



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
RESERVADA*

CCPR/C/89/D/1361/2005
14 de mayo de 2007

Original: ESPAÑOL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
89º período de sesiones
12 a 30 de marzo de 2007

DICTAMEN

Comunicación N° 1361/2005

<u>Presentada por:</u>	X ¹ (representado por abogado)
<u>Presunta víctima:</u>	El autor
<u>Estado Parte:</u>	Colombia
<u>Fecha de la comunicación:</u>	13 de enero de 2001 (comunicación inicial)
<u>Referencias:</u>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 997 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 9 de febrero de 2005. (no se publicó como documento)
<u>Fecha de aprobación de la decisión:</u>	30 marzo 2007

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

¹ Los nombres y apellidos tanto del autor como de su pareja han sido omitidos debido a una solicitud de confidencialidad formulada por una de las partes.

Tema: Discriminación en cuanto al otorgamiento de sustitución de pensiones en el caso de parejas homosexuales.

Cuestiones de forma: falta de fundamentación suficiente de las supuestas violaciones.

Cuestiones de fondo: Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia; injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada; igualdad ante la ley y derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

Artículos del Pacto: 2, párrafo 1, 3, 5, 14, párrafo 1, 17 y 26.

Artículos del Protocolo Facultativo: 2 y 3

El 30 de marzo de 2007, el Comité de Derechos Humanos aprobó el texto adjunto como dictamen del Comité emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1361/2005.

[ANEXO]

ANEXO

DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EMITIDO A TENOR
DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO
DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
-89° PERÍODO DE SESIONES-

respecto de la

Comunicación No. 1361/2005**

<u>Presentada por:</u>	X (representado por abogado)
<u>Presunta víctima:</u>	El autor
<u>Estado Parte:</u>	Colombia
<u>Fecha de la comunicación:</u>	13 de enero de 2001 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 30 de marzo de 2007,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1361/2005, presentada en nombre de X, con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito los autores de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Sr. Yuji Iwasawa, Sr. Edwin Johnson, Sr. Walter Kälin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Rajsoomer Lallah, Sra. Zonke Zanele Majodina, Sra. Iulia Antoanella Motoc, Sr. Michael O'Flaherty, Sra. Elisabeth Palm, Sr. José Luis Pérez Sanchez-Cerro, Sir Nigel Rodley y Sr. Ivan Shearer.

Se adjunta al presente documento el texto de un voto particular emitido por dos miembros del Comité, Sr. Abdelfattah Amor y Sr. Ahmed Tawfik Khalil.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del reglamento, el miembro del Comité Sr. Rafael Rivas Posada no participó en la aprobación de la presente decisión.

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. El autor, de la comunicación de fecha 13 de enero de 2001, es un ciudadano colombiano. Alega ser víctima por parte de Colombia de violaciones a los artículos 2, párrafo 1, 3, 5 párrafos 1 y 2 14, párrafo 1, 17 y 26 del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. El autor está representado por abogado.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 27 de julio de 1993, tras 22 años de relación y 7 de convivencia con el autor, falleció el Sr. Y su compañero permanente. El 16 de septiembre de 1994, el autor, quien dependía económicamente de su compañero fallecido, presentó una petición al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, División de Prestaciones Económicas (el Fondo) solicitando una sustitución pensional.

2.2 El 19 de abril de 1995, el Fondo denegó la petición del autor, alegando que la ley no permitía otorgar la sustitución entre personas del mismo sexo.

2.3 El autor indica que el decreto reglamentario 1160 de 1989, establece que: “Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en los regímenes especiales”, sin establecer como requisito para la sustitución pensional que se trate de personas de diferentes sexos. Agrega que la ley 113 de 1985 extendió a la (el) compañera(o) permanente el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado con derecho a jubilarse, poniendo fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que mantienen unión de hecho.

2.4 El autor interpuso una acción de tutela ante el Juzgado 65 Penal Municipal de Bogotá para obtener una respuesta del Fondo de Prestaciones del Congreso de la República. El 14 de abril de 1995, el Juzgado Penal Municipal dictó sentencia ordenando cesar la acción impugnada, porque no existía una vulneración de derechos fundamentales. Contra tal decisión, el autor interpuso recurso de apelación ante el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá. El 12 de mayo de 1995, este Juzgado ordenó modificar la sentencia anterior y que se realizara por al Procuraduría General de la Nación, una investigación por las faltas incurridas por los funcionarios del Fondo.

2.5 Debido a la negativa de entregar la pensión, el autor presentó una acción de tutela ante el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá. Este Juzgado rechazó el recurso en 15 de septiembre de 1995, considerando que no existía motivo para tutelar los derechos reclamados. El autor interpuso recurso de apelación contra esta decisión ante el Tribunal Superior de Bogotá, el cual el 27 de octubre de 1995 confirmó el fallo de primera instancia.

2.6 El autor indica que todas las acciones de tutela del país son remitidas a la Corte Constitucional para una eventual revisión pero ésta no fue tomada para estudio por la Corte. Como, de acuerdo con el decreto 2591 el Defensor del Pueblo puede insistir en el estudio del asunto, el autor solicitó a la Defensoría del Pueblo que pidiera la revisión ante la Corte Constitucional. La Defensoría contestó el 26 de febrero de 1996, que a los homosexuales, por ausencia de normatividad legal expresa, no se les permitía ejercer derechos reconocidos a los

heterosexuales, por ejemplo, celebrar contrato de matrimonio o invocar la sustitución pensional de su compañero supérstite.

2.7 El autor presentó una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cuandinamarca, el cual el 12 de junio de 2000, negó la demanda, basándose en la no existencia de un reconocimiento constitucional o legal para las uniones homosexuales como núcleo integrador de familia. El autor presentó recurso de apelación que fue decidido en el Consejo de Estado el 19 de julio de 2000, confirmando la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo, argumentando que, en virtud de la Constitución “la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (...) de un hombre y una mujer.” Esta sentencia solo fue notificada mediante edicto de 17 de octubre de 2000 y quedó firme el 24 de octubre del mismo año.

2.8 El autor considera que ha agotado los recursos internos. Insiste en que todas las acciones de tutela del país son remitidas a la Corte Constitucional para una eventual revisión, y que ésta no fue tomada para estudio por la Corte.

2.9 El autor solicita la confidencialidad en relación a sus datos personales así como los de su pareja.

La denuncia

3.1 En cuanto a la alegada violación del artículo 2, párrafo 1, el autor sostiene que ha sufrido una discriminación por razones de su orientación sexual y de su sexo. Afirma que el Estado Colombiano no ha observado su compromiso de garantizar a todos los habitantes de su territorio políticas de no discriminación.

3.2 El autor alega la violación del artículo 3, puesto que se niega a una pareja del mismo sexo los derechos que se confieren a parejas de sexos diferentes, sin ninguna justificación. Afirma que cumplió legalmente con los requisitos para acceder a la mesada pensional a la que tiene derecho y que ésta fue negada con apoyo en argumentos de exclusión por preferencia sexual. Observa que, si la solicitud de pensión la hubiera presentado una mujer por el fallecimiento de su compañero hombre, la misma hubiera sido concedida, situación que resulta por consiguiente discriminatoria. El autor considera que al negar a una pareja del mismo sexo los derechos que se concede a parejas de sexos diferentes, se violó el artículo 3.

3.3 El autor alega asimismo violación del artículo 5, párrafos 1 y 2 del Pacto, porque las acciones del Estado Parte no respetan los principios de igualdad y no discriminación. Según el autor, el Estado Parte desconoció las decisiones del Comité que comprende la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual² y, la ley colombiana ha sido aplicada restrictivamente evitando que el autor accediera a la sustitución pensional de su pareja, poniendo en peligro su subsistencia y calidad de vida.

3.4 En cuanto a la violación alegada del artículo 14, párrafo 1, el autor sostiene que su derecho a la igualdad ante los tribunales no fue respetado, pues los órganos judiciales colombianos rechazaron su solicitud en reiteradas ocasiones apoyados en su género. Se refiere al Salvamento

² El autor parece referirse a las decisiones del Comité en N°s 488/1992, *Toonen c Australia* y 941/2000, *Young c Australia*.

de Voto de la jueza Olaya Forero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el caso en el cual afirmó que en la sentencia se estaba dando un trato desigual a los homosexuales.

3.5 El autor alega violación del artículo 17, párrafo 1, pues considera que el Estado Parte ha ejercido una injerencia negativa, descalificando su preferencia sexual haciendo con ello que le fuera negado el derecho fundamental a una pensión que garantizaría su subsistencia. En cuanto a la violación alegada del artículo 17, párrafo 2, sostiene que en los fallos de las autoridades judiciales su vida privada tuvo más peso que los requisitos legales para disfrutar la pensión. Los jueces se negaron a conceder la tutela o el amparo teniendo como única razón el hecho de ser homosexual.

3.6 En cuanto a la violación del artículo 26, el autor afirma que el Estado Parte, a través de la decisión del Fondo de Prestaciones y posteriormente con las múltiples acciones judiciales tuvo la oportunidad de evitar la discriminación basada en el sexo y orientación sexual pero no lo hizo. Alega que es deber del Estado solucionar las situaciones de desventaja de sus habitantes, pero en su caso por el contrario, el Estado las ha agravado haciéndole más vulnerable frente a las difíciles situaciones sociales que vive el país.

Observaciones del Estado Parte con respecto a la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.1 Mediante nota verbal de 25 de noviembre de 2005, el Estado Parte sometió sus observaciones relativas a la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.2 Con respecto a la admisibilidad de la comunicación, el Estado Parte realiza un examen detallado de los recursos utilizados por el autor concluyendo que estos fueron agotados, con la excepción de los recursos extraordinarios de revisión y súplica que no utilizó en la oportunidad debida. Sostiene que no corresponde al Comité examinar las determinaciones de hecho o de derecho de los tribunales nacionales ni anular decisiones judiciales a la manera de un tribunal de alzada. El Estado Parte considera que el autor pretende utilizar el Comité como una cuarta instancia.

4.3 En cuanto a los recursos de la jurisdicción interna, el Estado Parte nota que el Fondo aplicó el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, el cual establece que "... para todos los efectos civiles, se denominan compañero o compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho." Concluye que la legislación colombiana no ha conferido efectos civiles a las uniones entre personas del mismo sexo. Observa asimismo que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca consideró que la aplicación sistemática y concordante de la Constitución de 1991 con otras normas no daba bases a la Administración para acceder a la petición del autor. El Estado Parte señala que la jurisdicción contenciosa administrativa cuenta con recursos de carácter extraordinario como el de revisión y el de súplica, que el autor hubiera podido intentar, pero que no fueron utilizados en su oportunidad, habiéndose vencido los términos legales establecidos para hacerlo.

4.4 En cuanto a las acciones de tutela interpuestas por el autor, el Estado Parte considera que la acción interpuesta ante el Juzgado 65 Penal Municipal no tenía como objeto la protección del derecho a la sustitución pensional sino la protección de un derecho de petición. Considera consecuentemente que dicho recurso no debe ser tenido en cuenta como uno de aquellos por los

cuales se permitió al Estado conocer de la violación alegada. La segunda acción de tutela sí tuvo como objeto proteger algunos de los derechos presuntamente vulnerados y fue negada al estimar el juez que el autor no se encontraba frente a peligro inminente y porque contaba con otro medio de defensa judicial adecuado.

4.5 En cuanto a la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional, el Estado Parte confirma que estos fueron presentados a la Corte pero no fueron seleccionados. Corrobora que la revisión realizada por la Corte no es obligatoria pues ésta no es una tercera instancia del proceso de tutela. Transmite asimismo las observaciones del Defensor del Pueblo, el cual se abstuvo de insistir para que la Corte Constitucional revisara dichos fallos. El Estado Parte se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y el literal a) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, transcribiendo parte de la sentencia.³

4.6 El Estado Parte concluye que el autor agotó los recursos internos y que su inconformidad con las decisiones emitidas lo motivó a acudir al Comité como una cuarta instancia. Propone demostrar que las decisiones de orden interno fueron apegadas al derecho y no se desconocieron las garantías judiciales consagradas en el Pacto.

4.7 Con respecto al fondo, el Estado parte sometió las siguientes observaciones. En cuanto a la alegada violación del artículo 2, párrafo 1 del Pacto, el Estado Parte sostiene que el Comité no tiene competencias para hacer observaciones sobre la violación de dicho artículo puesto que éste se refiere a un compromiso de carácter general de respeto y garantía a todos los individuos. Se refiere a la jurisprudencia del Comité en la comunicación N° 268/1987, M.B.G. y S.P. c Trinidad y Tobago y, concluye que el autor no puede invocar la violación de dicho artículo de forma aislada, si no se presenta violación del artículo 14, párrafo 1.

4.8 Con relación a la violación alegada del artículo 3, el Estado Parte indica que encuentra que el alcance de dicho artículo no es el pretendido por el autor ya que esta disposición busca garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres, dados los factores históricos de discriminación de los que han sido objeto estas últimas. Se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional en el caso y hace suyas las observaciones de la Corte, en particular las siguientes. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia, son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (Arts. 42 y 43 de la Constitución Política). Son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el Legislador ha de estar obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990. El alcance de la definición legal de unión material de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. El Estado Parte se refiere igualmente a las consideraciones del Defensor del Pueblo en el mismo sentido concluyendo que no existe violación del artículo 3 del Pacto.

³ Corte Constitucional, C-098 de 1996.

4.9 En cuanto a la violación alegada del artículo 5, párrafos 1 y 2, el Estado parte afirma que no se encuentra expresamente fundamentada, ya que el autor no determinó de qué manera se concedió derecho a un Estado, grupo o individuos para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

4.10 El Estado Parte reitera lo manifestado por el Juez Constitucional respecto a que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno, pues no se advierte en ellas un propósito de lesionar a los homosexuales. Con relación al párrafo 2 del artículo 5, el Estado Parte señala que ninguna ley de la República restringe o menoscaba los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por el contrario, existen disposiciones que, como la Ley 54 de 1990, amplían los derechos prestacionales y patrimoniales a los compañeros permanentes en las uniones maritales de hecho, situación que no está contemplada en el artículo 23 del Pacto que se refiere a los derechos de la pareja dentro del matrimonio.

4.11 En cuanto a la presunta violación del artículo 14, párrafo 1, el Estado Parte, indica que las providencias judiciales emitidas en el curso de un proceso o acción de tutela solamente tienen efectos *inter partes*. Considera que estas alegaciones no están fundamentadas ya que todas las decisiones judiciales que se tomaron a raíz de las acciones adelantadas por el autor demuestran igualdad no solo ante la ley sino también frente al sistema judicial. En ningún momento se le restringió la posibilidad de acceder a la justicia y emplear todos los mecanismos a su alcance para solicitar la reivindicación de los derechos que consideraba vulnerados. Las violaciones alegadas no corresponden a un capricho del juzgador sino al cumplimiento *estricto sensu* de su actividad jurisdiccional de acuerdo con la ley que regulan la seguridad social, cuyo deber de protección se orienta a la familia, entendida ésta como aquella conformada por una pareja heterosexual, tal como la concibe el propio Pacto en su artículo 23.

4.12 Con relación a la violación alegada del artículo 17, el Estado Parte sostiene que el autor no explica la razones por las cuales estima que este artículo ha sido violado ni allegó prueba alguna que demuestre que ha sido víctima de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Consecuentemente considera que el autor no ha motivado esta parte de su comunicación.

4.13 En cuanto a la violación alegada del artículo 26, el Estado Parte indica que ya hizo el análisis correspondiente en los puntos relativos a los artículos 3 y 14, toda vez que se trata de los mismos presupuestos de hecho y de derecho. El Estado Parte concluye que no se configuró violación alguna al Pacto y solicita que se declare la comunicación inadmisibles de acuerdo con el artículo 2 del Protocolo.

4.14 El Estado Parte no se opone a la solicitud del autor de la reserva de su identidad y de su pareja fallecida, aunque no comparte la apreciación del autor sobre la necesidad de la misma.

Comentarios del autor

5.1 En sus comentarios de 26 de enero de 2006, el autor indica que del escrito del Estado Parte se desprende que la legislación colombiana no reconoce derecho prestacional a la persona que ha convivido con otra del mismo sexo. Se refiere a las decisiones del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado. Con relación a la observación del Estado Parte de que hizo falta presentar los recursos de revisión y de súplica, indica que tales recursos se hacen ante el mismo Consejo de

Estado, el cual ya había examinado el tema concluyendo de manera clara y contundente que no había lugar a la reclamación conforme la legislación colombiana. Sin embargo también se agotaron los recursos jurisdiccionales relativos a los derechos fundamentales o derechos humanos conforme el mecanismo de la acción de tutela. El autor observa que la Defensoría del Pueblo se recusó a solicitar a la Corte Constitucional que revisara los expedientes de tutela por considerar improcedente la petición. Sostiene que de la respuesta del Estado Parte se observa que no existe ninguna posibilidad de protección en este caso dentro de la legislación constitucional, legal, reglamentaria o procedimental del país.

5.2 El autor indica que el artículo 93 de la Constitución Política reconoce que los conceptos y decisiones emitidos por organismos internacionales de derechos humanos constituyen criterios hermenéuticos vinculantes para el juez constitucional. Sostiene que conforme este criterio, el Estado Parte ha debido tener en cuenta el Comité de Derechos Humanos como tal órgano y en particular, las decisiones del Comité en N°s 488/1992, *Toonen c Australia* y 941/2000, *Young c Australia*.

5.3 El autor concluye que se ha agotado los recursos internos y que en la legislación colombiana no existe un recurso que proteja los derechos de las parejas homosexuales y que ponga fin a la violación de sus derechos fundamentales.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 El Comité toma nota de que el Estado Parte consideró que el autor agotó los recursos internos.

6.2 En cuanto a las alegaciones relativas al artículo 3, el Comité toma nota de los argumentos del autor de que se niega a una pareja del mismo sexo los derechos que se confiere a parejas de sexos diferentes y, que si la solicitud de pensión hubiera sido presentada por una mujer por el fallecimiento de su compañero hombre, la misma hubiera sido concedida, situación que resulta discriminatoria. Sin embargo, el Comité observa que el autor no alega la existencia de discriminación con relación al tratamiento dado a las mujeres homosexuales en situaciones análogas a la suya. El Comité considera que el autor no ha sustanciado dicha queja suficientemente para efectos de admisibilidad y concluye que esta parte de la comunicación es inadmisibile con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.3 En cuanto a las reclamaciones relativas al artículo 5 del Pacto, el Comité considera que de esta disposición no dimana ningún derecho individual específico⁴. Por ello, la reclamación es incompatible con el Pacto e inadmisibile en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo Facultativo.

6.4 En cuanto a la denuncia relativa al artículo 14, el Comité considera que no ha sido suficientemente fundamentada, a los efectos del artículo 2 del Protocolo Facultativo, por lo que

⁴ Véanse las comunicaciones N°s 1167/2003, *Rayos c Filipinas*, dictamen de 27 de julio de 2004, párrafo 6.8 y 1011/2001, *Madafferi y Madafferi c Australia*, dictamen de 26 de julio de 2004, párrafo 8.6

esta parte de la denuncia debe declararse inadmisibles al tenor del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.5 El Comité considera que el resto de la denuncia del autor plantea cuestiones relevantes en relación a los artículos 2, párrafo 1, 17 y 26 del Pacto, la declara admisible y pasa a considerar el fondo de la comunicación.

Examen de la comunicación en cuanto al fondo

7.1 El autor afirma que la negativa de los tribunales colombianos a concederle una pensión basándose en su orientación sexual viola sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto. El Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que son varios los factores de orden social y jurídico tenidos en cuenta por el legislador y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja y, que éste no está obligado a reconocer un régimen patrimonial análogo al establecido en la Ley 54 de 1990 a todas las parejas y grupos sociales diversos existentes, unidos o no por lazos sexuales o afectivos. Toma nota igualmente de la afirmación del Estado Parte que el fin de las normas que regulan este régimen se circunscribieron a proteger las uniones heterosexuales sin perjudicar las restantes y sin que estas últimas sufrieran detrimento o quebranto alguno.

7.2 El Comité observa que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley 54 de 1990, consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual. El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual.⁵ Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban.⁶ El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual.

⁵ Véanse la comunicación N° 941/2000, *Young c. Australia*, dictamen de 6 de agosto de 2003, párrafo 10.4

⁶ Véanse las comunicaciones N°s 180/1984, *Danning c. los Países Bajos*, dictamen de 9 de abril de 1987, párrafo 14 y 976/2001, *Derksen y Bakker c. los Países Bajos*, dictamen de 1 de abril de 2004, párrafo 9.2.

7.3 A la luz de estas conclusiones, el Comité considera que no es necesario examinar las denuncias hechas en virtud de los artículos 2 párrafo 1, y 17.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por parte de Colombia del artículo 26 del Pacto.

9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Comité llega a la conclusión de que el autor, como víctima de una violación del artículo 26, tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual. El Estado Parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro.

10. Teniendo presente que por ser Parte en el Protocolo Facultativo el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado Parte que haga público el dictamen del Comité.

[Adoptada en español, francés e inglés, siendo la español la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General].

Anexo**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE ABDELFATTAH
AMOR Y AHMED TAWFIK KHALIL**

El autor, X, ha perdido a su compañero, del mismo sexo, tras 22 años de relación y 7 de convivencia. Considera que, al igual que los compañeros supervivientes en las parejas heterosexuales casadas o de hecho, tiene derecho a una sustitución pensional, derecho que no está consagrado en la legislación del Estado Parte.

El Comité ha dado la razón al autor por considerar que ha sido víctima de discriminación en el sentido del artículo 26 del Pacto, es decir, por motivos de sexo u orientación sexual, e indica que el Estado Parte no ha explicado cómo puede resultar razonable y objetiva la diferencia de trato entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales no casadas ni ha aportado ninguna prueba de que existan factores que justifiquen esa diferencia de trato.

De esa conclusión del Comité se desprende que, en lo que respecta a las sustituciones pensionales, no hay distinción ni diferenciación entre las parejas del mismo sexo y las parejas de hecho heterosexuales. Por consiguiente, toda distinción o diferenciación que constituyera una discriminación fundada sobre el sexo o la orientación sexual, a no ser que el Estado presentara explicaciones y pruebas que lo justificaran, constituiría una violación del artículo 26, que prohíbe la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual. No sorprende, pues, que el Comité inste al Estado Parte a que vuelva a examinar la solicitud de pensión del autor "sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual". Además, el Estado Parte tiene la obligación, según la fórmula consagrada, de "adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro".

La decisión del Comité recoge, en realidad, la solución a la que se llegó en 2003 en el asunto *Young c. Australia* (comunicación N° 941/2000) y *se inscribe, manifiestamente, en una perspectiva de establecimiento y consolidación de una jurisprudencia constante en la materia, vinculante para todos los Estados Partes en el Pacto.*

Por una serie de razones jurídicas, no podemos apoyar ni el razonamiento ni la conclusión del Comité.

En primer lugar, cabe subrayar que el artículo 26 del Pacto no se refiere explícitamente a la discriminación fundada en la orientación sexual, que sólo se podría fundar, llegado el caso, en la referencia a "cualquier otra condición social" que se hace al final del artículo. Ello significa que las cuestiones relativas a la orientación sexual no pueden tratarse en virtud del Pacto salvo si se recurre a la interpretación. Es evidente que el propio texto se presta a la interpretación, si bien ésta ha de ser razonable y no puede desvirtuar el texto ni expresar una voluntad diferente a la que tenían los autores. Cabe temer, como se verá más adelante, que *el Comité haya ido más allá de la simple interpretación.*

Señalamos, además, siempre como parte de las observaciones preliminares, que la interpretación, si bien puede basarse en experiencias jurídicas nacionales, *no puede hacer caso omiso del estado del derecho internacional positivo, que no reconoce el derecho a la orientación*

sexual como derecho humano. Así pues, el papel creador y normativo del Comité debería circunscribirse a esa realidad jurídica.

Por lo demás, es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y *no a la aparición de nuevos derechos* cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz.

En su labor de interpretación del concepto de no discriminación, el Comité ha dado siempre muestras de gran rigor. Así pues, considera que "no toda diferenciación basada en los motivos enumerados en el artículo 26 del Pacto constituye discriminación, siempre y cuando se base en motivos razonables y objetivos" (*G. J. Jongenburger-Veermane c. los Países Bajos*; comunicación N° 1238/2004). En el caso *Michael O'Neil y John Quinn c. Irlanda* (comunicación N° 1314/2004), el Comité, reiterando una vez más su jurisprudencia constante (véanse las comunicaciones N° 218/1986, *Vos c. los Países Bajos*; N° 425/1990, A. M. M. *Doesburg Lanooij Neefs c. los Países Bajos*; N° 651/1995, *J. Snijders c. los Países Bajos*; y N° 1164/2003, *Abal-Castell-Ruiz c. España*), recuerda que "no toda distinción constituye una discriminación, en violación del artículo 26, pero que las distinciones han de estar basadas en motivos razonables y objetivos, en aras de un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto".

La evaluación del carácter razonable y objetivo de los motivos de distinción o diferenciación, así como de la legitimidad del propósito con arreglo al Pacto, suele revestir diferentes grados de dificultad. En este sentido, el que realiza la interpretación corre peligro de caer en la subjetividad, sobre todo cuando se aferra, consciente o inconscientemente a métodos teleológicos. Lo que está en juego puede situarse a veces al margen del Pacto, o incluso ir en perjuicio de éste. En consecuencia, el espacio jurídico puede ceder lugar a otras categorías de espacio cuya legitimidad tal vez resida en ámbitos diferentes o, como mucho, en los confines del espacio jurídico. Así pues, el establecimiento de similitudes, analogías o equivalencias entre la situación de las parejas heterosexuales casadas o de hecho y las parejas homosexuales puede forzar tanto la observación como la interpretación de los hechos, por lo que no puede servir para construcciones jurídicas razonables y objetivas.

La interpretación de las disposiciones del Pacto no puede prescindir de unas ni de otras, sobre todo cuando las disposiciones tienen vínculos entre sí que no se pueden ocultar, y mucho menos eliminar. Por lo tanto, la cuestión de la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual no puede evocarse en relación con el artículo 26 desde la perspectiva de prestaciones positivas, haciendo abstracción del artículo 23, que considera que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" y "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello". Ello significa que *una pareja homosexual no constituye una familia en el sentido del Pacto* y, por lo tanto, no puede reclamar prestaciones positivas fundadas en la noción de familia, al estar ésta formada por personas de sexo diferente.

Cabe preguntar qué explicaciones complementarias debe proporcionar el Estado y qué otras pruebas debe presentar para demostrar el carácter razonable y objetivo de la diferenciación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. La lógica en que el Comité ha basado su razonamiento es, en este caso, muy discutible, pues parte de la hipótesis de que *todas las parejas*,

independientemente del sexo de sus miembros, son iguales y tienen derecho a la misma protección en lo que respecta a las prestaciones positivas. De ello se deduce que recae en el Estado, y en el autor, la obligación de explicar, justificar y demostrar, como si se tratara de una norma establecida e indiscutible, lo que dista mucho de ser el caso. Opinamos que en este asunto, y en lo que respecta a las prestaciones positivas, la regularidad de las situaciones generales se presupone, a no ser que haya una apreciación arbitraria o una calificación manifiestamente errónea, y la de situaciones irregulares debe ser demostrada por quienes las invocan.

Por otra parte, y tratándose siempre de interpretar unas disposiciones del Pacto en relación con otras, cabe subrayar que la interpretación del artículo 3 del Pacto, relativo a la igualdad entre los hombres y las mujeres, concuerda con la del artículo 26 *pero no se le puede extrapolar a la igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.*

Por el contrario, la discriminación por motivos de orientación sexual sí constituye claramente una violación del artículo 17, que prohíbe la injerencia en la vida privada. El Comité, acertadamente y en varias ocasiones, tanto en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados como en sus dictámenes sobre comunicaciones individuales, ha considerado que la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada prohíbe la persecución y las sanciones en caso de relaciones homosexuales consensuales entre adultos. *El artículo 26, en conexión con el artículo 17, es totalmente pertinente en este caso, puesto que se trata precisamente de luchar contra la discriminación y no de crear nuevos derechos.* Sin embargo, el artículo 26 no se puede aplicar normalmente cuando se trata de prestaciones positivas como el derecho a una sustitución pensional para las personas que hayan perdido a su pareja del mismo sexo. La situación de una pareja homosexual en lo que respecta a la sustitución pensional no es ni idéntica ni similar a la de una pareja heterosexual, *a menos que el problema se vea desde la perspectiva cultural (y las culturas son muy diversas, e incluso opuestas en ciertas cuestiones sociales).*

En resumen, la flexibilidad del derecho es una gran fuente de riqueza, pero puede conducir a veces a excesos que vacían la norma de su sustancia para darle un contenido diferente al que le corresponde y al deseado por su autor o al determinado por su letra y espíritu. Las opciones, en materia de interpretación, sólo pueden aceptarse en el marco y los límites de la norma que se está interpretando. Queda entendido, por supuesto, que los Estados tienen derecho y están en condiciones de crear nuevos derechos en beneficio de las personas dentro de su jurisdicción. En este sentido, *no incumbe al Comité actuar en sustitución del Estado ni optar por soluciones que no le corresponden.*

(Firmado): Abdelfattah Amor

(Firmado): Ahmed Tawfik Khalil

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la francesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]
