

Discriminación por orientación sexual o identidad de género

Caso Duque vs. Colombia de la Corte IDH

Claudia Lucia CASTRO BARNECHEA*

La autora analiza al detalle la sentencia de la Corte IDH en el caso Duque vs. Colombia y considera que los Estados que se someten a la competencia contenciosa de este tribunal supranacional se encuentran obligados a proteger y garantizar los derechos de las personas discriminadas por su orientación sexual o su identidad de género.

RESUMEN

› PALABRAS CLAVE

Corte IDH / Comisión IDH / Sistema Interamericano / Sistema Universal / Derechos humanos / Prohibición de discriminación / Orientación sexual / Identidad de género

Recibido : 24/08/2017

Aprobado : 31/08/2017

I. ANTECEDENTES

La República de Colombia ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el 31 de julio de 1973 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985, por lo que era posible acceder a la Corte interamericana (Corte IDH) para este caso.

Así como este, existen más de 20 sentencias en las que se declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones a la CADH a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De igual manera, hay un número considerable de casos contra Colombia en otras instancias y que se relacionan con la temática del caso en análisis. A nivel interamericano, hay casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tales como el caso Álvarez Giraldo v. Colombia de 1999 (Informe 71/99) y a nivel universal se presentan una serie de casos en los Comités de la ONU como el denominado caso X v. Colombia del 2007 ante el Comité de Derechos Humanos.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios concluidos en la maestría de Derechos Humanos de la misma casa de estudios. Investigadora y consultora en temas de Derecho Internacional y Derechos Humanos.

II. HECHOS RELEVANTES

1. Hechos generadores del caso

El señor Ángel Alberto Duque (en adelante, el señor Duque o la víctima) es un ciudadano colombiano que inició, el 15 de junio de 1991, una relación de convivencia con su pareja J.O.J.G., también ciudadano colombiano, la que duró 10 años y 3 meses, hasta el 15 de setiembre del 2001, cuando su pareja falleció. El señor Duque fue diagnosticado el 4 de agosto de 1997 con VIH y empezó un tratamiento con antirretrovirales que no podía ser interrumpido.

El señor J.O.J.G. trabajaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional y estaba afiliado a Colfondos, una aseguradora privada en temas de pensiones y cesantías. Debido a esto y frente al fallecimiento del señor J.O.J.G., el señor Duque presentó el 19 de marzo del 2002 una solicitud de información sobre los requisitos para solicitar la pensión de viudez con la finalidad de obtener ingresos para solventarse y continuar su tratamiento de VIH.

El 3 de abril del 2002, Colfondos le respondió señalando que, según el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, no le corresponde ser calificado como beneficiario pues la pensión se otorga al cónyuge, compañero o compañera civil y la normativa civil vigente al momento establecía que el matrimonio y la unión civil de hecho se podía dar solo entre personas de diferente sexo.

2. Procesos en sede nacional: acción de tutela

Frente a esto, el 26 de abril del 2002, el señor Duque interpuso una acción de tutela

solicitando la pensión de viudez como mecanismo urgente pues no contaba con rentas propias y necesitaba mantener su tratamiento de VIH de forma ininterrumpida. El 5 de junio de ese año¹, la primera instancia denegó la tutela y la declara improcedente debido a que esta es un mecanismo residual y a que el juez consideró que existen otras vías (como el proceso contencioso-administrativo y la apelación administrativa ante Colfondos). Además, señaló que no existiría violación de derechos pues la ley y la Constitución no reconocen esos derechos a las personas homosexuales y que, si su deseo es contar con seguridad social en salud, haga el requerimiento al sistema estatal subsidiado gratuito.

Ante esto, el señor Duque impugnó la decisión y, el 19 de julio de 2002, la segunda instancia confirmó la decisión señalando que no corresponde revisar este tema a través de la tutela pues se trata de un derecho patrimonial derivado de la ley y no un derecho fundamental constitucional. Además, señaló que la pensión es para proteger a la familia y solo hombre y mujer forman una familia. Luego de esto, el 26 agosto de 2002 se informa que el expediente de tutela no es seleccionado por la Corte Constitucional para revisión.

3. Primera etapa del proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luego de haber obtenido resultados negativos en el proceso de tutela seguido en el fuero nacional, el señor Duque (a través de sus representantes²) presentó una petición³ ante la CIDH el 8 de febrero de 2005, por violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la igualdad

1 Se debe tener en cuenta que, según el ordenamiento jurídico colombiano, la acción de tutela tiene un plazo de 10 días para ser resuelta debido a que se trata a una medida de urgencia.

2 Representantes (en este caso también son los peticionarios): Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti.

3 Petición 123-05 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ante la ley y a la protección judicial, establecidos en los artículos 4, 5, 8, 24 y 25 de la CADH, en conexión con el artículo 1.1. Es recién el 2 de noviembre del 2011 que la Comisión emite el Informe de Admisibilidad (N° 150/11).

El 2 de abril del 2014, la Comisión emitió el Informe de Fondo (N° 5/14) sobre el caso en cuestión concluyendo que el Estado colombiano sería responsable por la violación de⁴:

- El artículo 5.1 de la CADH (derecho a la integridad).
- Los artículos 8.1 y 25 de la CADH (derecho a las garantías judiciales y protección judicial).
- El artículo 24 de la CADH (derecho a la igualdad y no discriminación).
- Todos los anteriores, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

Este Informe de Fondo también emitió las siguientes recomendaciones:

- a) Reparar los derechos violados: tanto el daño material como el inmaterial incluyendo el otorgamiento de la pensión, una compensación y el acceso al servicio de salud para VIH.
- b) Garantía de no repetición: adoptar medidas para que el pronunciamiento jurisprudencial (que luego de este caso emite la Corte Constitucional de Colombia) se aplique a todos los casos, incluyendo los casos anteriores al pronunciamiento.

- c) Adoptar medidas para la capacitación debida del personal del sistema previsional y de seguridad social.
- d) Adoptar medidas para garantizar que no haya discriminación en el acceso al servicio de seguridad social, incluyendo la exigencia de los mismos medios de prueba para ser beneficiario(a).

El Estado colombiano solicitó tiempo adicional para cumplir con lo fijado por la Comisión, por lo que se le otorgó una ampliación de tres meses. Luego de cumplido este plazo, la Comisión evaluó el estado del cumplimiento y consideró que no se había cumplido con lo establecido en sus recomendaciones, por lo que elevó el caso a la Corte IDH el 21 de octubre de 2014.

4. Segunda etapa del proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de sometido el caso ante la Corte IDH, el 12 de enero del 2015, los representantes de la víctima presentaron el Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas⁵ (ESAP)⁶, seguido por la contestación del Estado y las excepciones el 1 de abril del 2015, así como de las observaciones a las excepciones del 1 de junio del 2015.

La audiencia pública se dio el 25 de agosto del 2015 y la presentación de los alegatos finales⁷ y observaciones finales⁸ un mes después, es decir, el 25 de setiembre del 2015. Finalmente, la Corte IDH emitió sentencia el 26 de febrero del 2016.

4 Vale la pena aclarar que, en su Informe de fondo, la CIDH no acoge el pedido de los representantes de incluir el artículo 4.1 de la CADH.

5 Existe una diferencia entre el petitorio de los representantes de la víctima y la CIDH respecto a los derechos violados. Los representantes señalan en su petición y argumentación la presunta violación del artículo 4 referente al derecho a la vida, el cual no ha sido recogido por la CIDH en su Informe de Fondo.

6 De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de la Corte.

7 En el caso de los representantes de las víctimas y del Estado.

8 En el caso de la Comisión (si lo considera pertinente).

5. Sobre las excepciones preliminares

La sentencia recoge lo dicho por la Comisión, los representantes de la víctima y por el Estado. En primer lugar, la sentencia se pronuncia sobre las excepciones⁹ planteadas por el Estado. A saber: excepción de falta de agotamiento de los recursos internos con respecto al pedido de otorgamiento de una pensión de viudez; y, excepción con respecto a los hechos en los que se pretende fundar la presunta violación al artículo 1.1 de la CADH y falta de agotamiento de los recursos internos frente al derecho a la vida e integridad personal.

Con respecto a la primera excepción, la Corte señala que se deben tener en cuenta dos momentos distintos para evaluar este tema. El primer momento es todo lo ocurrido hasta el año 2005, en el que el señor Duque recurre a la Comisión Interamericana, y el segundo momento sucede en el año 2011, cuando se emite el Informe de Admisibilidad.

En lo que refiere al primer momento (al 2005), el Estado indicó que a la fecha de presentación de la denuncia a la Comisión existían mecanismos internos que no fueron agotados debidamente por el señor Duque, tales mecanismos también fueron mencionados por los jueces que vieron en sede interna la petición de tutela y señalaron que existía la vía administrativa para apelar la decisión en Colfondos y la opción de recurrir a un proceso contencioso-administrativo. A pesar de eso, la Corte señaló que el Estado, al presentar sus alegatos, indica a la acción de tutela como un mecanismo adecuado y efectivo que debía agotarse. La Comisión señaló que el principio de subsidiaridad no es ilimitado, por lo que el Estado debió informar oportunamente sobre los procedimientos y mecanismos disponibles ya que la regla de la carga

de la prueba lo indica así y que la Comisión no investiga de oficio los recursos existentes dentro de un ordenamiento nacional. Al respecto, los representantes de la víctima señalaron que, para esa época, ninguna de las opciones garantizaba el acceso real a la pensión buscada. Debido a esto, la Corte cuestiona si el Estado presentó la información debida en el momento oportuno y señala que, ya que este señaló a la tutela como un mecanismo adecuado y efectivo, se considera que si se agotaron los recursos internos, teniendo en cuenta que esta es un recurso de urgencia y que la situación correspondía con un contexto de urgencia para la víctima.

En el segundo momento (2011), el Estado señala que el marco normativo cambió gracias a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, especialmente en dos sentencias referidas al tema de la pensión para parejas del mismo sexo. Estas son:

- 2007: Se emite la sentencia C-075 de la Corte Constitucional Colombiana en la que se aplica por igual a las parejas del mismo sexo el régimen patrimonial de los compañeros civiles (unión civil o “unión de hecho”).
- 2007: Se emite la sentencia C-811 de la Corte Constitucional Colombiana en la que se aplica por igual a las parejas del mismo sexo las cuestiones relativas al régimen contributivo del sistema general de seguridad social salud.
- 2008: Se emite la sentencia C-336 de la Corte Constitucional Colombiana en la que se extiende como beneficiarios de pensión a las parejas permanentes del mismo sexo (aunque se aplicaba a casos a partir de esa fecha y se requería una serie de requisitos probatorios extra).

⁹ Referentes al artículo 42 del Reglamento de la Corte.

- 2010: Se emite la sentencia T-051 de la Corte Constitucional Colombiana en la que se establece que lo fijado en la C-336 debía aplicar a casos anteriores al fallo y que se amplía la forma de probar la convivencia permanente.

Este es el primer caso en el que la Corte IDH analiza las consecuencias jurídicas de la protección a las parejas del mismo sexo por parte del sistema jurídico de los Estados.”

Debido a esta modificación del ordenamiento jurídico, el Estado señala que se crearon mecanismos nuevos para que las parejas del mismo sexo puedan acceder a una pensión y que el señor Duque debió acceder a ella. A pesar de esto, la Comisión señala que dichos mecanismos no fueron comunicados con claridad en su debido momento pues no existe un deber de la Comisión ni de la Corte de investigar las evoluciones jurisprudenciales dentro de cada país y que debió ser el Estado colombiano el que manifestara dicho cambio y demostrara que era suficiente para garantizar el acceso a la pensión por parte de estas parejas. La Corte concluye que, al no haber certeza del efecto retroactivo de estos nuevos mecanismos y no haber garantía en la igualdad al momento de realizar la probanza dentro de dichos mecanismos, se debe desestimar la excepción y seguir con el fondo del caso¹⁰.

Con respecto a la segunda excepción, el Estado señala que la víctima no ha probado que se le suspendió el tratamiento antirretroviral necesario por su diagnóstico de VIH, por lo que no se tiene certeza de que su vida e integridad personal hayan estado en riesgo y que, de haber sido el caso, el señor Duque debió recurrir

a la tutela a nivel interno y agotar ese recurso por ser el mecanismo adecuado y efectivo para ese supuesto. Ante esto, la Comisión señaló que realmente ese tema se debe ver en el fondo del análisis y no en la admisibilidad y que, además, la acción de tutela fue negada en dos instancias y que cuando se trata de violaciones que se dan como efecto de la violación prin-

cipal no es necesario agotar recursos. Los representantes coinciden con la visión de que este tema es una consecuencia relacionada a la violación principal y no debe separarse. Finalmente, la Corte señala que lo alegado por el Estado no es realmente una excepción preliminar ni una causal de inadmisibilidad por lo que esto se verá en el fondo del análisis. De igual manera, señala que se trata de derechos conexos por lo que solo se necesita agotar los recursos internos referentes a la violación principal (el negar la pensión por tratarse de una pareja del mismo sexo). En consecuencia, desestima la excepción.

6. Consideraciones previas y el reconocimiento del hecho ilícito internacional por parte del Estado

El Estado reconoce la existencia de un hecho ilícito internacional continuado, pero señala que este cesó antes de la admisibilidad (vista en el 2011 en la CIDH). En consecuencia, el Estado reconoce que subsistieron los efectos después de la cesación del hecho ilícito por dos aspectos que la sentencia de la Corte Constitucional (C-336 del 2008) sobre el tema no deja claro: los efectos en el tiempo

10 Como ejemplo de la incertidumbre se puede ver la sentencia T-1241 del 2008 y la T-911 del 2009 en las que se señala que no se aplica a casos pasados a la fecha de emisión de la C-336 y en las que se hace exigencia a medios probatorios excesivos. Posterior a la T-051 también hay casos en donde se ve que la incertidumbre persiste: T-592 del 2010, T-860 del 2011 y T-357 del 2013.

de la modificación que crea¹¹ (pues al no especificar su aplicación retroactiva de manera literal, se entiende que se aplica bajo la regla general que la hace regir hacia el futuro); y, por los medios probatorios que requiere (se consideran excesivos y lesivos para las parejas en casos como el señor Duque pues se solicita una declaración de ambos o ambas ante notario y esto no sería posible para las parejas en las que un miembro ya falleció).

A pesar de esto, el Estado señala que tales defectos se subsanaron en una sentencia posterior (T-051 del 2010). Ante lo mencionado se debe tener en cuenta que dicha sentencia establece que debería aplicarse a todos los casos, aunque no fija efectos retroactivos de manera literal y fija el cambio en los medios probatorios, pero tal sentencia llegó a la Corte Constitucional por medio de una acción de tutela por lo que el efecto, en principio, aplica solo a las partes del proceso y no a la generalidad (como es el caso de las sentencias de control de constitucionalidad como es la C-336). Debido a esto, si bien la sentencia del 2010 es mucho más protectora y abierta, no hay garantía de que esta se aplique de manera real a otros casos. Esto debido a que, para cambiar un precedente constitucional dado en una sentencia de control de constitucionalidad, se debe recurrir a un mecanismo especial que implica dar otra sentencia del mismo tipo, pero de sala plena en donde todos los magistrados de la Corte Constitucional lo acuerden (emitiendo una sentencia conocida como sentencia de unificación).

Además, la T-051 debió fijar expresamente sus efectos retroactivos, condición que no queda clara por lo que muchos jueces no la aplican a casos anteriores por seguir la regla general que señala que las sentencias se aplican a futuros casos. De igual manera, al ser una sentencia de tutela no genera fuerza de precedente obligatorio, incluso no demuestra consenso pues no se cumple con el requisito de sala plena y la sentencia tiene salvamentos de voto. En ese sentido, se debe considerar que la sentencia del 2010 no soluciona el tema, pues luego la incertidumbre persiste, situación que se puede ver materializada en los casos sobre el tema que se presentan en años posteriores como la T-357¹² del 2013, por ejemplo.

En este aspecto la Corte señala que el Estado acepta y reconoce la existencia del hecho ilícito internacional, pero que esto no es sinónimo de un reconocimiento de responsabilidad internacional por violación de la CADH. Si bien es cierto que el Estado señala que cesó y subsanó el hecho ilícito, la Corte considera que, aunque no se trata de un allanamiento, la declaración hecha por el Estado sí tiene efectos jurídicos al analizar el fondo del caso.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿Desde cuándo se considera a Colombia vinculada por la obligación internacional de no discriminar por orientación sexual?
 - a) ¿Cuándo se considera que nace una obligación internacional?

11 Se debe tener en cuenta que la práctica constitucional colombiana establece que, cuando una sentencia de control de constitucionalidad quiere que sus efectos sean tomados como nulidad (desde el inicio de la vigencia de la ley), lo debe especificar expresamente en la sentencia. Así se ha hecho en otros casos con respecto a leyes declaradas inconstitucionales, pero en el caso de la C-336 no se hizo así, por lo que aplica la regla general.

12 La sentencia T-357 del 2013 se trata de una acción de tutela que llegó a la Corte Constitucional luego de haber sido negada en dos instancias. Se trata de una solicitud de pensión por parte de una pareja del mismo sexo, el fondo de pensiones exige unión marital y una serie de requisitos que no eran los fijados en la T-051 del 2010. Como este ejemplo, existen varios más que son citados por el perito Rodrigo Uprimny en su peritaje ante la Corte IDH.

- 1) ¿Desde cuándo se puede considerar existente la obligación de no discriminación en materia de orientación sexual aplicable a Colombia?
 - b) ¿Cómo se genera un hecho ilícito internacional?
 - c) ¿Cómo se genera la responsabilidad internacional? ¿Cuáles son sus elementos y consecuencias?
 - 1) ¿Cómo se considera si hubo cesación del hecho ilícito internacional en este caso? Y ¿qué efectos causa?
 - d) ¿La cesación del hecho ilícito internacional alegada por Colombia, por la existencia de un nuevo procedimiento para el otorgamiento de pensiones, es un eximente para declarar la responsabilidad internacional en este caso?
2. ¿La negativa de otorgar la pensión al señor Duque constituye una violación al derecho a la igualdad y no discriminación a la luz de la CADH?
- a) ¿Qué es discriminación a la luz de la CADH?
 - 1) ¿Es la orientación sexual una categoría sospechosa a la luz de la CADH?
 - 2) ¿Cuál es la diferencia de la obligación de no discriminación del artículo 24 y del artículo 1.1 de la CADH?
 - b) ¿Cuál es el contenido de la pensión como derecho y su finalidad?
 - 1) ¿Quiénes son los titulares (y beneficiarios) del derecho a la pensión y las modalidades de pensión en Colombia?
 - 2) ¿Qué concepto de familia es aplicable a estos casos (inclusión de las parejas del mismo sexo en este concepto y su subsecuente inclusión como beneficiarios)?
 - c) ¿Es razonable la diferenciación hecha por Colombia para no otorgar el derecho a la pensión a la unión formada por el señor Duque y su pareja?
3. En el presente caso, ¿resulta correcto que la Corte IDH no declare la vulneración del artículo 25 referente a la protección judicial?
- a) ¿Los resultados obtenidos por el señor Duque en su proceso de acción de tutela constituyen una violación aun cuando en ese momento no había claridad sobre la existencia de la obligación?
 - 1) ¿Se agotaron adecuadamente los recursos internos con el uso de la tutela?
 - 2) ¿Era la tutela el medio adecuado?
 - b) ¿La apertura del mecanismo administrativo, en el 2008 y 2010, a partir del cambio de precedente en la Corte Constitucional exime al Estado de responsabilidad por violación al derecho a la protección judicial del artículo 25.1 de la CADH?
 - 1) ¿La habilitación de mecanismos posteriores a los hechos satisface la obligación?
 - 2) ¿Era necesario que el señor Duque recurra a los mecanismos creados posteriormente por la Corte Constitucional Colombiana para declarar la violación a la protección judicial?
 - 3) ¿Estos mecanismos nuevos eran idóneos y efectivos?
4. En caso la negativa de la pensión sea discriminatoria, ¿se afectó el derecho a la integridad (art. 5.1) y vida (art. 4.1) del señor Duque?

- a) ¿Constituiría una violación al derecho a la vida y la integridad la negativa de darle una pensión que incluye aseguramiento en salud?
- b) ¿Es necesario este aseguramiento en salud que viene junto con la pensión para garantizar su derecho a la integridad considerando su calidad de persona con VIH?

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Sobre la vinculación de Colombia a la obligación internacional de no discriminación por orientación sexual y su relación con el hecho ilícito

Se hace necesario entender desde cuándo el Estado de Colombia se encuentra jurídicamente vinculado a la obligación internacional referente a la prohibición de discriminar por orientación sexual. Para esto, se necesita comprender ciertos aspectos previos. En primer lugar, se debe conocer cuándo nace una obligación internacional y sus fuentes.

Según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del Derecho Internacional son:

a) Principales

- 1) Las convenciones internacionales (generales o particulares).
- 2) La costumbre internacional (práctica generalmente aceptada como Derecho).
- 3) Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones.

b) Auxiliares

- 4) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia.

Si bien estas fuentes no son las únicas, sí son las más importantes y las más usadas en el

Derecho Internacional. Se entiende, entonces, que el nacimiento de una obligación depende de la fuente que la origina pues cada una de estas tiene sus particularidades. La obligación referente al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en general, tiene varias fuentes. Por un lado, está señalada de manera expresa en múltiples convenciones y tratados de derechos humanos por lo que la creación de la obligación se basa en la creación del tratado que la contiene, dándole fecha cierta.

El derecho a la igualdad y la no discriminación también ha sido considerado como una obligación de fuente consuetudinaria y una norma imperativa con calidad de norma de *ius cogens*. En ese sentido, es necesario considerar que es mucho más difícil probar una fecha cierta de creación de una norma consuetudinaria pues el inicio de esta se basa en una práctica que se da a lo largo de cierto periodo de tiempo. Debido a esto y a que el caso en análisis fue ventilado dentro del sistema interamericano, la obligación a ser tomada en cuenta será la proveniente de la CADH, aunque esto no excluye la posibilidad de tomar en consideración otras obligaciones de fuente convencional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros. De igual manera, no excluye la posibilidad de tomar pronunciamientos del sistema universal e interamericano de otros casos que dan luces sobre el contenido de la obligación.

De manera específica, corresponde indagar sobre el nacimiento de la obligación de no discriminación en el caso de la orientación sexual. Para esto es necesario retroceder hasta los primeros pronunciamientos (nacionales e internacionales) relacionados a Colombia en donde esto se explicita con la finalidad de poder entender de donde surge.

A nivel internacional, el Estado colombiano se ve vinculado por normativa y

pronunciamientos del sistema universal (ONU) y del sistema interamericano (OEA).

En el ámbito del sistema universal, existe normativa referente al derecho a la igualdad y no discriminación, aunque no se ve de manera

explícita que estos instrumentos mencionen a la orientación sexual. A pesar de eso, muchos de esos instrumentos tienen una fórmula abierta que permite la inclusión de otros sujetos además de los literalmente señalados. Ejemplo de esto es:

Instrumento normativo	Contenido relacionado a la no discriminación
Carta de las Naciones Unidas (1945)	<p>“Artículo 1: Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y <i>estimulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)</i>”.</p>
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	<p>“Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.</p> <p>Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, <i>sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)</i>.</p> <p>Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.</p>
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	<p>“Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, <i>sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social</i>. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...).</p> <p>Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.</p> <p>Artículo 26: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la 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”.</p>
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	<p>“Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, <i>sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social</i>. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (...).</p> <p>Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres <i>la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos</i> enunciados en el presente Pacto.</p>

Elaboración propia.

Partiendo de estos instrumentos internacionales, el sistema universal de derechos humanos ha creado una serie de documentos sobre el tema de discriminación que incluyen a la orientación sexual como los siguientes:

- Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos: “No discriminación” (1989)
- Declaración sobre orientación sexual e identidad de género (A/63/635 - 2008)
- Observación General N°20 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales: “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (2009)
- Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (2011)
- Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos: “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (2011)
- Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género” (A/HRC/C/29/23, 4 de mayo de 2015)

De igual manera, estos instrumentos han sido usados para la resolución de casos específicos en los Comités de la ONU, especialmente en el Comité de Derechos Humanos, tales como:

- Caso Toonen v. Australia (1994): Caso relativo a la criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre hombres adultos que señala en el Código Penal. Es el primer caso donde se habla de

orientación sexual, pero incluyéndola dentro de la categoría “sexo”, y se señala que es una característica que amerita protección especial.

- Caso Young v. Australia (2003): Caso sobre el pedido de pensión de un hombre por el fallecimiento de su pareja, un veterano de guerra, pero esta le es negada. El Comité reitera su posición sobre la protección especial de la orientación sexual y la necesidad de igualar las condiciones y derechos de parejas del mismo sexo con las parejas de sexo diferente.
- Caso X v. Colombia (2007): Caso que también se refiere al pedido de pensión del miembro sobreviviente de una relación de pareja del mismo sexo. Los hechos se dieron en 1993 cuando, luego de 22 años de relación y 7 años de convivencia, uno de ellos fallece y el sobreviviente solicita la pensión. Colombia la niega por no contar con normativa interna que lo permita, pero el Comité señala responsabilidad en el Estado y solicita se modifique la normativa. A pesar de esto, el Estado colombiano decidió no acatar la decisión del Comité por considerar que generaría grandes costos para los fondos de pensiones.

Como se puede ver de los casos mencionados, la obligación de no discriminación referente a la orientación sexual tiene antecedentes en el sistema universal desde el año 1994 y en años sucesivos se reforzó hasta considerarlo de manera clara como parte del derecho a la igualdad y no discriminación y de la obligación internacional que esto implica.

En igual sentido, se puede ver las obligaciones internacionales de fuente interamericana, tanto en su normativa como en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y la Corte.

En el sistema interamericano se tiene la siguiente normativa relacionada:

Instrumento normativo	Contenido relacionado a la no discriminación
Carta de la OEA (1948)	Artículo 3.- Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana <i>sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo</i> .
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	Artículo II. Todas las personas <i>son iguales ante la Ley</i> y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración <i>sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna</i> .
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)	Artículo 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, <i>sin discriminación alguna por motivo 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</i> . Artículo 24.- Igualdad ante la Ley <i>Todas las personas son iguales ante la ley</i> . En consecuencia, tienen derecho <i>sin discriminación</i> a igual protección de la ley.
Protocolo de San Salvador (1988)	Artículo 3.- Obligación de no discriminación Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, <i>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</i> .
Carta Democrática Interamericana (2001)	Artículo 9.- <i>La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.</i>

Elaboración propia.

Como se puede ver, la normativa incluye a la prohibición de discriminación como base del sistema interamericano y mantiene la fórmula abierta en los supuestos prohibidos o categorías sospechosas, permitiendo que los operadores usen la protección de la igualdad para supuestos como el de la orientación sexual. Eso lo podemos ver en los casos en los que se ha aplicado de esta manera:

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia (Informe N° 71/99. Admisibilidad, petición 11.656 del 4 mayo 1999): Colombia solicita una solución amistosa y accede a modificar su normativa penitenciaria para permitir que MLAG acceda a visitas íntimas de su pareja del mismo sexo, aceptando que la orientación sexual es una categoría protegida.

- Caso X e Y v. Chile (Solución amistosa, petición 81.09 del 6 agosto 2009): Chile recurre a la solución amistosa para reparar daño a una pareja de mujeres que fueron acosadas y hasta presas por no dar información al Estado sobre su relación amorosa. Se reitera la protección de la orientación sexual.
- Caso Homero Flor Freire v. Ecuador (Informe N° 81/13. Fondo, petición 2723.02 del 4 noviembre 2013): Caso que llegó a la Corte pues un militar había sido sancionado por conductas homosexuales, y separado de la institución. La CIDH señala que es contrario a la dignidad y discriminatorio sancionar conductas homosexuales.

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Atala Riffo e hijas v. Chile (24 febrero 2012): Primer pronunciamiento

de la Corte en una sentencia en la que se habla de la orientación sexual como categoría protegida por la prohibición de discriminación (dentro de la fórmula abierta). Se señala que los Estados no pueden argumentar normativa

interna para discriminar y sanciona a Chile por hechos ocurridos en la misma época que los del caso Duque.

- Caso Flor Freire v. Ecuador (31 agosto 2016): Sentencia posterior a Duque en la que se reitera que la CADH incluye protección por orientación sexual y añade “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”.

Como se puede observar, la Corte IDH (al igual que los Comités en el sistema universal) han interpretado que la obligación de no discriminación por orientación sexual no es una obligación nueva ni diferente a las ya recogidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es por esa razón que han encontrado responsabilidad internacional en los Estados por hechos sucedidos mucho antes de la sentencia que lo declara, el más claro ejemplo es la sentencia del caso Atala en la que se sanciona a Chile por hechos ocurridos en el 2003, similar época que los hechos del caso Duque.

En ese sentido, el nacimiento de la obligación se considera al momento de entrar en vigor el tratado en el cual se basan para fijar la responsabilidad. Esto quiere decir que,

La normativa colombiana vigente al momento de los hechos era discriminatoria, pues anulaba por completo la posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la seguridad social.”

para que la Corte IDH sancione a un Estado por violación a esta obligación, dicha obligación tiene su origen en la CADH creada en 1969 y vigente, en este caso, para Colombia desde 1973. Es ese el origen de la obligación internacional como norma vinculante para el Estado pues si se necesitara de una sentencia de la Corte

para fijar una nueva categoría sospechosa, el primer caso sobre ese tema no podría sancionar al Estado por no haber sentencia previa que lo establezca así. Además, que se estaría relativizando la vigencia de ciertas partes de la CADH, supeditándola a la existencia de sentencias que habilitaran aplicarlas. Las sentencias de la Corte nos dan luces de cómo interpretar las obligaciones y del contenido de estas, pero no significa que al esclarecer el contenido de la CADH se estén creando obligaciones nuevas.

En consecuencia, lo que afirma el Estado colombiano acerca de la no existencia de obligación al momento de los hechos (2002) resulta incorrecto, tanto por lo ya señalado sobre el rol de la sentencia de Atala como por lo ya demostrado con los casos anteriores que hablan de esta categoría y del tema pensionario en parejas del mismo sexo, incluso contra el Estado colombiano; lo que nos da a entender que el Estado tenía pleno conocimiento de esta obligación pero decidió no acatar lo que ya se le había señalado en casos anteriores, perpetuando la situación de vulneración de manera voluntaria. A todo esto, cabría añadir la falta de buena fe del Estado colombiano al plantear su defensa basándose en la supuesta imposibilidad de conocer que la orientación sexual era una categoría sospechosa y una obligación, pues como se ha demostrado, existen casos contra este país desde el año

1999¹³ en el sistema interamericano y dictámenes en su contra por este tema en el 2007¹⁴, dictamen que Colombia voluntariamente decidió no acatar.

La falta de buena fe en los argumentos de defensa del Estado se demuestra también con los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana¹⁵ que desde el año 1994 registra sentencias que señalan de manera literal que el derecho a la igualdad protege a los “homosexuales” y que no se permite que se les discrimine “por su condición de tales” (T-539/94). Existen pronunciamientos que incluso señalan que negar el acceso a una institución jurídica (adopción en ese caso) por ser homosexual constituye discriminación (T-290/95). Además, se indica que la “opción de vida es tan respetable y válida como cualquiera, es titular de intereses jurídicamente protegidos que no pueden ser objeto de restricción” (T-101/98).

Resulta sorprendente que el Estado señale que no existía obligación clara en esta materia cuando incluso su tribunal más importante señaló en el 2000 que una persona homosexual podía afiliarse a su pareja a la seguridad social luego de 5 años de convivencia (T-618/00) y que “constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad la negativa de afiliarse a una persona en razón de su orientación sexual” (SU-623/01).

Todo esto nos demuestra que el Estado colombiano estaba vinculado por la obligación internacional de no discriminar por orientación

sexual y que, además, era consciente de dicha obligación y de la protección que debía brindar y que no dio.

2. El hecho ilícito y la responsabilidad internacional de Colombia en este caso

La violación de esta obligación se vincula con la existencia de un hecho ilícito internacional. En este sentido, un hecho ilícito internacional se refiere a la vulneración de una obligación internacional (elemento objetivo) a través de una acción u omisión atribuible al Estado (elemento subjetivo) según el Derecho Internacional¹⁶.

El hecho ilícito puede ser clasificado, según la extensión de la violación de la obligación en el tiempo, en cuatro categorías¹⁷:

- 1) Hecho instantáneo: actos que tienen el carácter ilícito al momento mismo de su realización (la violación se consume en un mismo momento en el tiempo).
- 2) Hecho continuado: hechos que se extienden en el tiempo, se mantiene la ilicitud por todo el tiempo que dure el acto contrario al Derecho Internacional.
- 3) Hecho compuesto: varios hechos distintos, pero de la misma naturaleza, enlazados en el tiempo, que se realizan con el mismo objetivo ilícito.
- 4) Hecho complejo: compuesto por una serie de acciones que constituyen el hecho ilícito al ser tomadas en conjunto.

13 Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia (1999) ante la CIDH. Solución Amistosa propuesta por el Estado.

14 Caso X v. Colombia (2007) ante el Comité de DDHH. Dictamen que haya responsabilidad en el Estado.

15 En una búsqueda en la página institucional de la Corte Constitucional colombiana se pudo encontrar una serie de pronunciamientos relacionados a la orientación sexual anteriores a la sentencia de Atala en el 2012 para comprobar la existencia de la obligación. Se pudo hallar los siguientes: T-539/94, T-037/95, T-290/95, T-101/98, T-268/00, T-618/00, C-814/01, SU-623/01, C-075/07, C-336/08, C-798/08, C-029/09, T-911/09, T-051/10, T-592/10, T-716/11, T-860/11, T-909/11, C-283/11, C-577/11)

16 Según el artículo 2 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83).

17 Basadas en: SALMÓN GARATE, Elizabeth. *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2014, p. 300.

En el caso en cuestión, el Estado acepta haber cometido un hecho ilícito continuado durante todo el tiempo que las normas discriminatorias estuvieron vigentes y que, según la defensa del Estado, cesó al momento del cambio jurisprudencial del 2008. Debido a esto resulta contradictorio que el Estado argumente que al momento de los hechos la obligación referente a la igualdad por orientación sexual no estaba vigente ya que luego acepta haber cometido un hecho ilícito, lo que necesariamente implica la vulneración de una norma vigente. Esto nos lleva a pensar que negar la vigencia de la obligación fue una estrategia poco coherente con los mismos hechos del Estado.

Colombia alega que, con el cambio jurisprudencial, ya se estaría cumpliendo con la obligación establecida en materia de igualdad y no discriminación, pero, la ocurrencia de un hecho ilícito genera una serie de consecuencias que se deben tomar en cuenta en este caso. Lo principal es que la existencia de un hecho ilícito genera responsabilidad internacional para el Estado (artículo 1 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados).

Esta responsabilidad implica que:

“[D]e acuerdo a lo establecido por el Proyecto de Responsabilidad, el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito se encuentra obligado a poner fin al hecho ilícito, ofrecer garantías de no repetición si las circunstancias lo exigen y reparar íntegramente el perjuicio —ya sea material o moral, este último referido a las pérdidas no pecuniarias que, por lo general, son vagas y difíciles de cuantificar— causado por tal hecho”¹⁸.

Como se puede ver, la responsabilidad tiene una serie de consecuencias necesarias que el Estado debe satisfacer, en el caso de hechos

ilícitos relacionados a violaciones de derechos humanos las medidas reparatorias pueden tener características especiales pero no dejan de partir de la existencia de responsabilidad y de la obligación de que ese Estado repare a la víctima en específico y que genere normativa o modificaciones en sus conductas para garantizar que lo que haya vulnerado a la víctima no se repita ni con ella ni con ningún otro ciudadano (a) bajo su poder.

Una vez cesado el hecho ilícito (habiéndose cumplido la obligación más inmediata de cesarlo) se pasa a considerar las obligaciones posteriores que se han generado. Se debe considerar que el Estado sigue vinculado por la obligación que violó con el hecho ilícito por lo que la obligación sigue siendo necesaria de ser cumplida. En este caso, la cesación del hecho ilícito alegada por el Estado trae dos ideas (además del tema de reparaciones), que son: 1) verificar que la obligación primigenia (sobre igualdad en este caso) se cumpla y 2) verificar si la cesación es realmente tal, analizando si el hecho ilícito ha cesado en la realidad o solo de manera formal con el cambio normativo.

Para esto se debe tener en claro que la cesación del hecho ilícito no exime al Estado de cumplir con las otras obligaciones que se han generado por el hecho ilícito cometido, pues una vez producido el hecho ilícito (sin importar la extensión temporal que tenga) las obligaciones subsecuentes se generan como consecuencia inmediata e ineludible. Debido a esto, resulta un argumento poco efectivo que el Estado alegue la cesación como una forma de eximente de la responsabilidad cuando la cesación es solo el cumplimiento de una obligación generada por la existencia del hecho ilícito (poner fin al hecho ilícito) y no es una forma de reparación en si misma ni una causal de exclusión de responsabilidad¹⁹.

¹⁸ Ibidem, p. 308.

¹⁹ Según el Proyecto de Responsabilidad de los Estados, las causales de exclusión son: consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad y cumplimiento de normas imperativas (arts. 20-26).

Entonces, pasando a analizar los dos puntos señalados se debe considerar que, según los hechos mencionados antes, se puede ver que, a pesar del cambio normativo por jurisprudencia, esta no generó un cambio definitivo y un mecanismo 100 % efectivo pues se pudo comprobar que hubo muchos casos posteriores en los que se tuvo que recurrir a la Corte Constitucional colombiana para que reiterara su jurisprudencia con el cambio mencionado y se hiciera efectivo. Además, este cambio se hizo solo de manera jurisprudencial a través de una sentencia que no dejó en claro sus efectos (2008) y una sentencia posterior en un caso específico (2010) que, por regla de derecho interno, no se puede imponer a otros casos.

En consecuencia, el caso en cuestión no cumple con ninguna de las causales de exclusión por lo que la responsabilidad seguiría intacta. De igual manera, la cesación es solo una de las obligaciones generadas al producirse el hecho ilícito por lo que la cesación en sí tampoco exime de la responsabilidad internacional. Por último, la modificación que se alega como cesación del hecho realmente no genera efectos ciertos por lo que el incumplimiento de la obligación primigenia podría seguir latente, debido a eso es consecuente sancionar al Estado por el hecho ilícito, además de considerar que la cesación alegada no es realmente una cesación por no haber creado los mecanismos efectivos a través de medios adecuados por lo que la Corte debió tomar esto en cuenta para sancionar también por el incumplimiento del artículo 24 de la CADH en relación con el artículo 2 que se refiere a la adecuación de la normativa interna pues, como se vio en los hechos del caso, los peritos probaron durante la audiencia que el

cambio jurisprudencial se quedó en las sentencias y no fue acogido en la realidad por lo que no se creó por medio adecuado un mecanismo efectivo e idóneo para el tema.

3. Sobre la negativa de otorgar la pensión al señor Duque como violación al derecho a la igualdad y no discriminación

3.1. Discriminación y orientación sexual

Para iniciar el análisis de este tema se debe comenzar por dar una noción de lo que se entiende por discriminación en contraste con el trato diferenciado. Si bien no existe una definición específica, se puede tener como referencia la noción presentada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su Observación General N° 20 dice:

“[P]or discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso”²⁰.

Como se puede ver, se entiende por discriminación todo trato diferente que no esté basado en razones objetivas y que tenga como consecuencia u objetivo causar un perjuicio en el ejercicio efectivo de los derechos de la persona. Una noción similar se encuentra en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia²¹ que señala en su artículo 1.1:

20 Observación General N° 20, Comité DESC, ONU 2009. Párr. 7.

21 Creada en el 2013 pero aún no vigente por no haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones.

“1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

Entonces, son elementos comunes y esencia de la noción de discriminación los siguientes:

1. El trato diferenciado arbitrario (distinción, exclusión, restricción, etc.).
2. Basado en un motivo prohibido o categoría sospechosa.
3. Con la finalidad o el resultado de restringir derechos o anularlos.

De igual manera, las nociones mencionadas hacen referencia a los “motivos prohibidos” también conocidos como “categorías sospechosas” que hacen alusión a una serie de características específicas que poseen los seres humanos y que históricamente han sido causa

y justificación de un trato discriminatorio. Así lo señala la doctrina al decir:

“[A]quellos grupos de personas que, desde una perspectiva histórico-estructural, se encuentran en una situación de desventaja en relación con el resto de la población. Las consecuencias jurídicas de este reconocimiento resultan evidentes: el Estado, como principal –aunque no único– garante de los derechos fundamentales debe adoptar todas las disposiciones de carácter legal que resulten indispensables para derribar estas barreras de desigualdad”²².

Dentro de estas categorías sospechosas podemos encontrar características como la raza, religión, origen étnico, nacionalidad, sexo, creencias políticas, etc. El desarrollo de la jurisprudencia internacional y nacional en materia de derechos humanos, así como los instrumentos mismos de DIDH y el espíritu que los anima, lleva a pensar que estas categorías sospechosas no se presentan de forma taxativa. La orientación sexual es una de estas categorías que ha ido tomando fuerza con el paso de los años y que ha encontrado su justificación jurídica en dos argumentos centrales: a) la orientación sexual de las personas ha sido históricamente un factor tomado en cuenta para negar derechos y discriminar a una parte de la población que no encaja en los patrones de “normalidad” impuestos por las mayorías en entornos culturales determinados por lo que constituyen un grupo vulnerable que encaja en la razón de ser de estas categorías por lo que se le considera dentro de estas y b) la normativa relativa al derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito internacional ha mantenido una fórmula

22 PAZO PINEDA, Óscar. “Las uniones civiles entre parejas del mismo sexo: un análisis desde el principio de igualdad”. En: *Rae Jurisprudencia*. Año 5, N° 63, Lima, 2013, p. 6.

abierta que señala frases como “de cualquier otra índole”²³ para, justamente, ir añadiendo supuestos que no han sido taxativa y literalmente señalados pero que ameritan la misma protección.

En ese sentido se ha pronunciado tanto la CIDH como la Corte IDH al aplicar en varios casos la orientación sexual como categoría sospechosa y, por ende, como un motivo prohibido de discriminación. Esto llega a su cúspide con el caso *Atala Riffo e hijas v. Chile* en el 2012 cuando el Estado chileno es encontrado responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación de una jueza lesbiana a la que le fue negada la tutela de sus hijas menores de edad por convivir con su pareja del mismo sexo. En este caso, la Corte IDH señaló de manera clara y concreta que la CADH contiene un mandato de no discriminación amplio que incluye a esta categoría más allá de cualquier argumento o normativa interna de los Estados²⁴.

En algunos casos, la categoría orientación sexual ha sido incluida dentro de la categoría “sexo” como se ve en los primeros casos de 1990 en el Comité de Derechos Humanos a nivel de la ONU. En casos interamericanos, ha sido incluida algunas veces en la categoría sexo y otras en “cualquier otra condición social” o “cualquier otra índole”, siendo esta

Resulta preocupante que la Corte señale que negar la acción de tutela no constituye afectación al derecho a la protección judicial porque se siguió lo establecido por la normativa vigente.”

última la que considero más apropiada cuando se trata de convenciones que no incluyen la orientación sexual de forma literal en sus supuestos. Esto debido a que incluirla en la categoría sexo lleva a confusiones terminológicas que pueden igualar el sexo biológico con la orientación sexual cuando son ámbitos distintos de la sexualidad

humana. De igual manera, incluirlo en “cualquier otra condición social” parece inexacto cuando entendemos que la orientación sexual no es una valoración social, sino más bien una característica inherente a la persona y a su identidad más profunda. En el mejor de los casos, debería ser reconocida de manera expresa como categoría específica como sucede en la nueva Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

Frente a este mandato de no discriminación, se debe tener en cuenta que la CADH posee dos normas referentes al tema en diferentes partes de su texto. Por un lado, se encuentra el artículo 1.1, que establece una obligación general para los Estados de respetar los derechos de manera libre y plena sin discriminación alguna y señala una serie de categorías sospechosas incluyendo el fraseo abierto que se mencionaba líneas arriba y, por otro lado, se encuentra el artículo 24 que habla de la igualdad ante la ley.

23 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 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.

24 En el caso *Atala Riffo*, la Corte IDH incluye a la orientación sexual dentro del fraseo “cualquier otra condición social” aunque considero que sería mucho más adecuado que se incluya dentro de “cualquier otra índole”, pues la orientación sexual no es propiamente una condición social sino una característica intrínseca del ser humano.

En la sentencia del caso Duque, la Corte hace una explicación concisa sobre las diferencias entre ambos artículos y el ámbito de protección de cada uno de ellos.

	Artículo 1.1	Artículo 24
Texto de la norma	<p>Artículo 1. Obligación de respetar los derechos</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 24. Igualdad ante la ley</p> <p>Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.</p>
Explicación de la Corte	<p>1. Es una norma de carácter general que se extiende a todas las disposiciones de la CADH.</p> <p>2. Dispone obligación de los Estados de respeto y garantía de ejercicio de derechos y libertades sin discriminación alguna.</p> <p>3. En caso se viole uno de los derechos contenidos en la CADH por una causa relativa a la discriminación se constituiría una violación del artículo 1.1 junto con el derecho específico violado.</p>	<p>1. Se refiere a la prohibición de discriminación de derecho respecto a todas las leyes que apruebe el Estado y su aplicación.</p> <p>2. La discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, pero usa también las categorías protegidas en el art 1.1.</p>

Elaboración propia.

Al tener una idea más clara de la noción de discriminación y los motivos prohibidos de esta, entre los que se incluye a la orientación sexual, se puede pasar a conocer el derecho a la pensión para dar respuesta al problema referente a la negativa de acceso a la pensión como posible acto discriminatorio.

3.2. Derecho a la pensión relacionado al derecho a la igualdad y no discriminación

La pensión es, según la RAE, la “cantidad periódica, temporal o vitalicia, que la seguridad social paga por razón de jubilación, viudez, orfandad o incapacidad”²⁵. Pero, además de entender a la pensión como un pago periódico, también se debe comprender su naturaleza de derecho.

La Observación General N° 19 del Comité DESC en el sistema universal de derechos humanos ha señalado algunos elementos importantes sobre el derecho a la seguridad social²⁶, que incluye el derecho a la pensión:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”²⁷.

25 RAE. Diccionario de la Lengua española on-line <<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=STjpVeQ>>.

26 En el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.

27 Observación General N° 19. Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (E/C.12/GC/19), 2008, p. 2.

A esto añade que “incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”²⁸.

En la Observación General N° 19 también se menciona el tema de la discriminación para casos en los que se le deba otorgar la pensión a la pareja sobreviviente:

“Los sobrevivientes o huérfanos no deben ser excluidos de los planes de seguridad por motivos prohibidos de discriminación y deben recibir asistencia para tener acceso a los planes de seguridad social, en particular cuando las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria privan, del apoyo de la familia y de la comunidad a un gran número de niños o personas de edad”²⁹.

Esto implica que:

“La obligación de los Estados de garantizar el derecho a la seguridad social se ejerza sin discriminación (...) prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), *orientación sexual*, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute

o el ejercicio del derecho a la seguridad social”³⁰.

En lo que se refiere al derecho a la pensión, se puede mencionar que la CADH no señala de manera específica este derecho, aunque sí se le menciona en el artículo 9 del Pacto de San Salvador (Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales) dentro de lo que se concibe como derecho a la seguridad social:

Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

“(...) 2. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

Si bien no queda duda de que el derecho a la pensión es un DESC y la teoría de los derechos humanos nos lleva a entender que todos los derechos son igualmente importantes y todos constituyen obligaciones para los Estados, los DESC plasmados en el Pacto de San Salvador no son directamente exigibles ante la Corte IDH³¹. A pesar de eso, la Corte los puede usar como criterio interpretativo a la luz del artículo 29 de la CADH³² pero no para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por violación de estos. Debido a esta limitación, los casos presentados referentes a DESC han sido generalmente redirigidos hacia derechos señalados en la CADH para poder declarar la responsabilidad

28 Ibidem, p. 4

29 Ibidem, p. 7.

30 Ibidem, p. 10.

31 Con excepción del derecho a la educación y los derechos sindicales.

32 Esto está explicado así en la Opinión Consultiva N° 1 de la Corte IDH.

internacional y ordenar las medidas reparatorias correspondientes. En los casos relacionados³³ al derecho a la pensión este ha sido redirigido (en su mayoría) al artículo 21 de la CADH referente al derecho a la propiedad privada, interpretando que no otorgar el derecho pensional genera un perjuicio en los ingresos de la persona pues el derecho a la pensión se materializa a través de dinero o bienes susceptibles de ser valorizados³⁴.

Cada Estado regula su sistema de pensiones de diferentes maneras y creando distintas modalidades. En el caso colombiano, existe la Ley N° 100 de 1993 que crea el Sistema General de la Seguridad Social Integral que incluye tanto entidades públicas como privadas y está regido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Existen dos modalidades de acceso a la pensión:

1. Régimen de Prima Media (RPM): A cargo de la entidad pública Colpensiones. Se basa en la idea de crear una bolsa común entre todos los aportantes pero que también brinda ciertos tipos de pensiones a personas en indigencia o situación de pobreza sin necesidad de que aporten.

2. Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (Rais): A cargo de las Administradoras de Fondos privadas (AFP). Se basa en un aporte individual que requiere de un número mínimo de semanas de trabajo cotizadas y aportadas para poder acceder a la mesada pensional. En casos específicos en los que un evento inesperado interrumpa los aportes (accidente que produzca invalidez o fallecimiento antes de la edad promedio) la pensión de invalidez y la de sobrevivencia (viudez) se conforman con lo aportado por el causante junto con un monto aportado por la aseguradora que maneja el fondo de solidaridad (de origen estatal) y que aporta el diferencial que el causante no llegó a aportar. De esta manera, ambos fondos conforman el valor de la mesada pensional.

En el caso en cuestión, Colfondos es una AFP que maneja fondos privados, y que recibió los aportes del señor JOJG, cumpliendo con el número mínimo necesario de semanas cotizadas para recibir pensión, pero que al tratarse de una muerte repentina cuando el señor JOJG tenía menos de 40 años, era necesario recurrir a la conformidad de la aseguradora

33 El primer caso relacionado a pensiones es el conocido caso 5 pensionistas v. Perú (2003) que señala precisamente la violación del artículo 21 (en relación con el artículo 29 de la CADH y en consonancia con el Pacto de San Salvador). En el mismo sentido se presentaron otros casos sobre el tema como: Aguado Alfaro y otros (trabajadores cesados del Congreso) v. Perú (2006), Acevedo Buendía y otros (cesantes y jubilados de la Contraloría) v. Perú (2009), Furlan y familiares v. Argentina (2012) y Canales Huapaya y otros (trabajadores cesados del Congreso II) v. Perú (2015). En todos estos casos se habla de violación al derecho a la propiedad privada muchas veces ligado a una violación a los derechos relativos a la protección judicial y las garantías judiciales, interpretados a la luz del artículo 26 sobre progresividad de los DESC y el 29 sobre interpretación pro persona.

34 A modo de ejemplo de lo que se puede encontrar en estas sentencias: “220. (...) este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un *concepto amplio de propiedad* que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, *así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona*. Asimismo, la Corte ha protegido, a través del artículo 21 convencional, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas (...) desde el momento en que un pensionista cumple con los requisitos para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, *este adquiere un derecho de propiedad sobre el monto de las pensiones*. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene ‘efectos patrimoniales’, los cuales están *protegidos bajo el artículo 21 de la Convención*”. Caso Furlan y familiares v. Argentina. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. (31 de agosto del 2012) Párr. 220.

para completar la bolsa necesaria para el monto de la mesada pensional.

Con respecto a la finalidad de la existencia de la pensión, y la seguridad social en general, se puede tener en cuenta la misma legislación colombiana que en la Ley 100 explicita la finalidad de esta al señalar:

“Artículo 10. Objeto del Sistema General de Pensiones

El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.

Como se desprende de la norma citada, el sistema de pensiones colombiano tiene como finalidad garantizar un mínimo indispensable para tener una calidad de vida aceptable en situaciones como la vejez, la invalidez y la muerte. Esto quiere decir que, una persona que ha trabajado toda su vida y aportado al sistema con cualquiera de las modalidades, merece tener garantizado un ingreso mínimo cuando ya no pueda trabajar tanto para sí mismo como para su familia más cercana.

Es, entonces, quién aporta y debe recibir la pensión al final de su vida laboral el titular del derecho a la pensión en primera instancia, pero, como existen supuestos en los que la pensión se entrega luego de la muerte del titular a sus familiares cercanos (beneficiarios) estos también se consideran, en segunda instancia, titulares del derecho a la pensión de supervivencia o viudez. El artículo 15 de la misma ley colombiana mencionada señala, en este sentido, a los titulares directos (llamados “afiliados”) y las formas de afiliación (tanto la obligatoria como la voluntaria), así como a los familiares considerados beneficiarios.

En este sentido, el artículo 47 de la ley 100 señala:

“Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, *el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite*. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que este 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;
- b) 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; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;
- c) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;
- d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este”.

Como se ve en el literal a) se menciona al cónyuge, compañera o compañero permanente lo que nos remite a la Ley 54 de 1990 (Ley de uniones de hecho y régimen patrimonial) que a la fecha de los hechos relacionados con el señor Duque (año 2002) consideraba que las uniones de hecho solo se puede dar entre hombre y mujer³⁵. Es recién en el año 2007 que una sentencia de control de constitucionalidad dada por la Corte Constitucional colombiana (C-075) aplica criterios de igualdad y señala que las parejas del mismo sexo también pueden usar el régimen patrimonial de compañeros referente a la unión de hecho.

A pesar de este cambio en la normativa, los casos no eran solucionados de manera clara en lo que respecta a las parejas del mismo sexo que pedían acceder a la pensión. Debido a eso, en el año 2008 se emitió la C-336 y en el 2010 la T-051 sobre ese tema, aclarando la necesidad de incluir a las parejas del mismo sexo, pues no hacerlo constituiría una violación al derecho a la igualdad y no discriminación por causa de la orientación sexual de las personas.

Esto nos lleva a considerar el concepto de familia aplicable para Colombia en la época de los hechos y la actual. En el año 2002 se encontraba vigente la Constitución de 1991 que, con respecto al tema de la familia, señala:

“Artículo 5.- El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y

ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Artículo 42.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio *o por la voluntad responsable de conformarla*. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...).”

Se puede ver que la Constitución colombiana recoge la idea de la familia como institución natural y no solo jurídica por lo que su existencia y protección va más allá de lo que la ley puede regular. De igual manera, la norma constitucional rescata un supuesto amplio de conformación de la familia que supera a la institución matrimonial y se centra en la voluntad de conformar una familia, lo que presupone la posibilidad de usar otras formas y otros supuestos diferentes al matrimonio hombre y mujer para crearla. Esto va de la mano con lo señalado por la Corte IDH que en muchos casos ha rescatado la idea amplia de familia del Tribunal Europeo³⁶ y ha especificado que:

“[E]sta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”³⁷.

35 Ley N° 54 de 1990: Artículo 1. 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.

36 La Corte IDH señala: “ (...) Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que ‘la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación’, pues consideró ‘artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo” (Sentencia Atala Riffo e hijas v. Chile, que en el párr. 174 se refiere a la Sentencia del Caso Schalk y Kopf v. Austria del 2010).

37 Caso Atala Riffo e hijas v. Chile (2012) Párr. 175

Tanto la Constitución colombiana como las obligaciones internacionales de DIDH que tiene dicho Estado referentes a la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH señalan la interpretación amplia del concepto de familia. Debido a esto, se podría afirmar que la normativa interna colombiana debía

adecuarse a tal forma de ver a la familia por lo que la restricción de no considerar a las parejas del mismo sexo como familiares y, por ende, beneficiarios de la pensión de sobrevivencia sería consecuencia de un trato contrario a la Constitución colombiana y a la Convención Americana.

Para complementar esta idea resulta necesario analizar la proporcionalidad de la medida legislativa bajo los parámetros del derecho a la igualdad y no discriminación ya señalado líneas arriba. En la sentencia se realiza este análisis bajo el artículo 24 en relación con el 1.1 sobre lo fijado en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 (Ley de uniones de hecho y regímenes patrimoniales) y el artículo 10³⁸ del Decreto 1889 de 1991 que reglamenta la Ley 100 de 1993 (Ley del sistema de seguridad social), ambas normas señalan la necesidad de diferencia de sexo para ser considerado compañero o compañera permanente.

Ante esto la Corte estudia el contenido de estas normas analizando, en primer lugar, que estas establecen una diferencia de trato y, que esta diferencia, se encuentra relacionada a una categoría sospechosa. Luego de esto, la Corte señala que no existe fin legítimo en la medida ni sigue una relación razonable de

“La Corte debió analizar de manera más profunda el pedido respecto al derecho a la vida, pues su argumentación resulta pobre en lo que a este respecta.”

proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio utilizado. Por último, señala que no existe una argumentación rigurosa para justificar la diferencia por lo que la norma resultaría discriminatoria y constituiría una violación a la igualdad y no discriminación del artículo 24 en relación con el artículo 1.1

de la CADH. Esto considerando que se ha violado la igualdad ante la ley (art. 24) relacionada con la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art. 1.1).

La Corte no señaló responsabilidad del Estado con respecto al artículo 24 en relación al artículo 2 de la CADH referente al deber de adoptar disposiciones de derecho interno pues Colombia tuvo un cambio normativo a través de un precedente de la Corte Constitucional. Si bien esto parece cierto en los hechos relatados por el Estado, se debió considerar lo expresado en la audiencia pública del caso. En la audiencia se dio información relevante que no fue considerada de manera adecuada por la Corte. En primer lugar, se puede rescatar lo señalado por el funcionario de Colfondos, testigo propuesto por el Estado Juan Manuel Trujillo Sánchez, que explicó dos puntos relevantes para el tema del otorgamiento de la pensión. Por un lado, el testigo señaló primero que Colfondos ya había reconocido casos como el del señor Duque y que se le otorgaría la pensión si hace la solicitud formal pero luego quedó claro que no había certeza en este tema pues con las preguntas el testigo tuvo que aclarar que la decisión

38 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, del sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos (2) años.

final no depende de Colfondos, sino de la aseguradora que da el visto bueno final en estos casos. Por otro lado, el testigo señaló que Colfondos reconocería el íntegro del monto desde el 2002 por lo que no habría mayor perjuicio, pero luego de las preguntas el testigo tuvo que explicar que el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 488 señala que los aportes prescriben a los 3 años por lo que el señor Duque no podría recibir los montos adeudados desde el 2002.

De igual manera, en las pericias se dio valiosa información que no fue tomada en cuenta adecuadamente. Un ejemplo de esto es la pericia dada por el Dr. Rodrigo Uprimny en la que se deja en claro que hubo un avance normativo con las sentencias del 2008 y 2010, pero en la práctica el avance era incierto, tanto por las resistencias sociales y políticas como por la resolución contradictoria de casos. Es más, el Dr. Uprimny señala que incluso la sentencia del 2010 no había pacificado el tema pues esta sentencia es una de tutela y no de control de constitucionalidad y, por lo tanto, sus efectos son discutibles en otros casos más aún debido al cambio que hace en la del 2008 que sí era una sentencia de constitucionalidad. De igual forma, hay sentencias ulteriores presentadas por el Dr. Uprimny de casos similares que luego de la sentencia del 2010 han llegado a la Corte Constitucional tales como la T-592 del 2010, la T-860 del 2011 y la T-357 del 2013 porque les ha sido negada la pensión por exigir demasiados requisitos y los jueces niegan la tutela por lo que llegan hasta la Corte y esta ha repetido sus criterios, pero sin ver mayor efectividad en la realidad, manteniendo la incertidumbre jurídica.

Todo esto debió ser evaluado por la Corte para establecer si realmente hubo una cesación en el daño y si las modificaciones normativas ya cumplieron con el artículo 2 de la CADH, que se refiere al deber de adoptar medidas de derecho interno pues, como se demostró, los cambios normativos no han creado una modificación en la realidad para los casos de este tipo

que se presenten. De ser así, el cambio normativo no generó un recurso realmente efectivo por lo que el artículo 24 en relación con el artículo 2 debió sancionarse en este caso contra Colombia. Lamentablemente, la Corte se guio solo por la existencia formal de un pronunciamiento y no sancionó a Colombia por esta obligación. Al hacerlo perdió la oportunidad de dar claridad a una situación de incertidumbre jurídica, pues sancionar por este artículo hubiera generado la obligación para Colombia de incluir este cambio jurisprudencial en normativa a través de otros mecanismos para que quedara más claro y no hubiera posibilidad de que los agentes del sistema de pensiones lo incumplan, resguardando los derechos de las parejas del mismo sexo de manera efectiva y más eficiente.

4. Sobre la vulneración de la protección judicial referentes a la acción de tutela y al uso de los mecanismos administrativos abiertos luego del cambio jurisprudencial

El artículo 25.1 de la CADH señala:

“Artículo 25. Protección Judicial

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

En este aspecto, se debe resaltar la necesidad de que el recurso sea sencillo y rápido, pero sobre todo que el recurso sea efectivo. Esto quiere decir que tenga una solución rápida, simple y protectora de los derechos invocados en la realidad.

En el caso analizado, existen dos momentos relacionados a la protección judicial. El primero relacionado a la acción de tutela usada

por el señor Duque en el 2002 ante la negativa de Colfondos en la que se le indica que la normativa interna no permite darle la pensión, por lo que se le niega la tutela en ambas instancias. El segundo referente al mecanismo abierto por la jurisprudencia luego del 2008 y reforzado en el 2010 para el acceso a la pensión.

4.1. Respeto de la acción de tutela del 2002

El señor Duque, luego de recibir la respuesta negativa del Colfondos, decidió acudir a la vía judicial para solicitar una acción de tutela que le permita acceder a la pensión. Tanto en la primera instancia como en la de apelación, la acción de tutela fue rechazada, no siendo escogida por la Corte Constitucional para su revisión, por lo que con la negativa el caso quedó detenido. Los jueces de ambas instancias señalaron que la acción de tutela no era la vía adecuada por existir la posibilidad de apelar la decisión administrativa dentro de Colfondos o acudir a un contencioso-administrativo, por lo que no debía recurrir a la vía de la tutela por ser residual.

Considero que esta no es una respuesta adecuada por parte de los jueces pues, tal y como señala la CIDH y la Corte IDH, el acceso a la pensión en una situación de urgencia por salud hace que la acción de tutela sea el recurso idóneo por su celeridad en resolver.

Se debe tener en cuenta que la acción de tutela no solo era la vía idónea, sino que, además, era el medio adecuado para conseguir una protección efectiva, pero esto no se dio así en el caso. Ambas instancias negaron la protección desviando el pedido del señor Duque por vías menos efectivas. Esto no quiere decir que para que el recurso se considere efectivo debe darle siempre la razón al solicitante, pues esto sería un análisis superficial. Se refiere a que la acción de tutela sea efectiva en el sentido de proteger los derechos ante una amenaza o una lesión de estos que tenga cierto grado de urgencia por lo que no puede seguir un procedimiento largo.

Este caso era uno de urgencia por lo que los jueces debieron admitir ver el fondo de la petición y analizar el tema a profundidad.

Además, se debe considerar que las vías que señalaban como adecuadas no lo eran realmente pues la apelación ante Colfondos no tenía mayor sentido, considerando que la administradora de pensiones no contaba con ningún cambio normativo en el momento y menos aún un cambio en su política interna sobre el tema, por lo que la respuesta sería la misma. De igual manera, recurrir a un proceso contencioso-administrativo necesitaría agotar la vía administrativa previa y luego iniciar un proceso judicial bastante más largo y engorroso que la tutela pues, según el artículo 86³⁹ de la Constitución colombiana, la acción de tutela se resuelve en 10 días.

39 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. *En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.* La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Entonces, la vía de la acción de tutela era la idónea y la más efectiva por lo que el señor Duque debió ser atendido por el juez de tutela y analizado el fondo, lo que pudo haber derivado en un resultado diferente que no forzara a la víctima a recurrir a la vía internacional.

En consecuencia, si la tutela es el recurso adecuado, al haber llegado hasta la segunda instancia y no haber sido escogido para revisión por la Corte Constitucional, se puede considerar que se agotó la instancia adecuada por lo que se cumplió con el requisito de agotamiento de los recursos internos. En ese sentido, si el recurso que debió agotar el señor Duque fue agotado y no recibió protección alguna del Poder Judicial, sería lógico pensar que no hubo protección judicial pues al recurrir y agotar el mecanismo no obtuvo una solución a la vulneración, por lo que el sistema judicial no actuó como protector frente a la vulneración, perpetuándola.

4.2. Respecto a la apertura de mecanismos administrativos con el cambio del 2008

Este cambio jurisprudencial no es tomado en cuenta al momento del examen de admisibilidad (2011) en la CIDH puesto que no fue informado por el Estado y la CIDH no tiene labor de investigación de oficio sobre los recursos disponibles.

A pesar de este aspecto, se debe tener en cuenta que es importante verificar la efectividad del mecanismo y no solo su mera existencia. Como ya se ha mencionado antes, los peritajes presentados en la audiencia pública demostraron que el cambio del 2008 y el posterior arreglo del 2010 no generaron seguridad jurídica ni certeza para casos como el del señor Duque por lo que no se les puede considerar como mecanismos efectivos para

satisfacer el derecho. La falta de certeza en la efectividad de los mecanismos lleva a pensar que la obligación de implementar recursos adecuados y efectivos, así como la obligación de garantizar protección judicial con los recursos existentes, no ha sido cumplida de manera satisfactoria por el Estado.

De igual manera, se debe tener en cuenta que sería una carga demasiado grande para la víctima seguir agotando todos los recursos que se creen dentro del país luego de la vulneración. Por un lado, esto se puede convertir en una forma de evitar que la víctima llegue al sistema interamericano haciendo que el Estado cree más mecanismos y recursos que se deben agotar. En segundo lugar, se debe tener en claro que estos recursos fueron creados luego de la violación del 2002, por lo que crear nuevos mecanismos no es impedimento para sancionar la responsabilidad internacional de un Estado por lo ya ocurrido. En tercer lugar, como se señalaba esos recursos nuevos no han sido efectivos en la práctica, por lo que resultaría inútil pedir que se agoten cuando no hay certeza de un resultado acorde con lo que se busca proteger.

En conclusión, al analizar la tutela realizada en el 2002 y los mecanismos abiertos en el 2008 con el cambio jurisprudencial podemos ver que hay serias dudas sobre el cumplimiento de la obligación del Estado colombiano sobre la protección judicial del artículo 25.1 de la CADH. Debido a esto, sorprende que la Corte IDH no haya encontrado responsabilidad en este aspecto. De hecho, este es uno de los pocos casos⁴⁰ en los que la Corte no ha sancionado responsabilidad por este derecho, considerando que precisamente un requisito para llegar a la jurisdicción de la Corte es que los mecanismos internos no hayan sido efectivos y no hayan brindado protección adecuada.

40 Entre los casos recientes en los que no se ha sancionado al Estado por los derechos del artículo 8 y 25 referentes a garantías y protección judicial se encuentran: Caso Grande v. Argentina (2011), Caso Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (2012), Caso Palma Mendoza v. Ecuador (2012) y Caso Brewer Carías v. Venezuela (2014).

5. Sobre la vulneración al derecho a la integridad personal y al derecho a la vida relacionados a la situación de paciente con VIH del señor Duque

En primer lugar, se debe mencionar que el señor Duque (al igual que su pareja) fue diagnosticado con VIH y, con el paso del tiempo, su situación empeoró y lo volvió completamente dependiente de un tratamiento con antirretrovirales que debe consumir de por vida cada día para poder mantener un nivel mínimo de defensas en su cuerpo y seguir viviendo. Ante esto se puede considerar que en Colombia el aseguramiento pensional (del régimen contributivo) viene aunado a un seguro privado de salud que, según lo que se señala en información dada durante la audiencia pública del caso⁴¹, ofrece mayores garantías en el acceso a los antirretrovirales que el sistema subsidiado por el Estado que presenta serias falencias en la entrega de estos medicamentos y demoras que podrían llevar a que el paciente no reciba los antirretrovirales en meses, generándole una situación de riesgo grave a su salud.

En el caso del señor Duque se pudo ver en su testimonio que estuvo cerca de un año sin tratamiento entre la muerte de su pareja (y la negativa de dar la pensión en el 2002) hasta que fue afiliado por un familiar. En esa época su salud se deterioró bajando 20 kilos de peso quedando en un estado riesgoso hasta que pudo recibir el medicamento por parte del seguro de su familiar, pues cuando intentó acudir a su propia pensión y seguro este también

Frente a la posible vulneración de la integridad física, la Corte IDH solo indica la falta de pruebas que la demuestren, guiándose por las formas y no por la efectividad plena de los derechos.”

le fue negado por no haber completado las semanas cotizadas y aportadas y cuando acudió al sistema subsidiado demoraban demasiado en darle los medicamentos generando incertidumbre en su acceso.

Ante el tema del VIH, la CIDH manifestó en su Informe de Admisibilidad que este era subsidiario y,

posteriormente, en su Informe de Fondo concluye que no hay violación al derecho a la vida (art. 4.1) señalando que existía una carencia de información suficiente para declarar con seguridad la violación a la integridad (art. 5.1). Frente a esto, los representantes de la víctima señalaron que hubo falta de atención médica para la situación de VIH y que, además, se dio una fuerte carga emocional que dañó la integridad psicológica pero no se presentó ningún tipo de prueba que demuestre ni certifique la afectación. Por su parte el Estado presenta un documento del Ministerio de Salud que certifica la no interrupción en la afiliación del señor Duque al sistema de salud subsidiado.

En este caso, resulta importante analizar si el tema del aseguramiento en salud es una violación directa o es una consecuencia de la falta de otorgamiento de la pensión. Y, si luego de ver esto, se puede hablar de una vulneración especial al tratarse de una enfermedad como el VIH.

El señor Duque solicitaba la pensión, no solo por el dinero en sí, pues también resultaba importante en su pedido el acceso al seguro de salud. A pesar de esto, es de considerar que existe un sistema subsidiado que le permitía

41 Corroborado por información publicada por portales especializados en Colombia como: Grupo de Trabajo sobre Tratamientos de VIH (Colombia): <http://gtt-vih.org/actualizate/lo_mas_positivo/LMP29_acceso_colombia> y Colombia Diversa: <<http://www.colombia-diversa.org/p/preguntas-legales-sobre-vih.html>>.

el acceso al medicamento necesario, por lo que el seguro privado no era el único mecanismo para acceder al antirretroviral.

En ese sentido, considero que el tema relativo al acceso al seguro privado de salud es una consecuencia del acceso a la pensión, por lo que esta viene relacionada a la privación de la pensión como un efecto. Esto tomando en cuenta que existe un sistema subsidiado pero deficiente por lo que el acceso a la pensión y al seguro privado habría podido ayudar a un mejor tratamiento, a pesar de esto no se puede afirmar que el Estado, al negar la pensión, sea directamente responsable por el empeoramiento del estado físico del señor Duque y, menos aún, por su vida.

Debido a esto, resulta difícil considerar que el derecho a la vida fue vulnerado por la negativa de dar la pensión y que sea una vulneración atribuible al Estado, cosa diferente sucede con el derecho a la integridad. Se debe considerar que la integridad no solo implica el aspecto físico, también incluye el aspecto psíquico y moral como se señala en el artículo 5.1 de la CADH.

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

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

En este aspecto, considero que la Corte debió analizar a profundidad el tema para poder llegar a una conclusión más adecuada, pues su análisis fue sumamente superficial y su argumentación

deficiente centrándose únicamente en la falta de medios probatorios específicos generando una carga de prueba demasiado exigente para la víctima. Si bien ahora (luego de la reforma reglamentaria) la víctima se encuentra en una aparente igualdad de participación con el Estado, no debemos olvidar que la fuerza, poder y capacidad del Estado para conseguir medios probatorios y pericias es mucho mayor a la de la víctima. De igual manera, es interesante tener en cuenta la inversión en la carga de la prueba que se ha dado en la práctica para casos como este pues, anteriormente, era el Estado el que debía probar que no había cometido la vulneración, mientras ahora la Corte parece exigir a la víctima probar el daño.

En el caso de la vulneración a la integridad del señor Duque, la Corte señala que este no ha probado que el sistema subsidiado por el Estado es deficiente en la entrega de los antirretrovirales, esto implicaría que la víctima asume la carga de probar que toda una política del Estado no está funcionando bien, en lugar de encargarse al Estado de probar que aplica de manera adecuada su sistema de salud. Esto impone una carga probatoria demasiado alta para una persona, pues implicaría realizar algún tipo de trabajo de campo con todas las personas que reciben medicinas del Estado para comprobar las deficiencias, cosa que llevaría a comprobar una violación de derechos que va más allá del caso de Duque, considerando que la obligación⁴² del Estado en esta materia incluye a toda su población⁴³. De igual manera, en lo que respecta a

42 Sobre las obligaciones del Estado en materia de VIH: “Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud”. Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador (1 setiembre 2015), Párr. 197.

43 “Los Estados deberían tomar también las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/Sida, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas”. 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. sexta directriz. Disponible en: <http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf>.

la integridad psíquica, el señor Duque señala haber sufrido y pasado angustia tanto por la discriminación de la que fue víctima como por la ansiedad referente a la inseguridad de recibir las medicinas que necesitaba para seguir viviendo. Ante esto, la Corte se limita a señalar que no se han presentado pruebas que demuestran el daño psicológico, lo que también sorprende puesto que en muchos otros casos no se ha solicitado este tipo de prueba o pericia para determinar una afectación de la integridad psíquica.

Ejemplo de esto es el caso Furlan y familiares v. Argentina:

“261. Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, *es evidente que la demora injustificada en el proceso*, así como las demás búsquedas llevadas a cabo por el señor Danilo Furlan con el fin de obtener otros tipos de ayuda para su hijo, *ocasionaron un sufrimiento grave en él*. No solo asumió casi por completo los cuidados personales de su hijo, sino además impulsó un proceso judicial interno. El señor Danilo Furlan abandonó su trabajo, dedicó su vida y se consagró exclusivamente a buscar ayuda, en todos los sitios que pudo, para su hijo Sebastián Furlan. *Por tanto, esta Corte considera que se encuentra probada tanto la vulneración a la integridad psíquica y moral del señor Danilo Furlan, así como el impacto producido en él por la falta de acceso a la justicia derivado del proceso judicial y la ejecución del mismo*”⁴⁴.

Como se puede ver, en otros casos la Corte no ha dudado en interpretar (sin necesidad de pericias o pruebas específicas) que las demoras o complicaciones en los procesos internos y situaciones similares generan sufrimiento

grave que se puede considerar como vulneración a la integridad psíquica. Lamentablemente, en casos como el del señor Duque, la Corte ha utilizado un estándar probatorio mucho más alto que ha generado que el Estado no sea sancionado debido a la falta de prueba y no a la comprobación de ausencia de daño.

CONCLUSIONES

Este es un importante caso por ser el primero en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en analizar las consecuencias jurídicas de la protección a las parejas del mismo sexo por parte del sistema jurídico de los Estados. El aporte del caso Duque demuestra que no garantizar el acceso a la pensión es una violación al derecho a la igualdad y no discriminación y, en general, al DIDH. Lamentablemente, la Corte no trató a profundidad todas las aristas del tema, dejando cabos sueltos y argumentaciones deficientes que ameritan mayor desarrollo y análisis.

El Estado argumenta que no queda claro el inicio de la obligación en materia de igualdad por orientación sexual, por lo que no existiría responsabilidad vigente al momento de los hechos del caso. A pesar de este argumento, Colombia acepta la existencia de un hecho ilícito continuado hasta el momento del cambio jurisprudencial (2008), lo que genera una contradicción en los argumentos de su defensa, pues el hecho ilícito nace de la violación de una norma de Derecho Internacional que obliga al Estado y Colombia señala que dicha obligación no existía en ese momento.

De igual manera, el Estado argumenta la falta de claridad en la obligación de igualdad y no discriminación por orientación sexual hasta el momento del precedente del caso Atala Riffó e hijas v. Chile (2012). Ante esto se puede

44 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Furlan y familiares v. Argentina. Sentencia 31 agosto del 2012.

señalar: a) Existían casos contra Colombia en el sistema interamericano desde 1999 que hablan de esta categoría como protegida aún antes del caso Atala; b) Colombia tiene un dictamen en contra que data del 2007 en el sistema universal y que voluntariamente decide no acatar; c) su propia Corte Constitucional habla de esta categoría como motivo prohibido en su jurisprudencia desde inicios de la década de los noventa; d) no existe razón alguna para considerar que solo luego de un pronunciamiento de la Corte se empieza a aplicar una obligación pues la prohibición de discriminación se encuentra vigente desde que Colombia se compromete a respetar la CADH, instrumento normativo que contiene dicha prohibición y que es base de la responsabilidad internacional que existe como consecuencia de su violación; e) supeditar la vigencia de alguna disposición de la CADH a la existencia de jurisprudencia específica que hable del tema es generar una relativización de la fuerza vinculante de la CADH, además que resulta contradictorio pues la Corte IDH sancionó a Chile en el caso Atala por hechos sucedidos en la misma época que los del caso Duque y, obviamente, sin la existencia de una jurisprudencia previa que “habilite” esa interpretación abierta de la prohibición de no discriminación que incluye a la orientación sexual.

El argumento reiterativo del Estado sobre el supuesto desconocimiento de la existencia de la obligación, a pesar de existir evidencia de lo contrario, demuestra una clara falta de buena fe en la defensa de Colombia y la necesidad de un escrutinio mayor y más cuidadoso del contexto y antecedentes de un Estado, tanto por la CIDH como por la Corte IDH, para evitar que argumentos de este tipo sean considerados al momento de analizar la responsabilidad internacional en violaciones de derechos humanos.

De igual manera, el Estado argumenta la cesación del hecho ilícito al momento del cambio de jurisprudencia en el 2008. Este momento es conocido por la aparición de una

sentencia de la Corte Constitucional que abre los supuestos normativos de los beneficiarios de la pensión para incluir a las parejas del mismo sexo. A pesar de esto, resulta preocupante que la Corte se quede en el aspecto formal señalando que Colombia cumplió con adecuar su derecho interno (art. 2 de la CADH) con esta apertura jurisprudencial, sin tomar en cuenta si el mecanismo creado era efectivo e idóneo en la realidad. Los peritajes presentados en la audiencia pública y los ejemplos de múltiples sentencias posteriores a este año nos demuestran que el cambio del 2008 no generó un mecanismo efectivo ni pacificó la situación. Esto significa que Colombia, en la realidad, no cumplió con el artículo 2 de la CADH ni satisfizo la obligación relativa al artículo 25.1 (protección judicial) con el mecanismo creado. Es pertinente recordar que, incluso luego del 2008, se tuvo que dar otra sentencia en el 2010 pues la misma sentencia del 2008 generaba cargas de prueba y aplicación restrictivas y perjudiciales para las parejas del mismo sexo. Además, la sentencia del 2010 se asume que soluciona dichos problemas, pero, al ser una sentencia de tutela, no tiene aplicación de precedente obligatorio ni efectos generales para otros casos, dejando la incertidumbre latente y no solucionando el problema en la realidad.

Ante esto, resulta preocupante que la Corte IDH haya considerado solo lo dicho por el Estado y la formalidad para no sancionar por lo mencionado en la conclusión anterior. Este es uno de los pocos casos en los que la Corte ha desestimado una excepción por considerar, precisamente, que el cambio jurisprudencial creaba un mecanismo poco certero y que luego, en el análisis de fondo, cambie de opinión y lo pase a considerar efectivo e idóneo a pesar de las pruebas y peritajes que desmienten dicha afirmación. Es interesante pensar cómo llegó el caso entonces a la Corte IDH, entendiendo que la regla general aplicada nos indica que se deben agotar recursos internos y, en caso estos no resulten efectivos, se activa

la jurisdicción internacional de forma suplementaria. Señalar que no hubo ninguna violación en el proceso y, al mismo tiempo, aceptar pronunciarse sobre el fondo del caso parece contradictorio y genera más dudas que respuestas sobre cómo se evalúa este tema en el sistema interamericano.

Con respecto a la normativa colombiana vigente al momento de los hechos (2002) queda claro que era manifiestamente discriminatoria, pues sus efectos anulaban por completo la posibilidad de las parejas del mismo sexo de acceder a seguridad social derivada de su vínculo en calidad de beneficiarios. Queda probado, en consecuencia, que, al momento de los hechos, la obligación de no discriminación por orientación sexual ya se encontraba vigente y que la cesación del hecho ilícito relativo a esta obligación solo se dará al momento de crear un mecanismo efectivo e idóneo en la práctica para que estas parejas accedan en igualdad a los beneficios sociales a los que las parejas heterosexuales acceden.

En el mismo sentido, resulta preocupante que la Corte señale que la acción de tutela negada al señor Duque no constituye una afectación al derecho a la protección judicial bajo el argumento de que la negativa en ambas instancias solo seguía la normativa vigente. Esto debido a que aplicar una norma discriminatoria genera un resultado igualmente discriminatorio que no podría considerarse una forma efectiva de protección judicial ante un caso como este. Toda consecuencia de un hecho ilícito que perpetúe sus efectos se encuentra teñido por la ilicitud del hecho, por lo que deviene en vulneratorio. En consecuencia, negar la vulneración al derecho a la protección judicial en este caso resulta sorprendente, más aún si se considera que la tutela fue determinada por el mismo Estado como el recurso idóneo para la situación de urgencia del señor Duque y que este mecanismo tiene como finalidad proteger los derechos de los ciudadanos(as).

Sobre la tutela es también importante mencionar que, al ser denominada como el recurso idóneo para el caso, sería esta la que permite agotar los recursos internos antes de recurrir al sistema interamericano. Los recursos que puedan ser creados a nivel interno de manera posterior a los hechos no resultaban necesarios para considerar el agotamiento, pues este se dio al llegar a la segunda instancia de la acción de tutela y no recibir un resultado que proteja el derecho del señor Duque. De igual manera, el Estado argumenta la necesidad de que la víctima agote los mecanismos creados de manera posterior y, si esto se aceptara, se estaría creando un mecanismo perverso en el que los Estados pueden generar trabas para el acceso al sistema interamericano al crear nuevos mecanismos internos. Esto generaría una carga excesiva para la víctima que la mantendría en un litigio interno demasiado largo, postergando aún más la satisfacción de sus derechos.

En lo que respecta al derecho a la vida, la CIDH no acoge el pedido de los representantes de la víctima, por lo que no incluye este derecho en su Informe de Fondo ni en su pedido ante la Corte IDH. A pesar de esto (y bajo la facultad que permite el Reglamento de la Corte IDH y su jurisprudencia de presentar nuevos derechos), la víctima insiste con su pedido, por lo que la Corte se pronuncia sobre este señalando que no existe vulneración. Si bien la argumentación que nos lleve a considerar una vulneración de la vida en este caso resulta intrincada y derivada de ciertas interpretaciones, considero que la Corte debió analizar de manera más profunda el pedido pues su argumentación resulta pobre en lo que respecta a este derecho.

El derecho a la integridad es también desestimado por la Corte IDH, argumentando que no existen medios probatorios suficientes para alegar dicha vulneración. Llama poderosamente la atención que ante un caso así resulte indispensable algún tipo de medio probatorio cuando en otros casos el daño a la integridad

psíquica se ha demostrado con una simple inferencia de la Corte IDH que parte de la idea de que el sufrimiento de pasar por circunstancias de vulneración de derechos lleva a una afectación de la integridad. En otros casos la Corte no ha necesitado ni solicitado mayor prueba o peritaje psicológico para declarar la vulneración del derecho a la integridad psíquica, reconociendo incluso la posibilidad de extender este criterio a los familiares. Debido a esto, resulta contradictorio que en este caso no se señale el mismo criterio, más aún cuando el señor Duque pasó tantos años litigando por sus derechos, luchando por conseguir medios para sostenerse y recursos para adquirir los medicamentos necesarios para sobrevivir con VIH.

Frente a la posible vulneración de la integridad física, la Corte IDH también se limita a señalar una falta de medios probatorios que demuestren una afectación a ese nivel. Se debe recordar que la pensión del sistema privado se brinda aunada a un seguro de salud de mucha mejor calidad con respecto a la entrega de antirretrovirales que el señor Duque necesitaba. Al negársele dicha posibilidad, el señor Duque se vio obligado a recurrir al sistema subsidiado de salud que presenta serias deficiencias en la entrega del medicamento. Ante esto, el Estado se limita a presentar una constancia de afiliación del señor Duque y, aunque dicha constancia no asegura que haya recibido de manera adecuada el medicamento necesario, la Corte considera esto suficiente para señalar que no hay vulneración. No se tomó en cuenta ni la declaración de la víctima ni las múltiples noticias y portales de organizaciones citados en la audiencia que denuncian de manera pública y constante el mal servicio del sistema subsidiado y las demoras de meses en la entrega de medicinas que necesitan ser consumidas todos los días sin falta. Esto demuestra una vez más que la Corte IDH se guía en muchos casos por la formalidad y no por la efectividad plena de los derechos en la realidad.

En este último tema, resulta importante considerar que en algunos casos la carga de la prueba parece invertirse en la aplicación práctica, perjudicando a la víctima. La Corte IDH señala la falta de prueba de parte del señor Duque para demostrar la demora en la entrega de los antirretrovirales, cuando la regla general nos llevaría a pensar que es el Estado el que debe demostrar que su política pública en salud es eficiente y no la víctima la que deba probar que un sistema de salud nacional no funciona adecuadamente. Esto significaría darle una carga probatoria demasiado alta a la víctima frente a la del Estado pues, en teoría hay igualdad de armas en el proceso, pero es lógico pensar que el Estado es el que debe probar que implementa adecuadamente sus servicios públicos, además de ser el Estado el que cuenta con la información logística, presupuestaria y técnica sobre el tema, información que no es accesible para la víctima.

Si bien este caso ayuda mucho a reforzar la obligación de no discriminación por orientación sexual y sigue la línea creada por el DIDH, no se puede obviar las falencias argumentativas y lógicas de la Corte IDH en su análisis. De igual forma, debe señalarse su completo alejamiento de la realidad en la que se aplican las normas al momento de determinar la responsabilidad internacional del Estado. La Corte ha seguido criterios formalistas en muchos aspectos, generando una sensación de insatisfacción en quienes esperábamos un análisis más riguroso y la creación de mayores aportes doctrinarios que nos den luces sobre el contenido de esta obligación en el sistema interamericano. Genera, además, una sensación de temor el ver la superficialidad con la que se pueden analizar temas que influyen de manera decisiva en la vida de millones de personas en nuestro continente. Espero que la Opinión Consultiva solicitada por Costa Rica sobre el tema de derechos de las personas LGTB sea una oportunidad para que la Corte IDH se reivindique con esta población y mejore su análisis con la única finalidad de

cumplir su función de guardián del marco legal interamericano y de los derechos de los americanos(as).

BIBLIOGRAFÍA

- NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. *Derecho Internacional Público*. Tomo II, Vol. 1, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- PAZO PINEDA, Óscar. “Las uniones civiles entre parejas del mismo sexo: un análisis desde el principio de igualdad”. En: *Rae Jurisprudencia*. Año 5, N° 63, Lima, 2013.
- SALMÓN GARATE, Elizabeth. *Curso de Derecho Internacional Público*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2012.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coordinadores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Fundación Konrad Adenauer, Ciudad de México, 2014. ■