

**Caso 12.841**  
**Angel Alberto Duque**  
**Colombia**  
**Observaciones finales escritas**

## **INTRODUCCIÓN**

El presente caso se relaciona con un supuesto de discriminación con base en la orientación sexual en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el derecho a la seguridad social respecto de la pensión de sobrevivencia, respecto del cual, para el momento de los hechos del caso y hasta el año 2008, las parejas del mismo sexo estaban excluidas en Colombia. Igualmente, el caso presenta la exclusión de las parejas del mismo sexo del concepto de familia, que también operaba en Colombia hasta el año 2013.

Los hechos centrales del presente caso no están en controversia entre las partes. Angel Alberto Duque y John Oscar Jiménez vivieron juntos como pareja por más de 10 años, desde Junio de 1991 hasta Septiembre de 2001. Durante la etapa más reciente, anterior a su muerte, John Oscar Jiménez sostenía económicamente al señor Duque, incluyendo el pago de los gastos relativos a los tratamientos médicos que requería como persona que vive con VIH. John Oscar Jiménez trabajaba para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y, como trabajador de dicha entidad pública, estaba afiliado a la institución COLFONDOS con relación a su seguridad social.

El 15 de septiembre de 2001 John Oscar Jiménez falleció. El 19 de marzo de 2002 Angel Alberto Duque acudió a la institución COLFONDOS a fin de consultar sobre los requisitos necesarios para obtener una pensión de sobreviviente como compañero permanente de John Oscar Jiménez. Pocos días después, COLFONDOS le respondió indicando que él no cumplía con los requisitos para obtener una pensión de sobreviviente debido a que el marco normativo colombiano consideraba como beneficiarios únicamente al cónyuge o compañero permanente, cuyas definiciones legales excluían a las parejas del mismo sexo.

Con base en dicha respuesta, el 26 de abril de 2002 el señor Duque interpuso una acción de tutela, la cual fue rechazada en primera y segunda instancia por las autoridades judiciales que la conocieron. Dentro de los argumentos para sustentar dicha negativa se encontró que la legislación colombiana no reconoce a las parejas del mismo sexo como beneficiarias del derecho a la seguridad social. Asimismo, se efectuaron algunas consideraciones sobre la familia constitucionalmente protegida en el sentido de excluir a las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional no seleccionó el caso para revisión y, por lo tanto, la negativa de la pensión de sobreviviente quedó en firme.

En su informe de fondo, la Comisión estableció que lo sucedido constituyó un acto discriminatorio con base en la orientación sexual en violación de los derechos establecidos en los artículos 24 y 1.1 de la Convención. Asimismo, la Comisión encontró violaciones a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial por la ineffectividad de la acción de tutela para proteger al señor Duque de dicho trato discriminatorio. La Comisión también determinó la violación a la integridad personal de la víctima, para lo cual tomó en consideración que, sin la pensión de sobreviviente el señor Duque tuvo que enfrentar una situación de incertidumbre y otras dificultades para asegurar

la continuidad en un tratamiento que por su naturaleza no puede ser suspendido sin poner el riesgo la vida del paciente.

La Comisión sometió el caso a la Honorable Corte ante la necesidad de justicia en el caso particular pues el Estado colombiano no cumplió con las recomendaciones de su informe de fondo. A pesar de que la Comisión le otorgó una prórroga al Estado, éste no efectuó propuesta alguna de reparación integral a la víctima. Por el contrario, se limitó a indicar que Angel Alberto Duque debía iniciar un nuevo proceso administrativo ante COLFONDOS para solicitar nuevamente la pensión, no obstante el eventual resultado de este proceso se limitaría a un componente limitado de la reparación que corresponde en el presente caso por la discriminación, denegación de justicia y afectaciones a la integridad personal ya consumadas.

Además de la necesidad de justicia en el caso particular y como lo indicó la Comisión en la audiencia pública, el presente caso también fue sometido a la Corte por su carácter emblemático y trascendencia más allá de la víctima del caso. Este es el segundo caso que será conocido por la Corte Interamericana sobre discriminación por orientación sexual y presenta una oportunidad para que la Corte aplique un escrutinio estricto a diferencias de trato a personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual en su dimensión de pareja y familia y, concretamente, en el acceso a los mismos derechos y/o beneficios sociales a los que pueden acceder las parejas y familias heterosexuales. Asimismo, la Comisión reitera que el caso presenta una oportunidad para que la Corte Interamericana establezca la incompatibilidad con la Convención Americana de la adopción de conceptos limitados de familias que excluyen familias diversas de protección legal.

A continuación la Comisión formulará sus observaciones finales en el siguiente orden: i) Consideraciones preliminares sobre los desarrollos en Colombia en cuanto a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo; ii) Consideraciones sobre la excepción preliminar vinculada con el principio de subsidiariedad; iii) El análisis de la Comisión en cuanto a la violación del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio del señor Duque; y iv) La improcedencia de los cuatro argumentos estatales sobre el fondo en cuanto al principio de igualdad y no discriminación.

### **1. Consideraciones preliminares sobre los desarrollos en Colombia en cuanto a la pensión de sobrevivientes de las parejas del mismo sexo**

Notando que la excepción preliminar relativa al principio de subsidiariedad y la argumentación de fondo se basan casi íntegramente en los desarrollos posteriores a los hechos sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo en Colombia, la Comisión desea reiterar que reconoce y valora muy positivamente las sentencias C-336/08 y T-051/10 de la Corte Constitucional colombiana. La relevancia de estas decisiones radica en que, a través de ellas, el Estado dio un paso significativo hacia la eliminación de la discriminación legal de las parejas del mismo sexo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión difiere de los efectos que el Estado de Colombia pretende dar a dichas sentencias en proceso interamericano de Angel Alberto Duque. La Comisión destaca que la discriminación, falta de protección judicial y afectación a la integridad personal sufrida por el señor Duque sobre la base de su orientación sexual ya eran hechos consumados seis años antes de la decisión de la Corte Constitucional que reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo. Estas violaciones tuvieron lugar antes de que los peticionarios acudieran a la Comisión y cuando el marco normativo y la jurisprudencia constitucional claramente excluían al

señor Duque como beneficiarios de su pareja del mismo sexo. Este constituye el ilícito internacional sometido por la Comisión a conocimiento de la Corte.

A diferencia de lo expresado por el Estado, en el derecho internacional de los derechos humanos que no regula la relación de los Estados entre sí sino la relación de los Estados con las personas sujetas a su jurisdicción, los ilícitos internacionales derivados del incumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no tienen lugar en abstracto, sino con relación a personas individuales. En ese sentido, un acto estatal posterior de carácter abstracto no puede tener por efecto hacer cesar un ilícito internacional consistente en la violación de derechos humanos de una persona.

Ahora bien, en el marco del trámite interamericano sí puede ocurrir que los Estados dispongan medidas de reparación individual, las cuales deben ser consideradas en dicho trámite. Es posición de la CIDH que dichas posibles medidas no pueden tener por efecto eliminar o borrar la violación consumada, ni tampoco impedir que la Comisión o la Corte emitan un pronunciamiento sobre dicha violación. La Comisión reitera su posición en el sentido de que posibles medidas de reparación individuales merecen debida consideración al momento de determinar si es necesario o no que los órganos del sistema interamericano recomienden u ordenen, respectivamente, medidas complementarias de reparación a las ya otorgadas por el Estado.

Sin embargo, la Comisión resalta que ello no ocurrió en el presente caso. El Estado no otorgó reparación individual alguna en favor de Angel Alberto Duque a la luz de los diferentes componentes de la reparación integral en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y, especialmente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones. Los avances reportados por el Estado a lo largo del trámite interamericano no fueron avances con relación a la víctima individual sino en abstracto y, por lo tanto, no pueden ser considerados como reparación del ilícito internacional cometido en contra de Angel Alberto Duque.

## **2. Consideraciones sobre la excepción preliminar vinculada con el principio de subsidiariedad**

La Comisión Interamericana reitera en todos sus términos el escrito de respuesta a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado colombiano. En esta oportunidad, la Comisión se permite recapitular y complementar sus observaciones en cuanto a la excepción preliminar vinculada con el principio de subsidiariedad.

Para ello, la Comisión formulará observaciones, en primer lugar, sobre el entendimiento general del Estado respecto del principio de subsidiariedad y, en segundo lugar, respecto de la alegada falta de agotamiento de los recursos internos que aunque no así expresada de manera explícita por el Estado, es la base central de su argumentación bajo la noción de subsidiariedad.

### **2.1 Sobre la propuesta del Estado en cuanto a los efectos del principio de subsidiariedad**

La Comisión Interamericana reconoce el carácter fundamental del principio de subsidiariedad para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Sin embargo, como se indicó en la audiencia pública, la Comisión considera que el entendimiento del principio de subsidiariedad propuesto por Colombia no resulta consistente con con la jurisprudencia de la Honorable Corte y su práctica constante. La Comisión considera que los efectos que la Corte Interamericana otorgue al

principio de subsidiariedad en el trámite interamericano constituye una cuestión de orden público interamericano pues la interpretación propuesta por Colombia, de ser acogida por la Honorable Corte, podría afectar seriamente otro principio relevante del sistema interamericano, esto es, el de seguridad jurídica.

La Comisión enfatiza que el principio de subsidiariedad tiene como objetivo que el Estado concernido tenga la primera oportunidad de resolver la violaciones de derechos humanos denunciada antes de que pueda ser conocida por los órganos del sistema interamericano. Es por ello que la manifestación concreta del principio de subsidiariedad es la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, ello no puede implicar que los Estados cuenten con múltiples e indefinidas oportunidades para resolver la situación, pues ello retardaría el acceso a la protección internacional en perjuicio de la presunta víctima. Este criterio fue expresado por la Corte en su primera sentencia, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

Ahora bien, en relación con el argumento del Estado de Colombia sobre la necesidad de “avanzar” el análisis de ciertos aspectos del fondo para resolver la excepción preliminar, la Comisión considera que dicho argumento contradice el concepto mismo de excepción preliminar tal como fue definido por la Corte en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. En ese sentido, la Corte ha sido explícita en indicar que cualquier argumento que implique un análisis de fondo, no puede ser considerado como excepción preliminar.

Además, la solicitud del Estado resulta también incompatible con la práctica reiterada recientemente por la Corte en casos en los cuales una excepción preliminar no puede ser decidida sin entrar en el fondo del asunto. En tales casos, la práctica constante ha sido la de diferir la cuestión de admisibilidad a la de fondo y no adelantar la cuestión de fondo para decidir una excepción preliminar.

Por otra parte, la Comisión también destaca que el principio de subsidiariedad no implica que la Comisión o la Corte deban continuar analizando posibles inadmisibilidades sobrevenidas como consecuencia de actualizaciones o cambios a nivel interno, a lo largo de todo el trámite interamericano. Como se detallará más adelante, la Comisión recuerda que conforme al criterio constante de ambos órganos, una vez la CIDH admite un caso, la etapa de admisibilidad precluye y sólo puede ser revisada nuevamente ante la Corte respecto de los mismos hechos y alegatos que la CIDH tuvo a la vista al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad. Pronunciarse en otro sentido afectaría seriamente la seguridad jurídica y vaciaría de contenido los informes de admisibilidad de la Comisión.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad puede tener diversas implicaciones en las distintas etapas del trámite interamericano. En la etapa de admisibilidad, el principio de subsidiariedad exige de la Comisión Interamericana analice si los recursos internos fueron agotados debidamente o si resulta aplicable alguna de las excepciones a dicho requisito. Por su parte, en la etapa de fondo, y conforme a la práctica reiterada de la Corte Interamericana, la aplicación del principio de subsidiariedad implica que las medidas que haya adoptado el Estado a lo largo del trámite interamericano sean consideradas a efectos de fijar las reparaciones. Específicamente, en la determinación de si corresponde dictar reparaciones adicionales o complementarias a las ya otorgadas por el Estado.

## **2.2 Sobre los argumentos específicos respecto del agotamiento de los recursos internos**

Tras haber formulado sus consideraciones generales sobre el principio de subsidiariedad, la Comisión pasa a pronunciarse sobre los argumentos específicos que sustentan la excepción preliminar para el caso concreto.

El Estado de Colombia argumentó que, tras la sentencia C-336/08 de la Corte Constitucional, las parejas del mismo sexo dejaron de estar excluidas del derecho a la pensión de sobrevivientes. Además, el Estado alegó que tras la sentencia T-051/10 de la misma Corte Constitucional, quedaron claramente establecidas las reglas aplicables en dos aspectos: i) la aplicación de la primera sentencia a situaciones configuradas en el pasado, es decir, aún a situaciones en que la muerte del causante tuvo lugar antes de la emisión de la sentencia; y ii) respecto de la flexibilidad probatoria con relación a la convivencia de la pareja de manera que aún tras el fallecimiento del causante, el compañero supérstite pudiera acreditar dicha convivencia. Con base en lo anterior, el Estado argumentó que a partir de estas dos sentencias, Angel Alberto Duque contó con recursos adecuados y efectivos para acceder a la pensión de sobreviviente. Para la Comisión resulta evidente que toda esta argumentación se relaciona materialmente con el requisito de agotamiento de los recursos internos, por lo que las observaciones de la CIDH se basan en dicho entendimiento.

En primer lugar, la Comisión resalta que la totalidad del argumento del Estado, basado principalmente en la sentencia T-051/10, fue presentado por primera vez como excepción preliminar ante la Corte Interamericana, esto es, de manera extemporánea.

Conforme ha indicado reiteradamente la Corte, para que una excepción vinculada con la falta de agotamiento de los recursos internos pueda ser analizada por dicho Tribunal, es necesario que el Estado la haya interpuesto en el momento procesal oportuno, esto es, durante el trámite de admisibilidad ante la Comisión.

La Comisión recuerda que en el trámite ante sí, el Estado presentó una excepción general de falta de agotamiento de los recursos internos, específicamente mediante sus escritos de Julio y Noviembre de 2009. La Comisión desea enfatizar que al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad en Noviembre de 2011, el Estado no había puesto en conocimiento de la Comisión la emisión de la sentencia T-051/10 ni la manera en que la misma tenía implicaciones en el análisis del requisito de agotamiento de los recursos internos. Como se ha indicado reiteradamente, esta sentencia de la Corte Constitucional constituye la base de la argumentación del Estado respecto de esta excepción preliminar.

La Comisión toma nota del argumento presentado por el Estado en la audiencia pública para justificar su omisión en informar sobre la sentencia T-051/10 en el momento procesal oportuno, consistente en que la Comisión no le solicitó tal información ni le dio un previo aviso de que emitiría un informe sobre admisibilidad. La Comisión solicita respetuosamente a la Corte declarar la improcedencia de dicho argumento pues no corresponde a la CIDH efectuar investigaciones de oficio ni requerir información permanentemente a las partes como cuestión de procedimiento antes de emitir sus decisiones, menos cuando se trata precisamente de uno de los aspectos procesales sobre los cuales la carga de informar sobre los recursos existentes y probar su idoneidad y efectividad, recae exclusivamente en el Estado concernido. Además, el Estado tiene conocimiento de que la Comisión toma en cuenta toda la información recibida antes de emitir su pronunciamiento y debido a la etapa en que estaba la petición y el hecho de que se habían cumplido los traslados correspondientes entre las partes, resultaba previsible para el Estado que el siguiente paso en el trámite sería la emisión del pronunciamiento sobre admisibilidad.

Tomando en cuenta que, conforme a la jurisprudencia constante de la Corte, reiterada recientemente en el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano vs. Panamá*, los argumentos que sustenten una excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos deben corresponder a los presentados ante la Comisión Interamericana en la etapa de admisibilidad, la Comisión considera que todo argumento sustentado en la sentencia T-051/10 como excepción preliminar resulta manifiestamente extemporáneo.

Por otra parte, la Comisión observa que en el marco de esta excepción preliminar, el Estado presentó ciertos argumentos relacionados con lo que denominó “la doctrina del precedente”. El Estado explicó ante la Corte en qué consiste dicha doctrina y los mecanismos para exigir su cumplimiento. Asimismo, el Estado aportó información detallada y extensa sobre los diferentes efectos de las sentencias de la Corte Constitucional. Como la Honorable Corte podrá verificar de los escritos del Estado en la etapa de admisibilidad, o bien muchos de estos aspectos no fueron ni siquiera mencionados, o bien fueron referidos – como lo relativo a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional – de manera superficial y no con el nivel de extensión y detalle en que fueron presentados ante la Corte Interamericana. En ese sentido, la Comisión considera que este componente de la excepción preliminar también resulta manifiestamente extemporáneo.

Ahora bien, de manera subsidiaria y en gracia de discusión, la Comisión no deja de destacar que al momento de admisibilidad, esto es, para Noviembre de 2011, no existía garantía alguna de efectividad respecto de una nueva reclamación y eventual acción de tutela por parte del señor Duque para la obtención de su pensión de sobreviviente.

Como la Comisión explicó en detalle, resulta de la propia descripción efectuada por el Estado colombiano en su escrito de contestación y el perito Rodrigo Uprimny confirmó en la audiencia, al momento del informe de admisibilidad y aún después de la emisión de la sentencia T-051/10, persistía una situación de incertidumbre sobre los efectos de la sentencia C-336/08. Esto se explica por el carácter *sui generis* de los efectos otorgados a la T-051/10, los cuales razonablemente podían entenderse en ese momento como contrarios a la reglamentación sobre efectos de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional. En efecto, dado que la sentencia C-336/08 guardó silencio sobre sus efectos, conforme a lo indicado por los peritos Upegui y Uprimny, era razonable entender para ese momento que dicha sentencia sólo tenía efectos a futuro y que una decisión de tutela no podía cambiar, en principio, los efectos de una sentencia de constitucionalidad.

Pero además de la situación de incertidumbre sobre los efectos, la Comisión destaca que en fallos posteriores a la sentencia T-051/10, por ejemplo, en las sentencias T-592/10 y T-860/11, la propia Corte Constitucional reconoció la existencia de un contexto generalizado de negativas al derecho a la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo, no sólo por parte de autoridades administrativas sino también por autoridades judiciales en el marco de las acciones de tutela. Precisamente debido a este contexto, la Corte Constitucional continuó seleccionando este tipo de casos para revisión.

Si, como lo argumenta el Estado, desde el momento en que se emitió la sentencia T-051/10, eran claras las reglas judiciales sobre efectos en el tiempo y exigencias probatorias, este contexto no habría sido descrito en tales términos por la Corte Constitucional ni esta se hubiera visto en la necesidad de seguir seleccionando posteriormente tutelas con relación a este tema.

En ese sentido y se reitera, de manera subsidiaria al argumento relativo a la extemporaneidad de toda la excepción preliminar, la Comisión considera que para el momento del informe de admisibilidad no

existía garantía de que la segunda solicitud del señor Duque sería resuelta de manera favorable. En efecto, a la luz del contexto descrito, la Comisión destaca que el señor Duque probablemente hubiere recibido una respuesta negativa en la vía administrativa y judicial y, por lo tanto, su única posibilidad cierta hubiera sido que la Corte Constitucional seleccionara su caso en revisión. Como es de conocimiento de la Honorable Corte y lo confirmó el perito Uprimny en la audiencia, la Corte Constitucional ejerce su facultad discrecional de seleccionar tutelas en menos del 1% de los casos.

### **3. El análisis de la Comisión en cuanto a la violación del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio del señor Duque**

En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte Interamericana se pronunció por primera vez sobre un supuesto de discriminación con base en la orientación sexual. En lo relevante para el análisis del presente caso, la Comisión recuerda que en dicho caso la Corte Interamericana estableció, en primer lugar, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen criterios prohibidos de distinción dentro del concepto “otra condición social” bajo el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, la Corte Interamericana estableció que cuando la orientación sexual y la identidad de género es el criterio de distinción, la actuación estatal debe ser analizada bajo un escrutinio estricto.

En términos metodológicos, esto implica que una vez la orientación sexual aparece explícita o implícitamente como un elemento con base en el cual tuvo lugar una distinción o exclusión, surge una presunción de incompatibilidad con la Convención Americana cuya carga de desvirtuar mediante argumentos de mucho peso, recae en el Estado concernido. En ese sentido, corresponde al Estado demostrar, bajo dicho escrutinio estricto, cada uno de los elementos del juicio de proporcionalidad utilizado por la Corte en casos de igualdad y restricciones en el ejercicio de los derechos, a saber: fin legítimo que cuando se trata de escrutinio estricto debe ser una necesidad social imperiosa; idoneidad; necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto.

Tomando en cuenta que ante la Comisión el Estado no ofreció una explicación sobre las razones que motivaron la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso a la pensión de sobrevivientes, se tomó en consideración la motivación de las decisiones judiciales mediante las cuales se resolvió la acción de tutela interpuesta por el señor Duque en dos instancias. Al respecto, la Comisión tomó nota de que uno de los sustentos expresados en dichas sentencias se relaciona con la protección de la familia, que en el caso colombiano para ese momento, debía entenderse como la constituida por un hombre y mujer. Ante este sustento, la Comisión determinó que el Estado no demostró un vínculo causal entre el fin de proteger una forma particular de familia y la exclusión.

Por el contrario, la Comisión recordó lo establecido por la Corte en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, en el sentido de que la Convención Americana no protege un concepto único o limitado de familia y determinó que los estereotipos implícitos en dichas decisiones sobre familias diversas, rompieron el nexo de causalidad y, por lo tanto, la diferencia de trato no satisfizo el requisito de idoneidad. En consecuencia, la Comisión determinó la violación del principio de igualdad y no discriminación establecido en los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Angel Alberto Duque.

La Comisión destaca que esta conclusión sobre la responsabilidad del Estado de Colombia resulta consistente con diversas decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, específicamente en lo relativo al escrutinio estricto y la necesidad de que los Estados aporten “razones de mucho peso” para justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Los peritajes de Stefani Fabeni, Robert Wintemute y Roberto Saba efectúan un recuento de dicha jurisprudencia. En el mismo sentido, esta conclusión de la CIDH resulta consistente también con lo decidido por el

Comité de Derechos Humanos en los casos *Young vs. Australia* y *X vs. Colombia*. Estos dos casos resultan de particular relevancia para la determinación de la Honorable Corte, pues se trata de supuestos de hecho prácticamente idénticos a los del presente caso.

Ahora bien, tomando en cuenta la defensa efectuada por el Estado ante la Corte Interamericana, la Comisión destaca que en esta etapa del trámite interamericano el Estado no intentó justificar la exclusión de la que fue objeto el señor Duque en cuanto al acceso a la pensión de sobreviviente. En ese sentido, el Estado colombiano no desvirtuó ante la Corte la presunción de inconventionalidad de la diferencia de trato. Por el contrario, el Estado colombiano ha reconocido que antes de la sentencia C-336/08 había una situación de discriminación para las parejas del mismo sexo en cuanto a dicha pensión, lo que incluso calificó como “ilícito internacional”. La Comisión ya se refirió en este escrito a su entendimiento sobre lo que el Estado calificó como ilícito internacional y a su supuesta “cesación”. En este punto, y tomando la metodología diseñada por la Corte en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Comisión se limita a poner de presente que ante la Corte el Estado no desvirtuó la presunción de inconventionalidad de la exclusión y, por el contrario, la reconoció.

Ahora bien, además de la violación del principio de igualdad y no discriminación, la Comisión reitera lo indicado en la audiencia en el sentido de que – aunque no se encuentra expresamente en el informe de fondo – el debate generado ante la Corte y la prueba pericial practicada, permitirían al Tribunal efectuar un pronunciamiento de fondo también respecto de los derechos establecidos en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana, si así lo considerare pertinente.

En su análisis de fondo, la Comisión también estableció la violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio del señor Duque. Sobre este punto, la Comisión recapitula que el señor Duque era al momento de la exclusión una persona viviendo con VIH con una necesidad imperativa de tratamiento antiretroviral ininterrumpido. Dada su dependencia económica respecto de su compañero permanente al momento de su muerte, la Comisión entendió que la negativa y la posterior falta de protección judicial ante la misma, generó una situación de precariedad e incertidumbre en el continuidad del tratamiento antiretroviral, en violación de su integridad personal.

#### **4. La improcedencia de los cuatro argumentos estatales sobre el fondo en cuanto al principio de igualdad y no discriminación**

En este punto, la Comisión se pronunciará sobre los cuatro argumentos en los cuales el Estado colombiano basa su defensa en el fondo sobre el principio de igualdad y no discriminación. Como se observa del contenido de dichos argumentos, nuevamente el Estado se sustenta ampliamente en el principio de subsidiariedad, respecto de cuyo entendimiento por parte del Estado, ya se pronunció la Comisión en este escrito.

En cuanto al primer argumento, el Estado de Colombia reconoce que incurrió en un ilícito internacional. Sin embargo, argumentó que dicho ilícito cesó mediante las sentencias C-366/08 y T-051/10 de la Corte Constitucional. En opinión del Estado, a la luz de tales decisiones, la Corte Interamericana no pudo pronunciarse sobre el ilícito internacional que ocurrió.

La Comisión destaca que ninguna autoridad en Colombia ha reconocido la violación de derechos por parte del señor Angel Alberto Duque, que constituye el objeto del presente caso. La Comisión estima que incluso aún si se considerara que se trata de un caso de una violación continua cesada por el Estado, el efecto de la referida “cesación” sería relevante para determinar las reparaciones, pero no como mecanismo para borrar la violación y sus efectos bajo el derecho internacional.

El Estado también indica que, tras la alegada cesación de las violaciones, surgió una “obligación secundaria”, esto es, la de proveer reparaciones a la víctima. En cuanto a este punto, el Estado argumenta que tras las sentencias C-366/08 y T-051/10 de la Corte Constitucional, el señor Duque tiene a su disposición recursos internos que son adecuados y efectivos para obtener dichas reparaciones. Este argumento tiene esencialmente el mismo contenido de la excepción preliminar de subsidiariedad materialmente basada en la falta de agotamiento de los recursos internos que ya fue respondida por la Comisión.

La Comisión desea agregar en este punto que Angel Alberto Duque ya recibió una negativa a su solicitud en el ámbito administrativo y dos en el ámbito judicial. Cada una de estas respuestas no sólo le negaron un beneficio material que necesitaba, pero colectivamente implicaron un repudio por quien él era y por la familia de la que había sido parte durante más de diez años. Esto afectó necesariamente su dignidad humana y debe ser tomado en cuenta al momento de evaluar la llamada “obligación secundaria” propuesta por el Estado.

Mas aún, según la información disponible, si el día de hoy el señor Duque presenta su solicitud de pensión de supervivencia a COLFONDOS, dicha entidad sólo pagaría la pensión retroactivamente por los últimos cuatro años, excluyendo los años restantes desde la negativa inicial en el año 2002. En ese sentido, la Comisión desea enfatizar que la eventual solicitud a COLFONDOS no constituye un mecanismo para obtener una reparación integral que, en cualquier caso, debe ser otorgada por el Estado una vez su responsabilidad internacional sea declarada en el presente caso.

El tercer argumento de fondo del Estado de Colombia indica que cuando una autoridad judicial interna ha reconocido un ilícito internacional, no es competencia de la Corte Interamericana actuar como una “cuarta instancia” para ratificar dicha determinación. Sobre este punto, la Comisión destaca que la Corte Interamericana es la intérprete final de la Convención Americana y su competencia no se vé afectada por el hecho de que un Estado argumente haber efectuado un “control de convencionalidad” a nivel interno. Esto fue claramente establecido por la Corte en el caso *Cabrera García and Montiel Flores vs. México*. Asimismo, en el caso *Cepeda Vargas y otros vs. Colombia*, la Corte Interamericana cómo intérprete última de la Convención, revisó el control de convencionalidad efectuado por la Corte Constitucional con relación al derecho a la honra y la dignidad, para determinar si dicho control fue adecuado.

El cuarto punto levantado por el Estado colombiano es que sus jueces al momento de decidir la acción de tutela, no fueron quienes comprometieron la responsabilidad internacional del Estado, pues para el año 2002 no existían estándares internacionales en la materia objeto del presente caso y, por lo tanto, no puede exigirse que las autoridades judiciales efectuaran un control de convencionalidad.

La Comisión destaca que las acciones de los jueces o de cualquier otro agente estatal puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado cuando sus decisiones son incompatibles con la Convención, de manera independiente a la existencia de jurisprudencia sobre un tema concreto. Este entendimiento fue confirmado por el perito René Urueña en la audiencia pública. A título de ejemplo, la Comisión recuerda que en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, fue precisamente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, la que dio lugar a la responsabilidad internacional no obstante el sistema interamericano aún no había desarrollado jurisprudencia sobre el tema en cuestión.

En conclusión, la Comisión solicita respetuosamente a la Honorable Corte que deseche los cuatro argumentos de fondo del Estado en cuanto al principio de igualdad y no discriminación y, en aplicación del escrutinio estricto y la consecuente presunción de incompatibilidad de la exclusión con la Convención Americana al estar basada en un criterio especialmente problemático o sospechoso como lo es la orientación sexual, determine que el Estado no justificó dicha exclusión y, por lo tanto, concluya que la misma fue arbitraria y discriminatoria.

Finalmente, la Comisión desea mencionar que la reparación integral que debe determinar la Corte en el presente caso, conforme a los distintos componentes desarrollados en su propia jurisprudencia, deben incluir, al menos: i) reconocimiento de su pensión de sobreviviente desde el año 2001, esto es, desde la muerte de su compañero; ii) indemnización por el daño material e inmaterial derivado de la exclusión discriminatoria que sufrió en el año 2002 y sus efectos en la vida de la víctima; iii) medidas de satisfacción, tomando en cuenta las preferencias expresadas en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de los representantes; y iv) medidas de no repetición tomando en consideración que las decisiones de 2008 y 2010 de la Corte Constitucional y la información disponible respecto de los problemas de implementación de las mismas.

Washington DC.

25 de septiembre de 2015