarse bajo una misma situación fáctica y jurídica, pueden ser portadores de decisiones diferentes y opuestas.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

Auto 075/11
(29 de abril de 2011)

ACCIÓN DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTES A PAREJAS DEL MISMO SEXO-Corrección parte considerativa de sentencia T-051/10

Referencia: Expediente T-2.292.035
Expediente T-2.299.859
Expediente T-2.386.935

Accionantes: A
B
C

Accionados: EDATEL S A / Fondo de Pensiones BBVA y otro /
Gobernación de Risaralda.

Magistrado: Mauricio González Cuervo

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional,

CONSIDERANDO

1. Que en la providencia T-051 de 2010 folios 28 y 29 párrafo 4.8 se mencionó la sentencia T-016 habiéndose debido mencionar la sentencia T-911 de 2009.
2. Que por tal razón en la Sentencia T-051 de 2010 debe entenderse en lugar de la sentencia T-016 de 2010 la sentencia T-911 de 2009.

RESUELVE:

La parte considerativa de la sentencia T-051 de 2010, quedará así:

Esta remisión ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional (sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009) al igual que varias Administradoras de los Fondos de Pensiones⁶⁰ han considerado que a la exigencia fijada en la sentencia C-521 de 2007 a la cual remite la parte resolutive de la sentencia C-336 de 2008 debe dársele una interpretación restrictiva y con sustento en dicha interpretación han negado el derecho de las personas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente pues al haber muerto uno de los compañeros permanentes, es imposible cumplir con la

⁶⁰ *Cfr.*, la interpretación efectuada por las Administradoras de los Fondos de Pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR. Expediente de Revisión a folios 24-25 y 152-155.

exigencia de conformidad con la cual ambos compañeros o compañeras permanentes deben acudir ante notario para acreditar la permanencia y singularidad de su relación.

(...)

Así, por los motivos que tendrá ocasión la Corte de exponer más adelante, y bajo aplicación del principio de interpretación *pro homine* se apartará de lo decidido por las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en las sentencias T-1241 de 2008 y en la sentencia T-911 de 2009 y acogerá la interpretación efectuada por la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no sin antes aportar las razones de la decisión.

Comuníquese y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria

**ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
AL AUTO 075/11**

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS DEL MISMO SEXO-
Acreditación de unión marital de hecho ante notario

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Afiliación de compañeros y
compañeras permanentes**

**PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS DEL MISMO SEXO Y
AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE
COMPAÑEROS Y COMPAÑERAS PERMANENTES-Contradicción entre
jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional y posición asumida en sentencia
T-051/10**

Referencia: Expediente T-2.292.035
Expediente T-2.299.859
Expediente T-2.386.935

Accionantes: A
B
C

Accionados: EDATEL S. A.
Fondo de Pensiones BBVA y otro. Gobernación de
Risaralda.

Magistrado Ponente:
MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Mi aclaración de voto en el caso examinado se contrae a lo siguiente: aunque estoy de acuerdo con la decisión que se adopta en el Auto 075 de 2011, en el sentido de corregir en los folios 28 y 29 párrafo 4.8 de la Sentencia T-051 de 2010, el número de la providencia T-016 de 2010 por el correspondiente a la sentencia T-911 de 2009, quiero reiterar que disiento respecto de la decisión tomada por la mayoría de los miembros de la Sala Segunda de Revisión en el asunto de la referencia, por cuanto en dicha providencia se contradice la línea jurisprudencial sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo, sentada previamente por la Corte Constitucional en las Sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009 en acatamiento de lo decidido por la misma Corporación en las sentencias de constitucionalidad C-521 de 2007 y C-336 de 2008. Inicio por recordar que esta Corporación, en la Sentencia C-336 de 2008, al declarar la exequibilidad de algunas expresiones de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, reconoció a las parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobrevivientes, ante la

eventualidad de la muerte de uno de sus miembros, y condicionó el reconocimiento de dicha prestación a que la unión marital de hecho fuera acreditada previamente por quienes integraban la pareja mediante una declaración ante notario, en la que se evidenciara la existencia de una comunidad de vida permanente y singular. Lo anterior, con el fin de procurar el mismo trato ante la ley, tal como ocurre con las parejas heterosexuales.

Para tales efectos, la Corte se remitió a lo decidido en la Sentencia C-521 de 2007, en la que, al pronunciarse sobre la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de los compañeros y compañeras permanentes, la Corporación había dejado sentada la posición según la cual, *"[l]a condición de compañera (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico"*.

A partir de lo anterior, por vía de acción de tutela y en sede de Revisión eventual, esta Corporación ha tenido la oportunidad de conocer y decidir sobre situaciones particulares y concretas relacionadas con el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo, precisando aspectos relacionados con las condiciones bajo las cuales puede accederse al reconocimiento de la citada prestación y junto con los requisitos de procedibilidad que han de tenerse en cuenta para que pueda ordenarse tal reconocimiento mediante la acción de tutela.

Así, en las Sentencias T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, la Corte Constitucional: (i) reafirmó el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes, (ii) reiteró que para acreditar el vínculo debe existir, al menos, una declaración juramentada ante notario, (iii) consideró que la prestación solo es jurídicamente exigible a partir de la fecha en que fue reconocida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 y no antes y, por último, (iv) insistió en la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Pues bien, a pesar de la claridad de los lineamientos fijados en la jurisprudencia citada, los mismos no fueron acogidos por la mayoría de mis colegas en la sentencia de la que me aparto, ya que, para efectos de dar solución a los casos concretos, en ella se fijaron criterios diferentes a los expuestos en tres aspectos fundamentales: (i) se afirmó que el precedente jurisprudencial que le reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobreviviente, *"... es aplicable incluso cuando la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente tuvo lugar antes de haberse proferido la sentencia C.336 de 2008"*; (ii) se dijo, igualmente, que la sentencia C-336 de 2008, *"... no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión marital de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante"*, pues se trata de una exigencia que *"fue pensada para solicitar la afiliación en salud y no puede aplicarse sin más ni más, en el caso de la pensión de sobrevivientes"* y, finalmente, (iii) en cuanto toca con la procedibilidad de la tutela, aun cuando se admite que el amparo constitucional tiene un carácter subsidiario frente al reconocimiento de los derechos pensionales, no se llevó a cabo un análisis fáctico a partir del cual se pudiera concluir que el asunto debía ser decidido mediante la acción

de tutela y no por los medios ordinarios de defensa. En ninguno de los tres casos particulares que fueron estudiados en el fallo se llevó a cabo un análisis mínimo sobre las condiciones personales, sociales, físicas y económicas de cada uno de los presuntos afectados, a efectos de justificar la procedencia de la tutela en cada uno de ellos y la sustitución del mecanismo ordinario de defensa.

Así las cosas, para el suscrito, se evidencia una clara contradicción entre la jurisprudencia que hasta la fecha había sido fijada por la Corporación en las Sentencias C-521 de 2007, C-336 de 2008, T-1241 de 2008 y T-911 de 2009, y la posición asumida en el fallo del que me aparto.

En síntesis mi aclaración de voto obedece a la necesidad de aclarar cual fue mi posición inicial frente a la sentencia que actualmente es objeto de aclaración.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Deberes que le impone el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado o quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, ontológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmutables deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Núcleo esencial/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Vulneración

Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse, esto es, la posibilidad de adoptar, sin intrusiones ni presiones de ninguno clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las

circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD- Obligación que le implica al Estado

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

DIVERSIDAD SEXUAL-Protección constitucional

Si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-Expresión del derecho a la seguridad social/PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza y finalidad

La pensión de sobrevivientes, antes denominado derecho o la sustitución pensional, ha sido definido como una de las expresiones del derecho a la seguridad social siendo una

prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, y corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a las allegadas al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante, y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante. Asimismo, es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado. Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-Reglas generales/POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL-No es absoluta/PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

La potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho inrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, a los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera. Precisándose que la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad.

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Beneficiarios/PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS DEL MISMO SEXO-Beneficiarios

A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetiva suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Reconocimiento no incide en sostenibilidad del sistema/PENSION DE SOBREVIVIENTES EN PAREJAS HOMOSEXUALES-Orden de prelación

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales no desemboca en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

COMPAÑERO O COMPAÑERA DEL MISMO SEXO-Forma de acreditar la condición de pareja para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes

En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación defunida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley.

particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tun noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes. En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicho condición en los términos señalados en la sentencia C 521 de 2007 para las parejas heterosexuales

Referencia: expediente D-6947

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Actor: Rodrigo Uprimny Yepes y Otros

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes y otros, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40 (6) y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, previo concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas, subrayando los apartes demandados:

"LEY 54 DE 1990 (diciembre 28)

por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1º. 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".

"LEY 100 DE 1993

Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

(...)

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o superstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, superstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente:

c) Los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

(...)

ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o superáste, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superáste, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superáste, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la

unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste,

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil).

(. .)

ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

PARÁGRAFO 2o. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley".

III. LA DEMANDA

Para los demandantes, los textos impugnados desconocen lo dispuesto en los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política.

Con la demanda los accionantes pretenden cuestionar la constitucionalidad de las normas acusadas, por cuanto ellas no extienden a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social se reconoce a las parejas heterosexuales. Los demandantes sintetizan sus argumentos en seis ítems, así:

Primero: Con la Sentencia C-075 de 2007, el precedente constitucional en materia de parejas homosexuales cambió, pues en esta sentencia la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho, previsto para las parejas heterosexuales, debía ser extendido a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Explican que según el precedente la exclusión de las parejas del mismo sexo de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales, en especial del régimen de seguridad social, estaban justificados cuando estos beneficios tenían el propósito de proteger a la familia. Con la sentencia C-075 de 2007, esta justificación es insuficiente para no extender los beneficios concedidos a las parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, por cuanto en la mencionada sentencia estableció que todo tratamiento diferenciado motivado en la orientación sexual debe ser analizado mediante un control constitucional estricto.

Agregan que la sentencia C-075 de 2007 estableció que si bien el legislador no está obligado a aplicar el mismo régimen de protección a las parejas heterosexuales y homosexuales, sí es un imperativo constitucional garantizar un mínimo de protección a estas parejas, ya que presentan requerimientos de protección análogos a los de las parejas heterosexuales.

Segundo: La demanda está basada en la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso *X contra Colombia* de 14 de mayo de 2007, mediante la cual se resolvió el caso de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien las autoridades negaron su petición de sustitución pensional, por considerar que la misma sólo era aplicable a parejas heterosexuales. El Comité concluyó que el Estado colombiano había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al negar al actor el derecho a la sustitución

pensional de su compañero permanente sin aportar argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva.

Según los accionantes, el Comité estableció que el actor *tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual* y que *“el Estado parte tiene la obligación de adaptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro”*.

Tercero: Para los actores, las normas acusadas vulneran el artículo 13 de la Carta Política por cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales, exclusión fundada en la orientación sexual de las personas que componen aquellas parejas, lo cual constituye un criterio sospechoso de diferenciación.

Cuarto: En concepto de los accionantes, los apartes atacados vulneran el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto la exclusión de las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de seguridad social otorgados a las parejas heterosexuales, significa desconocimiento del derecho a la seguridad social.

Quinto: Agregan los demandantes que las normas violadas comportan una vulneración a la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, pues la distinción entre la opción heterosexual y homosexual reduce la posibilidad de los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida, si se tiene en cuenta que el Estado no sólo debe asumir una actitud neutral frente a la opción de buen vivir de los ciudadanos, sino la adopción de acciones positivas para garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida frente al orden jurídico y la sociedad.

Sexto: Como último argumento los actores expresan que el letargo legislativo en esta materia ha impedido la aprobación de la ley que regule los derechos de las parejas homosexuales en asuntos patrimoniales y de seguridad social. En su criterio, la mayoría política hace caso omiso a los argumentos constitucionales y de convivencia que justifican el reconocimiento del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo.

IV. INTERVENCIONES

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2067 de 1991, el proceso fue fijado en lista el 28 de septiembre de 2007 por el término de diez (10) días; según la constancia secretarial (Fl. 209 del expediente), este término venció el once (11) de octubre de 2007 y durante el mismo se presentaron las siguientes intervenciones:

1. Helen Elizabeth Ibáñez y otros

Los intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que declare exequibles las expresiones demandadas. En relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, aplicable al régimen patrimonial de la familia, encuentran que el soporte está en el artículo 42 de la Carta Política y agregan que este precepto no discrimina a las parejas homosexuales. A sus argumentos añaden lo dispuesto en la Sentencia C-075 de 2007, según la cual en materia de derechos patrimoniales la expresión *compañero y/o compañera* permanente debe extenderse a las parejas del mismo sexo, sin que ello signifique la desnaturalización de la expresión “unión marital”, que exige la unión entre un hombre y una mujer.

Para los intervinientes, mediante la Sentencia C-811 de 2007, la Corte Constitucional falló sobre la materia, razón por la cual ha operado el fenómeno de la cosa juzgada respecto del artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Consideran, además, que los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 deben ser declarados exequibles en virtud del principio de unidad de materia, pues entre ambos existe una relación lógica, jurídica e íntima con el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible mediante la Sentencia C-811 de 2007.

2. Comisión colombiana de juristas

Para la Comisión, al no extender a las parejas homosexuales los beneficios que en materia de seguridad social otorga a las parejas heterosexuales, la normatividad desconoce los derechos fundamentales a la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, el carácter de servicio público de la seguridad social y la atención en salud y el mejoramiento de la calidad de vida como finalidad del Estado.

Considera el interviniente que el fundamento de la exequibilidad de las normas parcialmente demandadas en el presente caso se encuentra en las Sentencias C-075 de 2007 y C-811 de 2007. En la primera de ellas, la jurisprudencia señaló que las parejas homosexuales que cumplan con las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho pueden acceder al régimen de protección previsto en la Ley 100 de 1993, para que esta parejas queden amparadas por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando lo consideren necesario

Retira el vocero de la Comisión que así como la protección de las parejas conformadas por personas del mismo sexo ha sido reconocida con la misma importancia que se ha otorgado al reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales individualmente consideradas, se debe extender la pensión de sobrevivientes que se otorga al cónyuge o compañero permanente heterosexual al compañero homosexual

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En concepto del Ministerio las normas atacadas son exequibles. En primer lugar, exponen las representantes del organismo que el legislador goza de libertad para configurar el sistema de seguridad social y establecer las condiciones para el acceso a estos servicios, pues la Constitución Política atribuye al Congreso la facultad de hacer efectivo el derecho a la seguridad social mediante la expedición de leyes que aseguren el cumplimiento de los principios en ella consagrados.

En esta medida, continúan las representantes del Ministerio, el legislador es competente para definir a cuales personas se extienden los beneficios que otorga la seguridad social y en qué condiciones se contienen los mismos, bajo el concepto de familia previsto en el artículo 42 de la Carta Política. Agregan que el Legislador hizo congruente la aplicación del principio de solidaridad con las necesidades financieras del sistema, pues con un aporte se garantizan los beneficios para todos sus afiliados.

Acerca de la sostenibilidad financiera del sistema, el interviniente expresa: "*... es clara que los beneficios de la seguridad social se concretan y estructuran en los términos en que el Legislador usó lo disponga. Por ello, las leyes y normas, que regulan la seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían hacerse efectivos los derechos prestacionales y por tanto, materializarse acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional*".

En segundo lugar, como argumento a favor de la exequibilidad de las normas demandadas, las representantes del Ministerio recuerdan que este organismo intervino durante el trámite del Acto Legislativo 01 de 2005 y en relación con las pensiones otorgó su aval bajo el supuesto que el proyecto no afectara la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. Para lo cual, refiriéndose a las parejas del mismo sexo, señaló que era necesario hacer extensivos los mecanismos de acreditación previstos en la ley 979 de 2005, para introducir mecanismos tendientes a la verificación de la condición de la pareja para preservar la eficiencia en la asignación de los recursos.

En tercer lugar, considera el interviniente que el derecho a la igualdad no resulta vulnerado si se tiene en cuenta que en la Sentencia SU-623 de 2001, la Corte Constitucional expresó que la decisión de no incluir a grupos homosexuales como beneficiarios del sistema de seguridad social en pensiones no resulta violatoria del derecho a la igualdad, pues la situación de marginación o de rechazo que generan estos grupos no significan la obligación estatal de compensarlos mediante la asignación de beneficios sociales.

Como cuarto y último argumento, el Ministerio manifiesta que ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente a los artículos 1º de la Ley 54 de 1990 y 163 de la Ley 100 de 1993, para concluir que así se declare por la Constitucional.

4. Ministerio de la Protección Social

El representante del Ministerio considera que las normas parcialmente atacadas son exequibles, teniendo en cuenta la potestad del legislador para configurar el servicio público de la seguridad social, lo cual permite al legislador establecer beneficios a favor de las parejas homosexuales. Beneficios que aún no han sido reconocidos por lo cual no se puede desconocer la legislación vigente.

Para el Ministerio, la legislación vigente ampara a las parejas integradas por personas de diferente sexo respecto de los beneficios derivados de la pensión de sobrevivencia, sin discriminar a otros segmentos de la población, por cuanto la norma en vigor deriva del deber de proteger a la familia ante el fallecimiento de la persona que proveía los recursos para su sostenimiento, entendiéndose la familia en los términos previstos en el artículo 42 de la Carta Política.

Concluye expresando el vocero del Ministerio: “ *las parejas conformadas por personas del mismo sexo, se repite, no se encuentran comprendidas dentro de la*

definición de familia, que sirve de sustento para la consagración legal de este derecho, sin que sea posible equipararlas con las parejas heterosexuales”.

5. Germán Rincón Perfetti

El ciudadano Rincón Perfetti, quien se presenta para intervenir en calidad de hombre homosexual, conatya la demanda expresando que él hace parte de un grupo tradicionalmente discriminado y sometido a la aplicación de la teoría de los criterios sospechosos. Menciona el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Politicos, y expresa que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado a favor de las parejas homosexuales con carácter vinculante para la Corte Constitucional. Cita algunas decisiones de este Comité pronunciadas, según él, a favor de los homosexuales.

El interviniente menciona varios procesos en los cuales ha actuado como actor con resultados exitosos, pero no fundamenta sus conceptos en el texto de la Constitución Política. Concluye solicitando a la Corte Constitucional que resuelva como lo han hecho los jueces ante los cuales él ha obtenido decisiones favorables.

6. Amparo Bahamón Díaz y otro

La señora Bahamón narra su relación con una persona del mismo género y manifiesta que luego de la sentencia de la Corte Constitucional constituyeron entre ambas una sociedad patrimonial después de 27 años de convivencia como pareja estable. Da cuenta de algunos hechos que, según ella, le obligaron a abandonar empleos y lugares de trabajo por ser considerada lesbiana.

Según su relato, ha obtenido el reconocimiento de la pensión de jubilación, padece cáncer de seno, a su muerte aspira a sustituir la pensión a su leal y calida amiga, compañera o pareja, para lo cual invoca la comprensión de la Corte Constitucional.

7. Esteban Restrepo Saldarriaga

El ciudadano Restrepo Saldarriaga relata el trámite seguido por el proyecto de Ley No. 130 de 2005 Senado, 152 de 2006 Cámara, para concluir que en la conciliación del texto se presentó una situación arbitraria e injusta por parte del Congreso de la República, al cabo de la cual se archivó el proyecto. Debido a que la iniciativa no se convirtió en Ley, considera el interviniente que se presenta una omisión legislativa en la protección al derecho a la representación política de las parejas del mismo sexo.

Con los actos ocurridos durante el trámite del proyecto de Ley, en concepto del interviniente, se desconoció el derecho a la representación política de las parejas homosexuales y de las minorías políticas.

Concluye el ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga manifestando que al Congreso han sido llevados en cinco ocasiones proyectos de Ley referentes a la protección del derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo y el último intento fue frustrado, lo cual demuestra la incapacidad del Congreso como garante de tales derechos y la falta de voluntad política de los miembros de esa Corporación. Añade que ante la desidia legislativa, la Corte Constitucional es la llamada a proteger los derechos de las parejas homosexuales.

8. José Félix Cataño Molina

El ciudadano Cataño Molina expone algunos criterios a favor de la demanda para que se logre extender el derecho de la sustitución pensional a las parejas homosexuales debidamente legalizadas. Considera que a la muerte del integrante de una pareja, como ocurre con la heterosexual, aplicando el principio de igualdad, el compañero sobreviviente puede gozar de la sustitución pensional.

En el caso de pensiones de sobrevivencia sólo se presentaría el cambio de un beneficiario por otro o los beneficios se repartirían entre más personas, siendo esto más justo por permitir a las personas más allegadas ser beneficiadas y no una persona sin vínculo amoroso o sexual. En cuanto a los costos financieros, estima el interviniente que los mismos pueden ser diferidos sin traumatismos a medida que el crecimiento económico de la nación se logre en un ambiente de control de la natalidad y crecimiento de la productividad económica.

9. Roger Mauricio Noguera Rojas

El ciudadano Noguera Rojas interviene para conyugar la demanda, particularmente en lo relacionado con el derecho a la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo, basando su exposición en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la atinente al reconocimiento del derecho a la seguridad social para este tipo de uniones.

El interviniente recuerda que la Sentencia C-075 de 2007, reconoció que las parejas del mismo sexo tienen iguales derechos que las parejas heterosexuales, dando un paso más en la realización del Estado social de derecho. También cita la sentencia C-811 de 2007, señalando que la jurisprudencia ha sido favorable a los derechos de las parejas del mismo sexo, supliendo las reiteradas falencias del Congreso de la República en la tarea de proteger los derechos de las minorías sexuales, aún cuando continúan pendientes derechos para ser protegidos tales como la seguridad social en lo referente a pensiones.

Para el ciudadano Noguera Rojas, reconocer a parejas del mismo sexo el derecho a la pensión de sobreviviente, sólo constituye un cambio en el orden de beneficiarios de la sustitución, pues ya no serían los padres, sino el compañero(a) permanente del causante quien recibiría el beneficio, lo cual constituye un cambio insignificante para el sistema de seguridad social, pero significativo para los derechos de las minorías sexuales, entre ellos el derecho al mínimo vital.

Luego de citar la sentencia C-111 de 2006, concluye el interviniente que la sustitución pensional no acarrea nuevos gastos económicos, por cuanto sólo cambia el orden de beneficiarios y aún en el caso de que existieran tales gastos la Corte Constitucional ha manifestado que estos derechos son los que realizan el principio de solidaridad en el marco del Estado social de derecho.

10. Human Rights Watch

La organización Human Rights Watch puso a consideración de la Corte Constitucional el *amicus curiae* preparado por esta Organización en relación con el asunto de la referencia.

El documento consta de cuatro (4) páginas, fue recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 11 de octubre de 2007 y está escrito en inglés, razón por lo cual no puede ser sometido a consideración de la Corporación

11. María Andrea López Guzmán

La interviniente se dirige a la Corte para poner a consideración el *amicus curiae* preparado por la organización brasileña *CONECTAS DERECHOS HUMANOS* en apoyo a la demanda. Precisa que se trata de una organización brasileña, no económica y con objetivos no lucrativos, calificada como Organización de la Sociedad Civil de Interés Público, inscrita en el registro nacional de personas jurídicas con sede en la calle Pamplona de San Pablo

El documento aportado por la interviniente está referido a distintos estudios sobre la homosexualidad, según los cuales la existencia de parejas homosexuales en el mundo es una realidad que la sociedad ha venido aceptando gradualmente, pero que aún carece de reglamentación legal y como consecuencia de esto, se restringe el ejercicio de los derechos fundamentales de personas que mantienen relaciones homosexuales que, por lo mismo, están impedidas de obtener el reconocimiento oficial de sus uniones.

El documento aporta un listado de los países en donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y critica a aquellos que consideran delito el hecho de mantener relaciones con otras personas del mismo género, llegando la sanción hasta la pena de muerte. El texto da cuenta del régimen jurídico brasileño sobre la materia, explicando que la falta de regulación para personas que mantienen relaciones homoafectivas deja muchas personas sin el respaldo y la debida protección del Estado, permitiendo al juez buscar la integración entre el derecho y la realidad.

CONECTAS afirma que la jurisprudencia del Brasil permite que parejas homosexuales tengan asegurados los mismos derechos que las parejas heterosexuales, a pesar de que la Ley dispone que solamente sería entidad familiar la unión estable entre hombres y mujeres; sin embargo, la realidad muestra que antes de las sociedades de hecho se constituyen sociedades de afecto que cuentan con entidad semejante a la que caracteriza a las parejas heterosexuales

12. Sisma Mujer

La Corporación Sisma Mujer, Organización de la Sociedad Civil Colombiana, dedicada a la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres, interviene para conyugar los argumentos de la demanda. Para la Organización, la Corte puede examinar la constitucionalidad de las normas demandadas pese a que la ley 54 de 1990, ya tuvo un examen que dio lugar a la sentencia C-098 de 1996: es decir, ha operado el

fenómeno de la cosa juzgada relativa pues la Corte sólo se pronunció frente a los cargos presentados, haciendo un examen parcial y no integral, condicionando la exequibilidad a la existencia de otra demanda en la que se lograra probar que con la ley demandada se había consagrado un privilegio ilegítimo a favor de las parejas heterosexuales.

También la Corte se pronunció sobre la materia mediante la sentencia C-075 de 2007, al declarar exequible parte de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica a las parejas homosexuales. Considera la Organización que tampoco opera el principio de cosa juzgada, pues la Corte no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del conjunto normativo conformado por las disposiciones demandadas.

Al coadyuvar la pretensión de la declaratoria de inexecutable condicionada de las expresiones "compañero permanente" y "compañera permanente" contenidas en los artículos 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, y de la expresión "familiar" contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, se logrará que ellas sean consideradas constitucionales bajo el entendido que el régimen de protección en materia de seguridad social es también aplicable a las parejas homosexuales. De esta manera, se busca adecuar la norma al principio de igualdad material con el fin que se incluya en el concepto de unión marital de hecho a las parejas homosexuales y lésbicas, para que no se limite solamente a las parejas heterosexuales.

Considera la Organización que las expresiones atacadas vulneran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, principio fundamental de los derechos humanos que garantiza a todos los hombres y mujeres el goce de sus derechos sin distinción alguna. De otra parte, Sisma Mujer considera que los apartes demandados vulneran el derecho a la dignidad humana, principio inherente al ser humano que se presenta como un llamado al respeto incondicionado y absoluto, el derecho de autodeterminarse y vivir bajo los parámetros establecidos por esa autodeterminación, en condiciones dignas. Las normas demandadas desconocen este principio, pues limitan el ejercicio de los derechos civiles de las parejas del mismo sexo, puesto que castigan su elección de vida impidiendo la reivindicación de sus derechos con las parejas heterosexuales.

Por otra parte, la Organización interviniente considera que las expresiones atacadas atentan contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, definido como la libertad individual para tomar decisiones que conciernen y afectan el desarrollo de la personalidad y la libertad para emprender las actividades individuales o sociales que le permitan a la persona proyectar su visión de sí misma. Las expresiones demandadas desconocen la posibilidad de manifestar y proyectar esta visión por la discriminación, el trato diferenciado y el reproche social al que son sometidos los integrantes de parejas homosexuales.

También considera la Organización que las expresiones impugnadas desconocen derechos económicos, sociales y culturales entre los cuales se encuentra el derecho a la seguridad social. Este derecho está consagrado en la Constitución Política y ha sido definido en instrumentos internacionales tales como los convenios de la OIT y los instrumentos de la ONU, con argumentos confirmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Toda persona sin distinción debe gozar del derecho de la seguridad social con independencia de su orientación sexual o identidad de género en igualdad de condiciones que las viudas provenientes de matrimonios legalmente constituidos o de uniones heterosexuales, homosexuales y lésbicas, para efectos de obtener el beneficio de pensión por fallecimiento del cónyuge o conviviente.

Con fundamento en los argumentos citados, Sisma Mujer solicita a la Corte Constitucional que declare inexecutable los apartes demandados, para evitar que subsista el estado de desigualdad que en nuestra sociedad es latente persistente y agobiante.

13. Beatriz Quintero y otro

Interviene en representación de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, para coadyuvar los argumentos de la demanda. Comienzan recordando la sentencia C-075 de 2007, mediante la cual se estableció que el tratamiento distinto de las parejas homosexuales con respecto a las parejas heterosexuales debe ser examinado a través de un control de constitucionalidad estricto, para garantizar que el desarrollo pleno de las personas homosexuales no sea coartado por la ausencia de reconocimiento de la dimensión de la pareja. En su concepto, en correlación con la sentencia C-075 de 2007, la sentencia C-811 de 2007, estableció que los principios de protección que inspiraron dicho fallo son aplicables al caso del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la norma demandada presenta un "déficit de protección", en contra de la pareja del mismo sexo que dependen económicamente de su pareja y no tienen posibilidad de ingresar al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo.

Para las intervinientes, los dos fallos reseñados configuran un precedente constitucional favorable a las parejas del mismo sexo en materia de derechos patrimoniales y derecho a la salud. En su criterio, se debe declarar condicionalmente executable el artículo 47 y el 74 sobre pensión con ahorro individual, bajo el entendido que debe ser extensivo a parejas del mismo sexo, para evitar contingencias económicas derivadas de la muerte.

En materia de seguridad social, añaden las intervinientes que se trata de un servicio que goza de ciertas características básicas, a las cuales refiere la sentencia C-1094 de 2003, por medio de la cual se estudiaron los requisitos de temporalidad y permanencia exigidos a la compañera permanente para ser beneficiaria a la pensión de sobreviviente. En concepto de la Organización que interviene, la protección que persigue el sistema de seguridad social debe ser extensiva a las parejas del mismo sexo, en tanto se encuentran en la misma situación de indefensión o dependencia económica que una pareja heterosexual.

De otra parte, consideran que en nuestra sociedad existen patrones de discriminación contra la mujer en diferentes esferas del derecho. Así, las mujeres lesbianas y bisexuales, por el hecho de ser mujeres, se ven doblemente discriminadas en situaciones como el acceso a la seguridad social en pensiones, tienen menos posibilidades a acceder a un empleo, su salario es proporcionalmente menor que el percibido por un hombre y no pueden afiliarse a sus parejas al sistema de seguridad social quedando obligadas a pagar doble y sin derecho al amparo contra contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Finalmente, solicitan a la Corte tener en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes sobre los derechos de parejas homosexuales en materia de seguridad social, basando esta petición en el bloque de constitucionalidad.

14. Corporación colectivo de abogados

La Corporación interviene para coadyuvar la demanda, se refiere al "test duro de proporcionalidad", citando la sentencia C-075 de 2007, en virtud de la cual la Corte extendió el régimen patrimonial de la unión marital de hecho a parejas homosexuales, considerando que restringirlo a parejas heterosexuales desbordaba la libertad de configuración del legislador.

En su criterio, la demanda toma como base lo dicho por la Corte Constitucional al señalar que en caso de tratos diferenciados por razón de la opción sexual el control de constitucionalidad requiere un carácter fuerte que plantea los siguientes pasos: 1. La medida diferenciadora busca alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; 2. Es necesaria para cumplir con ese objetivo y 3. Es proporcionada.

El interviniente reitera los argumentos de la demanda basados en el respeto por el bloque de constitucionalidad, pero aclara que el mismo no está conformado con las

interpretaciones que de los instrumentos internacionales hagan los órganos autorizados; es decir, excluir de un análisis interno los mismos es un contrasentido, pues son ellos los que señalan las pautas de aplicación y el contenido de los derechos que incorporan.

15. Mauricio Albarracín Caballero y otros

Como activistas del movimiento social de lesbianas, gays, bisexuales y transgéneristas (LGBT) e integrantes del comité de impulso de parejas del mismo sexo, intervienen para coadyuvar la demanda.

Expresan que coinciden con los argumentos expuestos por los accionantes y que pretenden ilustrar a la Corte Constitucional sobre las distintas actividades de exigibilidad de derechos realizadas por el movimiento que representan. Manifiestan que incidieron en el Congreso de la República a través del Comité y del grupo LGBT, consiguiendo que el Partido Polo Democrático Alternativo y la Organización Colombia Diversa participaran en favor de su proyecto.

La intervención del grupo LGBT menciona las acciones realizadas ante el Congreso a través de la Senadora Piedad Córdoba, da cuenta de las acciones a favor de los proyectos de ley relacionados con la misma materia y que hicieron curso en las cámaras legislativas, y concluye reseñando las informaciones de prensa y reacciones de opinión ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo. Además, hacen referencia a la reacción favorable de la opinión pública y de las instituciones a las sentencias de la Corte Constitucional que reconocieron los derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas homosexuales.

Los intervinientes aportan documentación sobre lo que consideran ha sido su participación e injerencia en el trámite de los proyectos de ley presentados ante el Congreso, relacionados con la protección a las parejas integradas con personas del mismo sexo. Como prueba de su gestión anexan los siguientes documentos:

1. Materiales de cabildeo Colombia Diversa.
2. Informaciones de prensa escrita relativas a la reacción de la opinión pública ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo.
3. Informaciones de radio y televisión relativas a la reacción de la opinión pública ante el hundimiento del proyecto de ley de parejas del mismo sexo (1 DVD).

4. Informaciones de prensa escrita relativas a las sentencias C-075 y C-811 de 2007, por las cuales se reconocen derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas del mismo sexo.
5. Informaciones de radio y televisión relativas a las sentencias C-075 y C-811 de 2007, por las cuales se reconocen derechos patrimoniales y de afiliación en salud a las parejas del mismo sexo (1 DVD).
6. Documentos implementación Sentencia C-075 de 2007:
 1. Instrucción No. 10 Superintendencia de Notariado y Registro
 2. Circular No. 5 Ministerio del Interior y de Justicia
 3. Cartas Consejo Superior de la Judicatura
 4. Carta de Colombia Diversa solicitando la implementación de la sentencia C-075 de 2007.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Al analizar las normas parcialmente acusadas, el Jefe del Ministerio Público recuerda la importancia jurídica de examinar e interpretar las normas a la luz de los valores, principios y reglas constitucionales, como también teniendo en cuenta los pronunciamientos de organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Inicia su estudio refiriéndose a las expresiones contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, parcialmente acusados en el presente caso.

Para el Ministerio Público el análisis empieza por lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política que proscribe cualquier forma de discriminación con base en el sexo, lo cual encuentra respaldo en tratados y convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales, tal como lo prevé el artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales.

En su concepto, toda discriminación a las personas por razón de su orientación sexual resulta contraria a la dignidad humana, dignidad que resulta de la decisión de mostrar capacidad de elegir y de la autonomía de la persona. Para el Procurador General de la Nación, la conducta y el comportamiento homosexual tienen el carácter de

manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones validas y legítimas de las personas, por lo cual carecería de sentido que la autodeterminación sexual quede por fuera de los límites de los derechos al reconocimiento de las personalidad y a su libre desarrollo, toda vez que la identidad y la conducta sexuales ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad un lugar decisivo.

Continúa su exposición el Jefe del Ministerio Público recordando como a partir de la Sentencia C-075 de 2007, el régimen de protección contenido en la Ley 54 de 1990 se aplica también a las parejas homosexuales, por lo cual resulta imposible continuar interpretando las normas acusadas privando a las personas homosexuales o a las parejas homosexuales de los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos.

Para la Vista Fiscal, no es posible dentro de un Estado Social de Derecho privar a un grupo de ciudadanos que deciden conformar una pareja con persona de su mismo sexo, de los derechos que le son reconocidos a los demás ciudadanos, únicamente debido a su orientación sexual. Agrega que los derechos de las personas y parejas de un mismo sexo comportan deberes que el Estado debe cumplir a su favor y que tocan directamente con la dignidad humana y los derechos a la seguridad social, al libre desarrollo de la personalidad y a la vida.

Acerea de las implicaciones de la Sentencia C-075 de 2007 sobre la interpretación de los artículos 1º, de la Ley 54 de 1990, 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, considera la Vista Fiscal que mediante este pronunciamiento la Corte confirmó a las parejas del mismo sexo una equiparación con las parejas heterosexuales extendiendo a las primeras la presunción legal que formula la ley 54 de 1990 sobre la existencia de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes heterosexuales, pudiendo sus integrantes, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos por la ley para establecerla.

El Procurador General de la Nación comparte el argumento de los demandantes, según el cual la Sentencia C-075 de 2007 limitó el alcance de las normas analizadas al régimen patrimonial de la unión marital de hecho, pero su *ratio decidendi* estableció como subregla que debe existir un mínimo de protección jurídica para las parejas homosexuales allí donde dicha protección existe para las parejas heterosexuales; de esta afirmación concluye el Procurador que dicho mínimo de protección jurídica es predicable de todos aquellos regímenes que otorgan efectos jurídicos a la figura de compañeros permanentes.

En palabras del Procurador General: "... la sentencia C-075 de 2007 abrió la posibilidad de interpretar la noción de compañeros permanentes en el sentido de que

- *incluye a las parejas del mismo sexo, no solo para el caso del régimen patrimonial de bienes previsto en la ley 54 de 1990, sino también para los demás regímenes jurídicos que utilizan esa noción para conferir beneficios a las parejas no casadas". (Fl 28 del concepto rendido ante la Corte Constitucional)*

Considera el Jefe del Ministerio Público que a la luz de los precedentes establecidos en las sentencias C-075 y C-811 de 2007, los compañeros o compañeras permanentes del mismo sexo del afiliado del cual dependían económicamente, pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siempre que llenen los requisitos consagrados en la ley. Concluye la Vista Fiscal expresando: *"se requiere dar la misma protección que se otorga a las parejas heterosexuales o las parejas homosexuales, toda vez que estas últimas se encuentran en condiciones asimilables a las primeras, y por ende para no infringir ese mandato de protección, ha de extenderse al régimen de protección en materia de seguridad social - específicamente en lo referente a la pensión de sobrevivientes, consagrado exclusivamente por la Ley 100 de 1993 en los artículos 47 y 74 para las parejas heterosexuales, a las parejas homosexuales, toda vez que el legislador no ha ofrecido expresamente a la fecha en este caso un régimen legal de protección a las parejas homosexuales que están en situación equiparable". (Folio 31 del concepto rendido por el Procurador General de la Nación).*

La petición del Ministerio Público está encaminada a que se declaren exequibles las expresiones atacadas, bajo el entendido que cuando estas se apliquen, se entiendan comprendidos también el compañero o la compañera permanente del mismo sexo del afiliado. Respecto de la expresión "familiar" del inciso primero del artículo 163 de la ley 100 de 1993, pide estarse a lo resuelto en la sentencia C-811 de 2007 y en relación con el artículo 1º de la ley 54 de 1990, solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia C-075 de 2007.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

I. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

2. Asunto previo. Cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990 y artículo 163 de la ley 100 de 1993.

Se demanda en el presente caso la expresión *“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”*, contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, por vulnerar los artículos 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución, en cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales.

Mediante sentencia C-075 de 2007[1], la Corte declaró la EXEQUIBILIDAD de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, al estudiar unos cargos similares a los ahora propuestos.

En este caso se demanda también, las expresiones *“familiar”*, *“el compañero o la compañera permanente”* y *“compañero o compañera permanente”* contenidas en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, igualmente por vulnerar los artículos 1º, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución, en cuanto excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales.

La Corte, mediante sentencia C-811 de 2007[2], declaró EXEQUIBLE el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, al estudiar unos cargos similares a los ahora propuestos.

De esta manera, existe cosa juzgada constitucional frente a las expresiones enunciadas de los artículos 1º de la Ley 54 de 1990 y 163 de la Ley 100 de 1994.

Por lo anterior, procede en esta ocasión un pronunciamiento de fondo sobre los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

3. Cargos de la demanda y problema jurídico que debe analizar la Corte.

1 Para los demandantes:

Con la Sentencia C-075 de 2007, el precedente en materia de parejas homosexuales cambió significativamente, pues la Corte decidió que el régimen patrimonial de la unión marital de hecho debía ser extendido a las parejas homosexuales. Consideran los accionantes que se deben utilizar criterios similares para ampliar la protección en materia de pensión de sobrevivientes, haciendo extensivas éstos beneficios a las parejas integradas con personas del mismo género.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió a favor de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien en Colombia las autoridades negaron los beneficios de la sustitución pensional, por considerar que ésta prestación sólo era aplicable a parejas heterosexuales. Para el Comité, el Estado colombiano violó el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al no presentar argumento o prueba que sirviera para demostrar que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva.

Los accionantes consideran que los dos primeros no son cargos esenciales; es decir, explican como razón básica que las normas acusadas vulneran el artículo 13 de la Carta Política al excluyen a las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social ofrecido a las parejas heterosexuales, exclusión fundada en la orientación sexual de las personas que integran dichas parejas.

Agregan que los apartes atacados desconocen lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto excluir a las parejas homosexuales de los beneficios del régimen de seguridad social reconocido a las parejas heterosexuales, implica violación de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad a los cuales debe sujetarse la prestación del servicio público de seguridad social.

Las normas demandadas comportan una vulneración de la dignidad humana de las personas homosexuales que conforman parejas, por cuanto la distinción entre la opción homosexual y heterosexual en la que se fundan, reduce la posibilidad a los homosexuales de vivir plenamente su opción de vida. Añaden los accionantes que la dignidad humana también resulta menoscabada en su dimensión de garantía del mínimo vital, cuando como consecuencia del fallecimiento de uno de los miembros de una pareja homosexual, el otro que dependía económicamente de su pareja queda en una situación de desprotección que atenta contra sus posibilidades de vivir dignamente.

Finalmente, los demandantes consideran como argumento de su demanda el hecho que en los últimos ocho años han sido presentados ante el Congreso de la República cinco proyectos de Ley tendientes a regular los derechos patrimoniales y de seguridad social de las parejas del mismo sexo, sin que tales iniciativas hayan desembocado en normas que garanticen plenamente el ejercicio de los derechos de las personas que conforman parejas homosexuales.

2. Corresponde a la Corte Constitucional determinar si el conjunto normativo parcialmente acusado de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es inexecutable por cuanto limita a favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo de los mismos a las parejas conformadas con personas del mismo sexo.

La Sala deberá establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, impide válidamente que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes.

3. Con el fin de analizar el mencionado problema jurídico, la Corte hará referencia previamente a las personas homosexuales frente al ordenamiento jurídico Colombiano nacional e internacional, y a la naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

5. Las personas homosexuales frente a la Constitución de 1991. Estado social de derecho, dignidad humana, igualdad, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

5.1. cabe recordar, que la Constitución Política de 1991 estableció para Colombia el modelo de Estado social de derecho, considerado como un gran avance para los sistemas democráticos que lo han acogido, si se tiene en cuenta que con él se pretende ampliar eficazmente la órbita de protección de la persona, procurando dejar en el pasado doctrinas para las cuales lo más importante era el Estado y su organización. Con la adopción del nuevo modelo, se dinamizan algunos valores y principios característicos del Estado de derecho y aparecen otros útiles y necesarios para comprender adecuadamente la dimensión socio-política de la persona, considerada en adelante como la razón de ser de la estructura política, el sujeto principal de la misma y, por ende, el centro para la declaración, garantía y protección de los derechos que le son inherentes.

Con la declaración político-jurídica contenida en la primera línea del artículo 1° de la Carta Política, se imponen al Estado nuevos deberes y, en consecuencia, aparecen nuevos derechos a favor de las personas, particularmente aquellos relacionados con los valores intrínsecos e inherentes del ser humano: es decir, se elevan a la jerarquía de norma constitucional algunos postulados anteriormente considerados simple retórica, pero que actualmente constituyen el eje principal del ordenamiento jurídico.

5.2. Como primer fundamento del modelo conocido como Estado social de derecho, se cuenta el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana. De esta manera, el constituyente de 1991 aportó claridad respecto de quien es considerado el centro de la organización socio-política, es decir, la persona humana en su dimensión individual y social; en este último caso, en sus relaciones con los otros y en la tensión que se genera cuando ella interactúa con las demás personas.

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e immanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su libre intimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.

5.3. Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección[3]. En efecto, el Estado social de derecho reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.Po. art. 16), considerado corolario del pluralismo y la diversidad, valores superiores que actualmente identifican a los Estados liberales y democráticos de derecho, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, según el cual se le permite a la persona escoger y adoptar un plan de comportamiento acorde con su concepción del mundo y de su entorno social.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse, esto es, la posibilidad de adoptar, sin intrusiones ni presiones de

ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional [4]. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social [5].

Derecho mencionado que es de **status activo** y exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Por lo que, se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado [6].

Esta corporación ha considerado también, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad afirma la autonomía de cada ser humano como individuo único e irrepetible, cuyas tendencias y naturales inclinaciones merecen respeto en tanto no impliquen daño a otros o a la colectividad, sin que deba entenderse que, en el ámbito educativo, la búsqueda de realización de la persona resulta aceptable como pretexto para negar efectos a los actos de autoridad lícitos, que son inherentes a la función educativa. [7]

5.4. En efecto, si el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón del la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.

5.5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía e identidad personal que armoniza con lo previsto en el artículo 13 de la Carta, que proscribire toda forma de discriminación, entre otras por razón del sexo de las personas, pues éstas cuentan con la

libertad de opción sexual, considerada aplicación del citado derecho al libre desarrollo de la personalidad

En relación con la garantía consagrada a favor de todas las personas por el artículo 13 superior y que impide la discriminación por razones de género, la Corporación ha precisado:

“La Corte no considera que el principio democrático pueda en verdad avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos u no y las falsas creencias que han servido históricamente para cuatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público” [8]

5.6. La prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios por razones de sexo, también encuentra fundamento en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, a lo cual se agrega la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional [9].

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, en el artículo 26 del Primer Protocolo Facultativo establece:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

5.7. El Comité de Derechos Humanos encargado de la interpretación del Pacto ha afirmado que la categoría "*orientación sexual*" está incluida dentro del término "*sexo*" del artículo citado. Fue así como el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2003 una causa fundada en hechos similares a los referidos por los demandantes en el presente caso. El 18 de septiembre de 2003, el Comité, mediante Comunicación N° 941/2000, publicó la decisión que resolvió el caso *Young Vs Australia*[10]. La decisión tuvo que ver con la solicitud de pensión de "persona a cargo" elevada por el compañero permanente de quien falleció luego de 38 años de convivencia; el demandante afirmó ser víctima de la violación del artículo 26 del Pacto, porque el Estado australiano le había negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto la legislación interna sólo consideraba como beneficiario al compañero o compañera de diferente sexo.

5.8. Si de conformidad con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden buscar su propia identidad y la opción de vida que deseen llevar, inclusive respecto de su orientación sexual, y no pueden ser discriminados por ello, tales derechos fundamentales, *garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición*[11].

5.9. Cabe recordar, que si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, *la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan "coexistir las más diversas formas de vida humana".*[12] *En efecto, debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos (C.P art. 15) sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad (Art 16), motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente*[13],[14].

Sin embargo, pese a que la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto la libre opción sexual, y además prohíbe la discriminación por razón del sexo de las personas, las parejas homosexuales han sido tradicionalmente discriminadas, y solo han logrado reconocimiento jurídico y protección merced a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

§ 10 En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, estableció que el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales puede corresponder a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, cuando a estas no se les reconoce lo mismo sin suministrar una explicación objetiva y razonable. Sobre la discriminación en este campo, en la citada sentencia la Corte expresó:

"(...) se han producido distintos pronunciamientos orientados a identificar los casos en los que la diferencia de tratamiento entre parejas heterosexuales y homosexuales puede considerarse una forma de discriminación en razón de la orientación sexual. A ese efecto resulta pertinente acudir a dos pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano responsable de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los que, por una parte, se señaló que, en relación con el artículo 26 del Pacto (PIDCP), la prohibición de discriminar en razón del sexo de las personas comprende la categoría 'orientación sexual', la cual constituye, entonces, un criterio sospechoso de diferenciación[15], y por otra, se expresó que si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir determinadas prestaciones a las que sí pueden acceder los compañeros heterosexuales, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto[16]".

Respecto del tratamiento dispensado a los integrantes de la comunidad homosexual, en la misma providencia la Corte precisó: (i) La Constitución Política proscribe toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente[17].

Sentencia C-075 de 2007 en la que se concluyó una ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual que resulta lesiva de la dignidad de la persona

humana y contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución, en cuanto comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación

5.11. Mediante sentencia C-811 de 2007, la Corte reitera las consideraciones hechas en la sentencia C-075 de 2007 en cuanto a los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de que son titulares las parejas del mismo sexo, dispuso que el régimen de protección consagrado en el Plan Obligatorio de Salud se aplica también a las parejas del mismo sexo.

En este pronunciamiento, la Corte concluyó que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el Plan Obligatorio de salud comporta para éstas un déficit de protección inadmisibles a la luz de la Constitución. Al respecto consideró la Corte:

“A la luz de los criterios previamente esbozados, para la Sala es claro que la norma aquí acusada impone al ejercicio de la libertad en la elección sexual una carga que no se compatibiliza con el derecho que aquella libertad encarna. La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana

Ahora bien, además de que el impedimento de vinculación en pareja homosexual implica una discriminación de dicha opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de sus miembros, la Corte considera que la medida no es proporcional ni necesaria

Efectivamente, la Corte considera que la exclusión derivada de la norma sub iudice somete a una presión desproporcionada, y por tanto inconstitucional, el libre ejercicio de la opción sexual (art 16 C.P.), en cuanto que impide que personas que han decidido conformar una pareja estable -en un modelo que la Constitución acepta y ampara-, reciban los beneficios de un sistema que se ofrece a otros individuos -de distinto sexo- que también han decidido hacerlo.

La privación de dichos beneficios deriva, como se dijo, en un déficit de protección que afecta derechos de jerarquía fundamental. Ciertamente, la privación de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales afecta directamente el derecho a la salud de los miembros de la pareja del mismo sexo y compromete en última instancia su derecho a la vida (art. 11 C.P.), con lo cual se quiere significar que, en su caso, los derechos a la salud y a la vida se ven afectados por el ejercicio legítimo de su libertad.

5.12. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.

6. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes. Los límites de la potestad de configuración del legislador en esta materia.

6.1. Anteriormente denominado derecho a la sustitución pensional, la pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante; el de reciprocidad, por cuanto de esta manera el legislador reconoce en favor de ciertas personas una prestación derivada de la relación afectiva, personal y de apoyo que mantuvieron con el causante; y el de universalidad del servicio público de la seguridad social, toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.

La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.

Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insalvable de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de la naturaleza de la pensión de sobrevivientes[18], al respecto ha dicho que dicha prestación suple la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado del grupo familiar con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.

Adicionalmente, la Corte ha planteado que la pensión de sobrevivientes ‘(...) responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria’[19]. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del ucciso y compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades”[20].’[21]

6.2. La pensión de sobrevivientes ha sido definida como una de las expresiones del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y como aquella prestación que se genera a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que éstas últimas deban soportar las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento[22]. Sobre esta materia la Corte ha precisado:

“La sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria[23]. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y

que más dependían del causante y que, además, en muchos casos compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades mínimas.”[24]

6.3. Si bien, el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de ésta depende la materialización de mandatos constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Sobre esta materia la Corte ha explicado:

“Ahora bien, con relación a la naturaleza jurídica de esta prestación, la Corte ha establecido de manera reiterada[25] que si bien en principio se trata de un derecho de contenido prestacional, éste adquiere el carácter de fundamental cuando su determinación involucra a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como sucede en el caso de los hijos inválidos, ya que en estos eventos existe una relación de conexidad entre el derecho a la sustitución pensional y algunos derechos de rango fundamental, como lo son, la vida, el mínimo vital, la dignidad humana o a la integridad personal (...)

En consecuencia, el derecho a la pensión de sobrevivientes adquiere el carácter de fundamental cuando de éste depende la materialización de los mandatos constitucionales que propenden por el establecimiento de medidas de especial protección a favor de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tales como los niños, las personas de la tercera edad y los discapacitados o inválidos”.[26]

6.4. En cuanto a la finalidad de esta prestación, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia son acordes. Así, ésta Corporación ha dicho:

“(…) no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar

aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición"[27]

6.5. Igualmente, el Consejo de Estado se ha referido a esta institución expresando:

"(...) puesto que el espíritu que orienta la normas que rigen la sustitución pensional a cargo de los empleadores particulares es el de proteger a la persona que en realidad prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, que sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante"[28].

6.6. Ahora bien. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley, y como derecho irrenunciable se garantiza a todos los habitantes

6.7. En efecto, la Constitución Política le ha atribuido al Legislador un amplio margen de configuración para regular todo lo concerniente a la seguridad social al tiempo que ha establecido unos principios y reglas generales, básicas y precisas, a las cuales debe ceñirse el legislador para regular o limitar el alcance de dicho servicio público y derecho prestacional a la seguridad social[29].

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad[30]. "Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social"[31]. En mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad

social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Corte del 91". [32]

6.8. Esta corporación ha considerado, que la potestad de configuración del legislador debe someterse, entre otras, a un catálogo de reglas generales como son: (i) el reconocimiento de la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio nacional y, a su vez, (ii) como un servicio público obligatorio cuya dirección, control y manejo se encuentra a cargo del Estado. Adicionalmente, (iii) se admite la posibilidad de autorizar su prestación no sólo por entidades públicas sino también por particulares [33]; (iv) el sometimiento del conjunto del sistema a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. A los que el Acto legislativo 01 de 2005 añadió en materia de pensiones el principio de sostenibilidad financiera (C.P. art. 48) [34]. [35]

En relación con el último punto, cabe recordar que según el principio de universalidad, la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc [36]. En este sentido la Corporación ha hecho énfasis en que la universalidad implica que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social y que "no es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad" [37]. [38]

Al respecto la Corte desde sus inicios señaló lo siguiente:

"La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no podrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas". [39]

6.9. Además, como también lo ha considerado esta corporación, el legislador en ejercicio de la citada potestad de configuración normativa, además de someterse al cumplimiento -en concreto- de aquellas reglas y principios que regulan el suministro y

la exigibilidad de las prestaciones que componen el sistema de la seguridad social, se encuentra sujeto de igual manera a la observancia de aquellos otros principios, valores y derechos constitucionales previstos en el texto Superior, que generalmente limitan el desarrollo de la atribución constitucional de regulación[40],[41]

En dicho sentido, la Corte en sentencia C-671 de 2007 sostuvo que:

"Esta Corte ha señalado que si bien la Constitución señala unos principios que gobiernan los derechos a la seguridad social y a la salud, el Legislador goza de una amplia libertad para regular la materia, pues la Carta establece que la seguridad social se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "en los términos que establezca la Ley". (...) La amplia libertad del Legislador en la configuración de la seguridad social no significa obviamente que cualquier regulación legislativa sea constitucional pues no sólo la Carta señala unos principios básicos de la seguridad social y del derecho a la salud que tienen que ser respetados por el Congreso, sino que además la ley no puede vulnerar otros derechos y principios constitucionales".

6.10. Igualmente, esta Corte ha insistido, en que el control de la Corte sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1º del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginales o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; (iii) desconoce *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental; o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población[42],[43]

Precisado que la potestad del legislador para configurar todo lo concerniente a la seguridad social no es absoluta, sino que tiene como límite lo dispuesto en la Constitución, pasa la Corte a analizar el caso concreto.

7. Análisis de las expresiones demandadas

7.1. Los textos demandados hacen parte de los artículos 47, 74 de la ley 100 de 1993, sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Según los accionantes, la aplicación de los mismos significa discriminar a las parejas integradas con personas del mismo sexo, pues éstas no pueden acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes conforman parejas heterosexuales.

7.2. En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

7.3. Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

7.5. La Corte tiene establecido que el examen de medidas legislativas como las dispuestas por las expresiones demandadas se debe llevar a cabo mediante un control riguroso de constitucionalidad, cuando la norma impugnada "(i) incorpora una clasificación sospechosa, como ocurre con aquellas que están basados en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones según lo previsto en el inciso 1º del artículo 13 Superior; (ii) afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección

constitucional. (iii) *describiere prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental o finalmente, (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población'*; en estos casos se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional '*esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado Social de Estado*'. [44]

7.6. Si bien, con las expresiones atacadas el legislador propende por un sistema de protección acorde con los mandatos del artículo 48 de la Carta Política, sin embargo, la búsqueda de este propósito, así como su potestad de configuración, no lo habilitan para sacrificar principios y derechos considerados de mayor entidad dentro del modelo que caracteriza al Estado social de derecho, pues al redactar las expresiones demandadas generó una situación de abierta discriminación en contra de una comunidad que, como la homosexual, es considerada parte de una clasificación sospechosa en cuanto proviene de una distinción fundada en razones de sexo, distinción proscrita por el inciso primero del artículo 13 de la Constitución.

Al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, la Sala no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes.

7.7. Entre las objeciones formuladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en las condiciones reclamadas por los demandantes, aparece el siguiente argumento:

"... es claro que los beneficios de la seguridad social se concretan y estructuran en los términos en que el Legislador así lo disponga. Por ello, las leyes y normas, que regulan la seguridad social, deben tener en cuenta aspectos presupuestales y financieros, sin los cuales no podrían hacerse efectivos los derechos prestacionales y por tanto, materializarse acorde con los procesos de planificación económica y principios presupuestales, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional"[45].

Lo expresado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público amerita una respuesta en tres dimensiones: legal, económica y axiológica. En primer lugar, es cierto que el legislador goza de libertad para configurar el sistema de seguridad social, libertad que, como ya se advirtió, no es absoluta por cuanto está limitada por el texto de la Constitución Política.

En segundo lugar, no es cierto que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales desemboque en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema de protección de seguridad social en pensiones, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.

El legislador no puede válidamente suponer que en todo caso de muerte de un pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, no existe en el orden de prelación una persona legitimada para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la regla básica y general es que las personas hacen parte de un grupo familiar, de una comunidad de afecto y apoyo mutuo, al interior de la cual bien pueden estar presentes los futuros beneficiarios de la sustitución pensional. En adelante, el legislador deberá adecuar el sistema de protección social en pensiones a partir de análisis financieros que tengan en cuenta los efectos de la presente Sentencia, como también el nuevo orden de prelación establecido como consecuencia de la misma.

En tercer lugar, la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar

abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual.

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación[46], desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

8. Formalización de la convivencia

8.1. En el ordenamiento jurídico, la pensión de sobrevivientes se reconoce en el régimen solidario de prima media con prestación definida y en el de ahorro individual con solidaridad, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley, particularmente en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes.

8.2. Como lo expresó la Corte en la Sentencia C-521 de 2007, para todos los efectos se entenderá que lo dicho ante el notario es cierto y es expresado bajo juramento; de esta manera, los integrantes de la pareja asumen las consecuencias judiciales y

administrativas derivadas del fraude, la falsedad o la ausencia de veracidad en sus declaraciones. En la Sentencia que se menciona, sobre la formalización de la convivencia, la Corte expresó:

“Al respecto la Sala reitera el deber que tienen los particulares y las autoridades de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (C.Po. art. 83); sin embargo, es pertinente recordar que las autoridades públicas y las entidades particulares están en el deber de denunciar penalmente todo hecho que pueda significar atentado contra el ordenamiento jurídico, como medio para disuadir o sancionar a quienes pudieran buscar u obtener el estatus de beneficiario del POS sin contar con la calidad de compañero (a) permanente.

5.2. La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico”.

8.3. En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera permanente*”, “*compañero o compañera permanente*”; “*una compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*compañero o compañera permanente*”, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “*el cónyuge o la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*un compañero o compañera permanente*”; “*una compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*compañero o compañera permanente*” y “*compañero o compañera permanente*”, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Segundo: Respecto del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, estarse a lo resuelto en la **Sentencia C-075 de 2007**, que declaró la **EXEQUIBILIDAD** de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

Tercero: En cuanto a las expresiones demandadas del artículo 163 de la ley 100 de 1993, estarse a lo resuelto en la **sentencia C-811 de 2007**, que declaró **EXEQUIBLE** el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

AUSENTE EN COMISIÓN

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-336 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

PAREJAS HOMOSEXUALES-Igualdad de derechos reconocidos por la Constitución a la familia, al matrimonio y a las parejas heterosexuales (Salvamento parcial y aclaración de voto)

PAREJAS HOMOSEXUALES-Igualdad de derechos y obligaciones (Salvamento parcial y aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-6947

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente:

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi disenso parcial frente a la decisión adoptada en esta providencia, por cuanto en su momento me aparté de las decisiones adoptadas en las sentencias C-075/07 y C-811/07, a las cuales se dispone estarse a lo resuelto en esta oportunidad en los ordinales segundo y tercero de este fallo. Así mismo, aclaro mi voto a la decisión adoptada por la Corte por cuanto el suscrito magistrado sostiene una posición jurídica más amplia relativa a una protección integral de los derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

Por consiguiente, me permito reiterar aquí mis argumentos expuestos en salvamentos de voto a las sentencias mencionadas, en donde me he apartado de los fallos restrictivos de esta Corte, por cuanto en mi concepto se debe conceder de una vez por todas a las parejas del mismo sexo, la totalidad de derechos constitucionales reconocidos por la Constitución a la familia, al matrimonio y a las parejas heterosexuales, para lo cual parto de un concepto de familia acorde con el artículo 42 Superior, y del principio de dignidad humana, el cual obliga al reconocimiento de todos los derechos fundamentales y constitucionales a las parejas del mismo sexo.

(i) En este sentido, me remito a las razones expuestas respecto de la sentencia C-075 del 2007, las cuales cito *in extenso*, ya que considero que siguen siendo válidas en el asunto que hoy nos ocupa relativo a las expresiones demandadas del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, y de los artículos 47, 74 y 163 de la ley 100 de 1993:

***2. Restricción de la presente sentencia a los efectos patrimoniales frente a la connotación amplia de la expresión "efectos civiles" de la Ley 54 de 1990**

Considero que en la demanda se ataca el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 por la discriminación a las parejas homosexuales dentro de un espectro amplio de derechos, mientras que la presente sentencia reduce el estudio de constitucionalidad de la norma demandada y el problema de la discriminación de las parejas no heterosexuales al ámbito patrimonial, que no obstante, en mi opinión, tampoco se resuelve plenamente por la decisión que nos ocupa

A mi juicio, la demanda se planteó de una manera amplia, pues además del respeto a la dignidad humana y al derecho de asociación, se tenía que tener en cuenta otros derechos como el de la igualdad. Por consiguiente, en mi concepto, hay una diferencia entre lo que se oduce en la demanda y lo que plantea la sentencia. Los demandantes alegan discriminación de las parejas homosexuales en varios temas. Sin embargo, la sentencia plantea varias reducciones, la primera de éstas, referente al ámbito de las normas acusadas que lo reduce a los efectos patrimoniales, mientras que el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos "civiles", que no son solamente los patrimoniales.

En mi criterio, en esta sentencia se parte del supuesto de que el problema de discriminación contra los homosexuales es un problema meramente económico, ni siquiera civil, pues el término "efectos civiles" es, a mi juicio, mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve sólo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales.

En mi opinión, el punto a definir en este proceso es si el reconocimiento de derechos iguales para los homosexuales debe ser a medias o si se deben reconocer TODOS los derechos, es decir, derechos plenos a estas parejas. A mi juicio, en la demanda no se están pidiendo privilegios, sino que sólo se está pidiendo igualdad, lo cual no les reconoce plenamente esta sentencia.

Los demandantes solicitan a mi juicio, que no se discrimine a las parejas homosexuales y esto en todas las esferas: política, económica, social, económica, cultural, civil, en particular en el tema de la seguridad social, de los beneficios

prestacionales, de la adopción, sucesión, en relación al tema del procedimiento penal en el tema de la vivienda, etc. De este modo, considero que no solo deben tenerse en cuenta los efectos civiles sino también otros efectos jurídicos: laborales, seguridad social, los efectos en el ámbito penal, administrativo.

Así por ejemplo en materia alimentaria, los homosexuales no están amparados por la protección de alimentos para cualquier hombre o mujer que conviva en relación marital y dependa económicamente de ella para su subsistencia. Frente a esto, considero que el deber de solidaridad debe ser extensivo tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales.

En relación con el régimen de afectación o vivienda familiar, con el consecuente beneficio de inembargabilidad, estoy de acuerdo con el demandante en el sentido de que aquí existe otra discriminación en contra de las parejas homosexuales, toda vez que la normatividad concibe esta figura exclusivamente para los cónyuges y los compañeros permanentes cuya convivencia sea superior a dos años, por lo cual, la pareja homosexual no puede aspirar a que el bien inmueble adquirido por su pareja y usado como su habitación goce de este beneficio de inembargabilidad.

En relación con los efectos penales, como por ejemplo frente al tema de la violencia intrafamiliar, inmunidad para declarar, tenemos que la regulación de la violencia intrafamiliar – Ley 294 de 1996 y Ley 599 de 2000- protege, entre otras personas, a quien convive con el agresor, sin embargo, se le impide a un homosexual agredido por su pareja acceder a la protección especial que el legislador creó para la familia, debiendo limitarse a instaurar una denuncia por lesiones personales, con lo cual, en mi concepto, no se le otorgan las mismas garantías para esta forma de violencia intrafamiliar.

En materia procedimental igualmente, la Ley 906 de 2004, establece la excepción de denunciar, o para el imputado, la excepción de no incriminar a su compañero o compañera permanente, lo cual se refiere directamente a la definición contenida en la Ley 54 de 1990, beneficio que no cubre a los homosexuales y sus parejas, los cuales se ven obligados a denunciar o incriminar a su pareja homosexual.

En materia laboral, a pesar de que la ley 100 de 1993 estableció que los regímenes de salud y pensiones eran aplicables a todos los colombianos, las personas homosexuales no tienen la posibilidad de registrar o afiliar a su pareja, o de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o de la sustitución pensional, figuras a las que si pueden acceder las parejas de heterosexuales.

Respecto de los efectos migratorios, considero que deben reconocerse por ejemplo el derecho de ingreso, derecho de residencia, derecho de nacionalidad, de las parejas de homosexuales.

Así también, en materia de contratos y adquisiciones de seguros, se les niega a la pareja de homosexuales esta posibilidad jurídica, así como otros muchos aspectos civiles que dejó por fuera esta sentencia, además de no considerar otros efectos diferentes a los civiles y dejar por fuera otras ramas del derecho.

Por lo tanto, considero que la norma demandada es inconstitucional en un doble sentido, no sólo porque representa una clara discriminación frente a las parejas de homosexuales, sino por cuanto incluso representa una discriminación frente a las parejas de heterosexuales, ya que se las termina discriminando frente a las parejas matrimoniales. En este sentido en mi criterio esta ley también discrimina a los heterosexuales.

De otra parte, en mi opinión, en asuntos constitucionales no es de acogida el argumento según el cual la inconstitucionalidad detectada por el juez constitucional no se puede declarar sino es acusada en la demanda, por cuanto una cosa es la demanda y otra cosa es lo que tiene que hacer el juez constitucional. Precisamente en esto consiste, en mi entender la particularidad del juez constitucional, en que puede ir más allá de lo demandado en aras de proteger la supremacía e integridad de la Constitución. Con respecto a la desigualdad y a la libertad, el juez constitucional tiene que restablecer la igualdad y libertad plena y completa, independientemente de que en la demanda pidan o no lo pidan, y no limitarse por tanto a lo que pida el demandante. Así que ni siquiera este argumento resulta, a mi juicio, convincente.

En conclusión, sostengo la tesis de que la norma demandada se refiere a todos los "efectos civiles", que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil: por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil, las guardas de tutelos, todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión "efectos civiles" a los efectos meramente patrimoniales como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia.

A lo ya expuesto, me permito agregar, que el principio de igualdad que implica un mismo trato supone derechos y deberes iguales, de manera que si se asume un Estado de Derecho bajo los principios de igualdad y libertad se tiene que asumir en serio el reconocimiento pleno y total de los derechos a todas las personas y grupos poblacionales. Por tanto, en mi concepto, el Tribunal Constitucional ha debido ocuparse de TODOS LOS ASPECTOS JURIDICOS en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se haga por fuera de las normas, por cuanto, como quedó anotado, aún la expresión "efectos civiles" tiene una connotación amplia. A mi juicio, el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 se refiere a TODOS los efectos "civiles", que como se señaló no son únicamente los patrimoniales.

En síntesis, se puede afirmar que de un lado, la Ley 54 de 1990 representa no sólo una discriminación frente a las parejas homosexuales sino incluso frente a las parejas heterosexuales, por cuanto dicha ley restringe los efectos jurídicos y el reconocimiento de los derechos que hay que reconocer a las uniones maritales de hecho, sólo a los efectos civiles, y de otro lado, la interpretación restringida que se hace de esa ley en este sentencia es que los efectos civiles se reducen a los efectos patrimoniales, dejando de este modo de lado, toda una gama de efectos civiles como el matrimonio, la adopción, la sucesión, los aspectos laborales, pensionales, para nombrar solo algunos de ellos.

3. El concepto de familia

A mi juicio, el concepto de familia no se reduce a la conformada por un hombre y una mujer. El término "o" consagrado en el art. 42 de la Carta Política sugiere, a mi entender, que también se forma por la voluntad responsable de conformarla sin distinguir sexos. Por tanto, las uniones maritales de hecho deben tener, en mi concepto, los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales.

El concepto de familia del artículo 42 debe armonizarse con los principios fundamentales constitucionales, esencialmente con el principio de igualdad y libertad, y si se presenta choque o colisión entre ellos se debe dar una primacía a los principios fundamentales. De otra parte, la Constitución habla de la familia y no dice que es hombre o mujer, se refiere a los vínculos naturales o jurídicos y a la voluntad responsable. A mi juicio, el concepto de familia se llega por caminos diferentes, distintos y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este sentido, me permito reiterar mi tesis respecto de que la conformación de una familia puede realizarse por diferentes caminos^[47]: el matrimonio, la voluntad de los

membros de la pareja, ya que en mi criterio, la Constitución no contempla una sola forma de familia, ya que inclusive la familia puede estar constituida por una mujer solo con su hijo. Afirmito, que dejada una categoría jurídica, en ese caso, la de lo familiar, deben concederse entonces las mismas efectos jurídicos tanto para las familias conformadas por parejas heterosexuales como para las conformadas por homosexuales

Por tanto, a mi juicio, la interpretación que se ha hecho del artículo 42 de la Constitución Política no corresponde a lo que esta norma dice. El artículo 42 se refiere a la familia y señala a continuación los diversos caminos o vías, que conducen a la familia, de manera que no existe en nuestro sistema jurídico, un único camino que lleve a la organización familiar, sino que existen varios senderos y distintas clases de familia en nuestro sistema constitucional.

El matrimonio es apenas una de las entradas que conducen a la familia, y éste, en nuestro sistema jurídico, sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer; o sea que están excluidos los matrimonios entre personas de un mismo sexo; empero, el hecho de que este sea un camino hacia la familia, no implica que sea el único, ya que existen otros caminos.

La familia se puede constituir también por vínculos naturales o jurídicos, aunque no haya un hombre y una mujer en matrimonio; por ejemplo la mujer que va a un banco de espermias y se insemina artificialmente sin saber ni importarle siquiera quien generó el espermia y concibe uno o más hijos de esta manera, no hay duda que esta mujer y sus hijos constituyen una familia aunque no haya detrás de ella un matrimonio (esto es un evento de vínculo natural). El hombre que adopta uno o más niños, no hay duda que tiene una familia con ellos, aunque jamás contraiga matrimonio o conviva de hecho con alguna mujer (este sería un caso de vínculo jurídico)

La tercera vía para constituir familia es la voluntad responsable de conformarla y esta vía a diferencia de la del matrimonio no exige como condición sine qua non que se trate de un hombre y una mujer; de tal manera que basta con la voluntad responsable de dos personas para integrarla, sean de distinto sexo o del mismo sexo.

La Constitución trae varias disyuntivas, que se expresan gramaticalmente con la letra "o". En el caso del matrimonio se exige la decisión libre; decisión libre que no es otra cosa que la voluntad del hombre y la mujer de contraer matrimonio, de tal manera que el constituyente no necesitaba reiterar el elemento voluntad para los eventos en que se puede conformar una familia sin previo matrimonio; a no ser que se tratase, de eventos o hipótesis diversas, como a nuestro juicio se trata. No sobra recordar, que cuando el

constituyente utiliza conceptos o términos diversos es por que quiere distinguir situaciones diversas. En síntesis el constituyente se refirió dos veces a la voluntad para referirse a dos clases de familia, en un caso a la voluntad (decisión libre) de un hombre y una mujer, que por mediación del matrimonio forman una familia, y en el otro caso por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se tratase de hombre y mujer, lo que cubre también a las familias de pareja de un mismo sexo, o de sexo diverso, para que no han contraído matrimonio.

No sobra recordar que las familias que tienen el origen en un matrimonio se mantienen jurídicamente, aunque el matrimonio desaparezca, bien por un hecho jurídico como por ejemplo el divorcio de los padres, o por un hecho natural como la muerte de alguno de los padres o de ambos; esto demuestra que puede existir familia aunque no exista el matrimonio.

Sintetizando podemos afirmar, que ha existido una interpretación errada tanto por la Corte Constitucional como por otros intérpretes del artículo 42 de la Constitución, ya que no es cierto que la familia siempre esté integrada o tenga en su base a un hombre y a una mujer, este fundamento, hombre y mujer sólo se exige para el matrimonio, pero no se necesita para las otras clases de familia que se encuentran igualmente protegidas por nuestra Constitución.

De otra parte, considero que no debe existir discriminación alguna entre las parejas matrimoniales y las uniones de hecho y ello tanto para las parejas heterosexuales como para las homosexuales, por cuanto a la luz de los principios de nuestro Estado Constitucional de Derecho el matrimonio heterosexual no puede tener más derechos que las uniones maritales de hecho heterosexuales, ni tampoco frente a las parejas de homosexuales.

En este sentido, cabe preguntar si la Constitución habla de un matrimonio entre hombre y mujer y si esa es la única vía de formar un matrimonio? Mi respuesta categórica a esta pregunta es NO. El matrimonio de los laicos es, a mi juicio, un simple contrato. A la connotación religiosa no nos oponemos, pero en la esfera del Estado (secular y laico, separado de la iglesia) no se puede afirmar legítimamente que el matrimonio civil o el matrimonio religioso deban y puedan tener más derechos. Por el contrario, sostengo que en un Estado de Derecho a todo tipo de matrimonio, a todo tipo de uniones maritales de hecho, tanto de heterosexuales como de homosexuales, y a todo tipo de familia, se les debe conceder los mismos derechos y que los efectos jurídicos tienen que ser los mismos tanto para heterosexuales como para los homosexuales, y no se pueden aceptar válida y legítimamente el predicar efectos jurídicos diversos.

Por tanto, repeto que la norma que consagra la unión marital de hecho exclusivamente con efectos civiles es inconstitucional, porque un tipo de familia no puede ser de más y otra de menor categoría, sino que todas tienen que tener los mismos efectos: matrimonio civil o religioso tiene que ser igual a la unión marital de hecho. La norma demandada, como ya se anotó, discrimina incluso a las parejas de heterosexuales, porque sólo le concede a la unión marital de hecho efectos civiles.

Finalmente, me parece necesario anotar que en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no sólo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran en pecado. Sin embargo, no siempre ha sido así. Bástenos por ejemplo para ejemplificar nuestro aserto, el hecho de que la propia iglesia católica hasta el siglo XII casó homosexuales y que en sociedades que fueron cuna de la civilización occidental, como eran Grecia y Roma no existían esos preconceptos contra ellos. A este respecto, es suficiente con recordar que Sócrates y Platón eran homosexuales y, que a Julio César cuando entró a Roma, según cuenta Indro Montanelli, en su libro Historia de Roma, le gritaban: Viva César, el marido de todas las mujeres y la mujer de todos los maridos. La importancia para la humanidad de Sócrates, Platón o César, nada tiene que ver con su condición de homosexuales, ya que esa condición ni les quita ni les pone. Sólo cuando aprendemos a valorar a las personas independientemente de su condición sexual, estaremos valorándolos en su real condición humana, esto es, estaremos reconociéndoles la dignidad humana.

4. La dignidad humana y el reconocimiento pleno de derechos

El concepto de dignidad humana, elaborado fundamentalmente por Emmanuel Kant alude a aquello propio del ser humano que lo hace ser tal, esto es, que lo convierte en sujeto moral, es aquello que no tiene precio, es decir, de lo cual no puede predicarse valor de cambio por cuanto es invaluable, inajenable, irrenunciable y nos permite caracterizarnos como seres humanos con derechos. De otra parte, el reconocimiento de la dignidad humana tiene que ser total y completo, por cuanto no se puede ser medio digno. En este orden de ideas, si a los homosexuales se les reconoce dignidad humana, si son tan dignos como los heterosexuales, hay que necesariamente reconocerles todos los derechos. El correlato necesario del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de todos los derechos, esta es la clásica fundamentación de los derechos humanos en la tradición liberal kantiana hasta nuestros tiempos.

Por esta razón, no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los penales para mencionar sólo algunos.

En mi concepto, la jurisprudencia existente de esta Corte en relación a los derechos de las personas homosexuales, en el ámbito individual, para el desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la igualdad, se hace nugatoria y no tiene efectos reales, pues no toca el plano de la pareja, que tiene relación directa con el núcleo esencial del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, pues es un aspecto fundamental que hace real y efectivo la libertad y autonomía del individuo, a través del derecho a la libre opción sexual y la libre escogencia y desarrollo de un plan o proyecto de vida en compañía de la pareja sentimental o compañero sexual.

Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad, o se descubre el juego retardatorio de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica.

Por ello, en mi concepto, el punto central a definir en este caso es si el reconocimiento de la dignidad y por ende el de los derechos iguales debe ser a medias o si deben reconocerse derechos plenos, de conformidad con la idea de dignidad humana y el principio de igualdad.

En el debate planteado por ejemplo en torno del matrimonio de las parejas homosexuales hay cuestiones difíciles, pero considero que se debe diferenciar claramente entre la concepción religiosa sobre determinada forma matrimonial y el reconocimiento del matrimonio laico o del matrimonio de parejas homosexuales con todos los efectos jurídicos, y por ello no puede considerarse el matrimonio heterosexual y además religioso superior a las formas laicas o homosexuales. Así mismo, el trato de las uniones de hecho frente al Estado de Derecho debe ser igual, con los mismos efectos y las mismas consecuencias jurídicas.

Por ello, reitero mi disenso frente a esta sentencia. En mi opinión, no es que todas las parejas tengan que contraer matrimonio, sino que tiene que existir las mismas posibilidades jurídicas para todas las formas de conformación de familia y de pareja. Reitero por tanto, que los efectos jurídicos deben ser los mismos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, con matrimonio o en uniones maritales de hecho, en todos los ámbitos jurídicos, esto es, en todo lo que se relaciona con adopción, custodia, sucesiones, temas migratorios, contratación y adquisición de seguros, entre muchos otros.

A la expuesta me permito agregar que el reconocimiento de la igualdad que supone igual trato, implica derechos y deberes iguales, de manera que el aceptar que estamos en un Estado Constitucional de Derecho implica aceptar las consecuencias del reconocimiento de los mismos efectos jurídicos para las parejas independientemente de su conformación sexual. Por ello reitero, que en mi concepto, esta sentencia ha debido ocuparse de todos los aspectos en que están desprotegidas las parejas no heterosexuales, sin que por ello se pueda aducir, a mi juicio, que esto se encontraba por fuera de la norma demandada. Por lo demás, como quedó expuesto, el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 se refiere a todos los efectos "civiles", que superan con creces los meros efectos patrimoniales.

Adicionalmente, considero que la población homosexual es víctima de toda una cadena de diversas formas de discriminación: Así por ejemplo hay otras discriminaciones contra estos grupos por parte de: 1. Asociaciones y organizaciones civiles y mercantiles en general, por cuanto muchas asociaciones impiden a los homosexuales ser parte de ellas o se niegan a aceptarlos como miembros. 2. Discriminación "en" o "para" el empleo por cuanto patronos o sindicatos no los contratan o los contratan y descubren que son homosexuales y los despiden o los expulsan. 3. En lugares públicos: los homosexuales son discriminados en los parques, en los espacios públicos. 4. Casa o habitación: se les discrimina en el tema de la casa y/o habitación respecto por ejemplo de la suscripción de un contrato de arrendamiento. 5. Autorización y pago de créditos que no se autorizan. 6. Discriminación "en" o "por" instituciones gubernamentales o cargos públicos. 7. En instituciones educativas: se les discrimina en las dos partes de las relaciones educativas, o se le discrimina al alumno.

Así mismo, considero que existe en general una rueda o ciclo vicioso de discriminación, en la cual la condición de homosexual juega un papel importante. De este modo, existe por ejemplo una discriminación de inmigrantes por nacionales, de negros por blancos, de mujeres por hombres, de indígenas por dominantes, de pobres por ricos, de homosexuales por heterosexuales. Hay sectores de la población que sufren o padecen, y son víctimas de más de una discriminación a la vez, inmigrante, pobres, negros o indígenas, mujeres, homosexuales. Así por ejemplo, puede darse situaciones en que confluyan en una misma persona una serie de discriminaciones como cuando se es mujer, de raza negra, inmigrante, lesbiana y pobre.

De otra parte, sostengo que independientemente de que haya caído el socialismo, subsisten las clases sociales cada una con problemas diferentes, pues lo que es un problema para una clase no lo es para la otra. Pareciera que la situación de las personas homosexuales sólo le preocupara a las clases altas, por cuanto se ha reducido a un problema de orden económico, dejando de lado los demás ámbitos jurídicos y derechos por reconocer.

En síntesis, afirmo que en un Estado Constitucional de Derecho el primero de todos los principios es el de la dignidad humana y de los derechos el de la igualdad al lado de la libertad. Retiro por tanto mi fórmula de que se reconozca la igualdad de las parejas homosexuales en todas las esferas: civil, laboral, penal, prestacional, familiar, migratoria, etc. como consecuencia del reconocimiento a la dignidad humana de estas personas.

Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales.

En conclusión, sostengo que la única forma de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es otorgándolos TODOS y además de manera COMPLETA a todas las personas, sin ninguna clase de distinciones, en ese caso, respecto de sus preferencias sexuales. Considero que no protegemos realmente los derechos, ni les hacemos ningún favor, cuando los protegemos parcialmente, a medias, que fue lo que, a mi juicio, se hizo en este caso con esta sentencia, porque no se le entregaron todos los derechos civiles y muchos menos los demás derechos, como los derechos laborales, pensionales, en materia penal, etc.

5. Los límites de la competencia legislativa

En mi concepto, mediante la tesis esbozada en la presente sentencia, en el sentido de que el legislador tiene libertad de configuración para establecer diversos regímenes, se acepta que lo que existe, en este caso la legislación dirigida sólo a parejas heterosexuales, está bien, cuando es evidente que no lo está, pues representa una discriminación frente a las parejas homosexuales.

De otra parte, en repetidas oportunidades he sostenido que el Legislador tiene claros límites en el ejercicio de su poder legislativo, pues no puede ir en contravía de los pilares y principios fundamentales de nuestro Estado Social y Constitucional de Derecho, el cual se funda en la igualdad y la libertad, todo lo cual trae necesariamente

aparejada, como lo he sostenido, el reconocimiento de PLENOS DERECHOS a todos los ciudadanos sin perjuicio de su escogencia o preferencia sexual.

Así entonces, la libertad de configurar del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales y no por fuera de ellos, no puede por ejemplo darle al matrimonio civil menos derechos, no puede darles a otros un derecho distinto igual que los hijos de uniones maritales de hecho tienen igual derecho que los hijos de los matrimonios.

En mi concepto, el legislador no puede dejar de igualar: lo que da a uno debe dársele a otros. Lo que se da al matrimonio católico, tiene que dársele al matrimonio civil, lo que da al matrimonio debe dársele a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales.

En consecuencia, sostengo la tesis, que el Legislador no puede en este caso proferir una ley respecto de las uniones maritales de hecho y sus efectos que discrimina tanto a los heterosexuales como en mayor medida a los homosexuales, y que en consecuencia esta Corte ha debido reconocer plenos e iguales derechos y deberes en todas las ámbitos jurídicos tanto a las parejas de heterosexuales como a la de homosexuales.

6. Jurisprudencia Internacional

De otra parte, existe una nutrida jurisprudencia en el derecho internacional encaminado hacia el reconocimiento de los derechos de las parejas de homosexuales, no sólo en el ámbito patrimonial, sino en el ámbito civil, laboral, pensional, matrimonial, de adopción, etc.

Aquí nos limitaremos sólo a mencionar algunos ejemplos ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el Tribunal Europeo, de los cuales algunos fueron mencionados ya en la demanda.

Ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) cabe mencionar un primer caso en 1982 contra Finlandia y un segundo caso con fallo del 31 de marzo de 1994 en el caso Toonen vs. Australia provincia de Tasmania, en el que se estableció por primera vez que la orientación sexual constituye per se un estatus protegido contra la discriminación, en la que se garantizó el derecho a la igualdad y la no discriminación

de las personas homosexuales. Así mismo, en la decisión del 2003 del caso *Young vs. Australia*, el Comité se pronunció "sobre la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en el marco del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)", y determinó que constituía una discriminación contraria a los derechos humanos el hecho de que en las parejas heterosexuales el sobreviviente pudiese acceder a los beneficios pensionales, mientras que tal situación no podía ser reclamada por las personas homosexuales, lo cual, había sido calificado como una discriminación por razón del sexo, que no se encontraba justificada por el derecho internacional.

El Tribunal Europeo ha considerado que la discriminación contra las parejas homosexuales no se justifica bajo ningún punto de vista, ni siquiera bajo el pretexto de proteger a la familia, por cuanto en un caso el Tribunal Europeo había considerado que se habían violentado los derechos a la igualdad e intimidad de una persona que le habían quitado la custodia de su hijo por ser homosexual y convivir con otro hombre. Así mismo en el caso *Dudgeon Vs. Reino Unido -United kingdom-*, se estableció que la ley en Irlanda violaba el derecho a la privacidad del señor Dudgeon. Este fallo ha tenido influencia en fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y de la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la privacidad de la conducta entre homosexuales.

Así mismo, existen avances en Europa en relación con los derechos de los transexuales respecto del cambio de nombre y de género en papeles oficiales emitidos y bonos, en relación a la pensión de viudez (por ejemplo en Argentina 1997), en relación a beneficios médicos (en Canadá), respecto de derechos de propiedad (en Bélgica y Brasil), por solo mencionar algunos casos

7. La jurisprudencia de esta Corte y la reiteración de mi posición frente al tema de la homosexualidad

Considero conveniente también anotar, que existe una serie de fallos en esta nueva Corte, desde el 2001, en donde el suscrito magistrado ha participado y en donde los magistrados de este Tribunal Constitucional fijaron su posición jurídica respecto de los distintos derechos de la población homosexual, posición que permite observar o bien una posición progresista o bien una retardataria frente al tema que nos ocupa, por parte de los miembros de esta Corte:

Mediante la Sentencia C-814/01 se negó la adopción de menores a parejas homosexuales, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia fue votada a favor por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil, Alvaro Tafur Gálvis, Clara Inés Vargas Hernández. El suscrito

magistrado aclaró y salvó voto por considerar que las parejas de homosexuales si tienen derecho a adoptar en igualdad de condiciones que las parejas de heterosexuales. Así mismo, los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvaron voto conjuntamente por considerar viable, de acuerdo con la Constitución, que las parejas de homosexuales adopten.

La Sentencia SU.623/01 del magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, negó la inscripción como beneficiario en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de un homosexual. El suscrito magistrado y los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett salvaron voto conjuntamente por considerar que la negativa a vincular al sistema de seguridad social en salud a las parejas de homosexuales es violatorio del principio de universalidad del sistema de seguridad social, del derecho a la salud del homosexual, del principio de igualdad, y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de los homosexuales.

La Sentencia C-373/02 del magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño estudió la constitucionalidad de normas respecto del régimen de inhabilidades para concurso de Notario. En esta ocasión, la Corte declaró exequible de manera condicionada el parágrafo segundo del artículo 4º de la Ley 588 de 2000 e inexecutable los numerales 1º y 6º del artículo 198 del Decreto 960 de 1970. En relación con estos últimos numerales la Corte consideró inconstitucional alegar el motivo de homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial. Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cebra, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández votaron a favor la sentencia. Los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett salvaron su voto por razones diferentes al tema de la homosexualidad.

Con la Sentencia T-499/03 del magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis, se confirma una sentencia de tutela en el sentido de conceder el amparo del derecho a la visita conyugal a una reclusa homosexual. El suscrito magistrado y la magistrado Clara Inés Vargas Hernández votamos a favor la sentencia en Sala de Revisión de Tutela.

8. Propuestas de Fallo

Finalmente me permito dejar constancia en este Salvamento de Voto que en su momento el suscrito magistrado realizó dos propuestas concretas de fallo.

Una primera propuesta fue la fórmula de declarar inexecutable la expresión "civiles" contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990. Una segunda propuesta como consecuencia de la primera, fue la fórmula de que se señalara que las uniones maritales de hecho de homosexuales tienen los mismos derechos y deberes de las parejas heterosexuales

Mi primera propuesta consistía en que se declarara inexecutable la expresión "civiles" del citado artículo 1º de la Ley 54 de 1990, de manera que la protección fuera integral, esto es, que se reconocieran todos los derechos en todos los ámbitos jurídicos. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "efectos civiles" era el reconocimiento de iguales efectos en la unión marital de hecho tanto para las parejas heterosexuales como para las parejas homosexuales, esto es, los mismos efectos civiles, laborales, penales, sociales, etc.

En este sentido, me preocupa sobremanera que esta Corte asuma la tesis del reconocimiento de los derechos a los homosexuales a medias, reduciéndolo de una doble manera, de una parte a los efectos civiles, y de otra parte a una interpretación restringida y reducida de efectos civiles como efectos patrimoniales. Esta sentencia termina por tanto reconociendo la dignidad de las personas homosexuales a medias, sin que tengan iguales derechos, con lo cual se perpetúa la desigualdad.

Respecto de la propuesta de declarar inexecutable la expresión "civiles" contenida en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, se emitió un (1) voto a favor, el del suscrito magistrado, y ocho (8) en contra.

La segunda propuesta, estaba formulada en el sentido de colocar en pie de igualdad tanto a las familias de heterosexuales como a las de homosexuales, dándoles igualdad tanto de derechos como de deberes. Por ello propuse incluir la siguiente fórmula: "Las uniones de parejas homosexuales de hecho tienen los mismos derechos y deberes que las uniones maritales de hecho de heterosexuales".

Estas dos propuestas de fallo estaban encaminadas a abolir toda la legislación que penaliza o discrimina a los homosexuales en todas las esferas: política, económica, social, laboral, cultural, civil o en cualquier otra esfera y estaba dirigida a incluir derechos y beneficios específicos en materia de adopción, sucesión, en materia penal, en vivienda, matrimonio, custodia de hijos, sucesión, respecto de efectos migratorios como la residencia y ciudadanía de la pareja, así como en contratos y adquisición de seguros, entre otros

9. Conclusión

En conclusión se puede sostener que este fallo no sólo se queda demasiado corto en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, sino que también es confuso porque no reconoce la totalidad de los efectos civiles cuando la propia ley 54 de 1996 habla de "efectos civiles" que, como queda expuesto, no sólo incluye efectos patrimoniales sino que se extiende necesariamente a otros muchos ámbitos.

En este mismo sentido, considero que esta sentencia es contradictoria porque se ha empequeñecido los efectos civiles, dejando por fuera temas como el del matrimonio, la adopción, la custodia de hijos, que son temas todos del derecho civil. Aún cuando la presente sentencia se refiere a los efectos civiles, en realidad no se refiere a todos los efectos civiles, y por tanto termina empequeñeciendo la aplicación de la norma.

De otra parte, considero que la presente sentencia no reconoce de manera íntegra la dignidad de los homosexuales al no reconocerles de manera total y plena sus derechos.

Así mismo, no puedo dejar de resultar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna "cambiamos para que todo siga igual", y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.

Finalmente y para ponerlo en términos gráficos, considero que si les debemos a los parejas que no son heterosexuales 30 derechos y la ley que estamos discutiendo es una ley del año 99, es decir, que han transcurrido 17 años para concederles un derecho; de este modo, si cada 17 años se les concede un derecho, lo que va a pasar es que en el año 3000 todavía la Corte Constitucional les va a estar debiendo derechos a esta población de homosexuales."

(i) Así mismo, reitero los argumentos expuestos en salvamento de voto a la Sentencia C-811 del 2008, en donde sostuve:

1. En primer término considero que la presente sentencia se limita a la afiliación al régimen contributivo de seguridad social del núcleo familiar, también de parejas homosexuales, y no tiene en cuenta el régimen subsidiado, que debe proteger también las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

2. En segundo lugar considero que no se puede llegar a proteger solamente los derechos patrimoniales y de salud, dejando de lado otros derechos que sí se reconocen a las parejas heterosexuales, por lo en mi concepto continúa la discriminación frente a las parejas del mismo sexo y su núcleo familiar.

3. En tercer lugar como lo he sostenido en repetidas oportunidades, sostengo que a la luz de la Constitución Política, las parejas homosexuales tienen plenitud de derechos que deben ser restablecidos por el tribunal constitucional, tales como, la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar hijos.

4. En cuarto lugar, en mi criterio el condicionamiento que se propone en la parte resolutive de esta decisión que declara la inexequibilidad del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, desconoce de todas maneras los valores, principios y derechos constitucionales, por cuanto mantiene un trato diferente y discriminatorio frente a la pareja homosexual a la que no se reconoce que también conforma una familia. De forma contraria a esto, el suscrito magistrado considera que la Constitución Política consagra diferentes vías y caminos para la conformación de la familia y que el matrimonio es tan sólo uno de ellos, pudiendo por tanto legítimamente las parejas de homosexuales conformar una familia con la plenitud de los derechos otorgados a ésta en materia de matrimonio, adopción, seguridad social –salud y pensión, vivienda, en materia penal, etc.

5. Finalmente y de conformidad con lo anterior, el suscrito magistrado se permite reiterar sus salvamentos de voto en materia de igualdad de derechos para las parejas homosexuales^[48], remitiéndome por tanto a los argumentos expuestos en ellos por cuanto considero que son válidos también en este caso, ya que en mi criterio, en la jurisprudencia de esta Corte se encuentran muchos preconceptos y prejuicios que aún no se han abandonado.

En este orden de ideas, me permito insistir nuevamente en que no se puede pregonar el respeto de los seres humanos y de su dignidad como seres libres e iguales y al mismo tiempo volverse contra ellos, desconociendo sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, quisiera referirme especialmente al argumento sostenido relativo a que no puede haber una Constitución o una ley contra la naturaleza, concepto derivado del concepto iusnaturalista de "naturaleza humana" del cual distingo categóricamente por múltiples razones, entre ellas por constituir un concepto vago, ambiguo, que puede llegar a utilizarse para justificar cualquier sistema jurídico o social, como lo develaron en su momento Kelsen[49] y Bobbio[50], entre otros autores.

En este sentido, comparto plenamente las críticas que se han elevado frente al concepto de naturaleza humana por los autores mencionados. Así mismo, debo recordar aquí que la utilización del concepto de naturaleza humana con el objetivo de derivar de él consecuencias jurídicas de presupuestos empíricos viola tajantemente las más claras reglas lógicas del pensamiento racional según las cuales es imposible derivar consecuencias normativas o de "deber ser" de premisas fácticas o del "ser". Este tipo de error lógico fue develado y criticado por David Hume[51] y contemporáneamente por racionalistas críticos como Popper[52] y Albert[53], defecto lógico que se ha conocido como "falacia naturalista".

En este orden de ideas y en aras de la discusión, muy por el contrario a lo que se ha afirmado, de aceptarse que existe una naturaleza humana y por tanto una inclinación natural, la consecuencia debería ser entonces que con mayor razón no se podría sancionar a las parejas homosexuales por seguir sus propias inclinaciones sexuales naturales.



De otra parte, es de recordar que la Constitución Nacional consagra como valor, principio y derecho fundante del Estado constitucional y democrático de derecho, la libertad de las personas, como sujetos libres y autónomos, y que por tanto el desarrollo de la libertad y autonomía de los individuos implica la libre opción de vida, de búsqueda del ideal de lo bueno para cada uno y para cada quien, de la propia concepción del bien y de lo bueno "para mí", lo cual incluye la libre decisión de conformar una pareja y una familia, sin que el matrimonio sea la única vía para conformar ésta última. De esta manera, debo reiterar aquí un principio liberal básico, en el sentido de que el Estado no puede imponer a las personas y ciudadanos un ideal de vida o de lo bueno o de lo deseable, sino que tiene como límite el respeto de la libertad y autonomía de los individuos en cuanto sujetos morales.

Así pues, de conformidad con mi más claro y firme convicción en los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, y de que la Constitución no prevé el matrimonio como única vía para la conformación de familia, mi propuesta es y ha sido la de que la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familia, todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, pues hay que acabar con toda clase de prejuicios y preconceptos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

En este sentido, el suscrito magistrado se permite dejar constancia en el presente escrito de que en Sala Plena no se acogió mi solicitud de votar respecto de mi propuesta de afirmar la existencia de diversas clases de familia, también conformado por parejas homosexuales, todos ellos igualmente válidas y con plenitud de derechos

Con fundamento en lo expuesto, salvo parcialmente y aclaro mi voto a la presente sentencia.

Fecha *ut supra*

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

[1] Sentencia con aclaración de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Nilson Pinilla Pinilla y Marco Gerardo Monroy Cabra. Y, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

[2] Sentencia con aclaración de voto de los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Catalina Botero Marino. Y, salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

[3] Ver sentencia T-532 de 1992

[4] Sentencia T-542/92

[5] Ver sentencia C-507 de 1999

[6] Ver sentencia T-532 de 1992

[7] Ver sentencia T-037 de 1995

[8] Sentencia C-098 de 1996

[9] Cfr., entre otras, las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; y T-453 de 2005

[10] Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000.

[11] Ver sentencia T-268 de 2000

[12] Sentencia C-431 de 1999.

[13] Sentencia C-098/96.

[14] Sentencia T-268 de 2000

[15] Caso *Toonen c. Australia*. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

[16] Caso *Young c. Australia* Comunicación N° 941/2000: Australia 18/09/2003. CCPR/C/78/D/941/2000.

[17] Sentencia C-075 de 2007, fundamento 5.

[18] Cfr. entre otras, las sentencias, C-080 de 1999, T-049 de 2002, T-524 de 2002 y C-111 de 2006.

[19] Sentencia C-002 de 1999.

[20] Sentencia C-1176 de 2001

[21] Sentencia T-460 de 2007

[22] Cfr., entre otras, las sentencias T-190 de 1993; T-553 de 1994, C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002, C-1094 de 2003 y T-326 de 2007

[23] Sentencia C-002 de 1999

[24] Sentencia C-111 de 2006

[25] En la sentencia C-111 de 2006, la Corte Constitucional hizo referencia a algunas decisiones de tutela en las cuales esta Corporación puso de presente el carácter fundamental de la pensión de sobrevivientes, a partir de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la integridad personal y a la educación, consideración que se encuentra, entre otras, en las sentencias T-1185 de 2004 y T-996 de 2005

[26] Sentencia T-326 de 2007.

[27] Corte Suprema de Justicia. 17 de abril de 1998, Radicación 10406.

[28] Consejo de Estado, Sección Segunda, sent. julio 1º-93.

[29] Ver entre otras sentencias las C-1089 de 2003, C-623 de 2004, C-516 de 2004 y C-543 de 2007.

[30] Cf. Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001 y C-130 de 2002.

[31] Sentencia C-1489 de 2000.

[32] Sentencia C- 791 de 2002 reiterada en sentencia C-543 de 2007.

[33] Sentencia C-1489 de 2000.

[34] Así se reconoce expresamente en el artículo 48 del Texto Superior, conforme a las modificaciones efectuadas por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, en los siguientes términos: *"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo."*

[35] Sentencia C-543 de 2007.

[36] Ver entre otras las sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la sentencia C-823/06 S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla.

[37] Sentencia C-823 /06 S.P.V. Nilson Pinilla Pinilla.

[38] Sentencia C-543 de 2007.

[39] Sentencia C-575/92.

[40] Ver la sentencia C-111/06.

[41] Sentencia C-543 de 2007.

[42] En ese orden de ideas la Corte declaró inexecutable el límite de los 18 años edad previsto en la disposición acusada, para que las madres trabajadoras cuyos hijos padezcan de invalidez física o mental, cuando éstos dependan económicamente de aquellas, puedan ser beneficiarias de la pensión especial de vejez dirigida a garantizar el debido cuidado y protección de las personas discapacitadas. En sus propias palabras, la Corte sostuvo: *"La Corte comparte el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos"*

económicas. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación (...) // Por otra parte, la Corte es consciente de que derechos como los que se discuten en este proceso son de aplicación progresiva, lo cual indica que no siempre pueden ser desarrollados en toda su dimensión de un día para otro, y que probablemente es necesario que inicialmente los beneficios se focalicen en algunos grupos. Sin embargo, es clara que la marginación del acceso al beneficio para las madres trabajadoras de los hijos mayores de edad afectados por una invalidez física o mental que no les permite valerse por sí mismos y que dependen económicamente de ellas, no es constitucionalmente legítima, dada la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran. Puesto que de lo que se trata es de facilitarle a las madres trabajadoras que apoyen de forma permanente a sus hijos inválidos y que dependen de ellas económicamente, la diferenciación establecida por la norma acusada es inaceptable a la luz de la Constitución, pues como ya se señaló el mero tránsito de edad no modifica por sí mismo las condiciones de los hijos”.

[43] Sentencia C-543 de 2007

[44] Sentencia C-111 de 2006.

[45] Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fl. 102 y siguientes del expediente.

[46] Sentencia C-811 de 2007

[47] Ver Salvamento de Voto a la Sentencia C-841 del 2001.

[48] Ver Salvamentos de Voto a las sentencias C-814 de 2001, C-821 de 2005, C-075 de 2007 y C-521 del 2007.

[49] Ver Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.

[50] Ver Bobbio, Norberto, *Sociedad y Estado en la filosofía en la sociedad política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

[51] Ver Hume, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza Editorial, Barcelona, 2001.

[52] Ver Popper, Karl Raimund, *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

[53] Ver Albert, Hans, *Tratado sobre la razón crítica*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.