

Bogotá, 25 de septiembre de 2015

Doctor

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica

E. S. D.

Caso 12.841 – Ángel Alberto Duque vs. Estado de Colombia

Ref: Envío de alegatos finales escritos

La Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti (en adelante “los representantes”), de conformidad con la Resolución del 2 de julio de 2015 del Presidente de la Corte en ejercicio para el presente caso, ponemos a consideración nuestros alegatos finales escritos. Como lo sostuvimos en la audiencia pública del 25 de agosto de 2015, el Estado de Colombia es responsable internacionalmente por la vulneración de los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la CADH”), en perjuicio de Ángel Alberto Duque:

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

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

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

D. Derecho a la vida (artículo 4.1) de Ángel Alberto Duque en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos (artículo 1.1).

Acto seguido, desarrollaremos en los siguientes párrafos, y conforme a las pruebas practicadas en la audiencia pública, nuestros argumentos finales sobre la vulneración de los derechos de la Convención que fue víctima Ángel Alberto Duque por la negación de la pensión de sobreviviente por parte del Ilustre Estado en el año 2002 en razón de su orientación sexual. Al final haremos una reseña sucinta de reiteración de nuestras afirmaciones sobre las excepciones preliminares interpuestas en el trámite ante la Corte IDH y repetidas por el Ilustre Estado en la audiencia pública, y finalizaremos con presiones sobre dos solicitudes de reparación.

1. Ángel Alberto Duque fue discriminado por su orientación sexual al negársele la pensión de sobreviviente por ser gay

1. No hay ninguna duda que la negación de la pensión de sobrevivencia a Ángel Alberto Duque en el año 2002 en razón de que la prestación no era reconocida a los compañeros supérstites de parejas del mismo sexo, generó un hecho de discriminación por su orientación sexual en su contra, que continuó con la negativa de los jueces de resolver la acción de tutela incoada por la víctima pidiendo el reconocimiento de la prestación, basándose en criterios de falta de reconocimiento legal así como de protección de la familia heterosexual compuesta por hombre y mujer. El Ilustre Estado frente a la violación sufrida por la víctima de su derecho a la igualdad, pretende la exoneración de responsabilidad bajo dos premisas: (i) que para la fecha de los hechos no había pauta jurisprudencial interamericana o del sistema universal, según el Ilustre Estado los únicos sistemas vinculantes para Colombia, que versara sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual en materia de pensiones de sobrevivientes, por lo cual los jueces colombianos no tenían parámetro de referencia para haber actuado distintamente del marco jurídico existente; y (ii) que aun cuando se generará un “hecho ilícito internacional”, el mismo se superó con la sentencia C-336 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana y las obligaciones derivadas de cesación del daño y reparación se satisficieron con la T-051 de 2010, por lo que en atención al principio de complementariedad, la Corte Interamericana debe inhibirse de decidir pues internamente el caso está resuelto.
2. Frente al primer planteamiento, los peticionarios rechazamos que el Ilustre Estado diga que no existían referentes a nivel internacional que prohibieran la discriminación por orientación sexual para la época de los hechos. Ciñéndonos a lo sostenido por el Ilustre Estado sobre la obligatoriedad de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sistema universal, ya existían antecedentes sobre dicha prohibición. Los casos *Tonnen vs. Australia*, de 1994, y *Young vs. Australia*, de 2003¹, son patentes en la demostración sobre la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual, siendo incluso el último de ellos similar en cuanto a los hechos al caso que nos ocupa ya que efectivamente versaba sobre la negación a una pensión de sobreviviente por la condición homosexual del quejoso. Inclusive, si bien la decisión fue en el 2007, el caso *X vs. Colombia*², réplica exacta de lo sucedido a Ángel Alberto Duque, también entra en consideración al ser una decisión sobre hechos ocurridos en el año 1997. Si se aceptara el argumento del Ilustre Estado, el Comité de Derechos Humanos tendría que haber despachado desfavorablemente este último proceso porque en el año referido no tenía reglas ni pautas para establecer que la orientación

¹ Caso Nicholas Toonen c. Australia, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 31 de marzo de 1994 (1994), Caso Edgard Young c. Australia Comunicación No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 6 de agosto de 2003; Caso X c. Colombia, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 30 de marzo de 2007

² Caso X c. Colombia, Comunicación No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 30 de marzo de 2007

sexual era una categoría protegida dentro del derecho internacional a no ser discriminado.

3. Pero no solamente el referente del sistema universal ya era óbice para que el Ilustre Estado actuara contra la prohibición de discriminación por orientación sexual. La propia Convención Americana en su artículo 1.1 contiene una obligación clara y expresa de que los Estados deben garantizar los derechos y libertades de las personas “sin discriminación alguna”. En consecuencia, aplicando el principio *pro persona* consagrado en el artículo 29 de la CADH, el Ilustre Estado no puede amparar su proceder de negación del reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la víctima argumentando la falta de pauta normativa o interpretativa del sistema interamericano respecto de la prohibición mencionada. Si fuera aceptada la posición estatal, significaría que la Honorable Corte no hubiera podido pronunciar en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, un comportamiento discriminatorio en base a la orientación sexual porque no existía precedente. Por el contrario, la Honorable Corte afirmó que esta categoría se encontraba resguardada y cobijada por el artículo 1.1 de la CADH³, recordándose también que la fundamentación de su postulado se hizo con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual, como es señalado por el perito Stefano Fabeni, incorporó como injustificable desde lo objetivo y racional frente a un fin legítimo, la categoría de opción sexual.
4. Antes de proseguir, es necesario resaltar el planteamiento del Ilustre Estado respecto de la interpretación evolutiva y la generación de responsabilidad internacional. Si bien acepta en un principio que la interpretación evolutiva puede dar lugar a responsabilidad estatal frente a hechos anteriores a la declaración de su consolidación, seguidamente asegura que por interpretaciones futuras no es dable en punto de control de convencionalidad predicar responsabilidad estatal por cuanto no había un criterio de razonabilidad que diera lugar a su aplicación. Para los representantes, la posición estatal da lugar a entender que las interpretaciones evolutivas generan derechos y por tanto solamente al tiempo de su consolidación, independientemente de la época de los hechos, puede venir a exigirse responsabilidad, no antes porque el control de convencionalidad no tenía referentes que posibilitaran actuar de otra manera. Esto desconoce que la interpretación evolutiva no constituye sino reconoce el alcance y el grado de protección de los derechos de la CADH. Por tanto, en lo atinente a la prohibición de discriminación por orientación sexual, antes del caso *Atala Riffo vs. Chile*, siempre fue subyacente en el artículo 1.1 de la CADH la obligación general de los estados de respetar y garantizar los derechos “sin discriminación alguna”, reconociendo la Honorable Corte que en esta fórmula se protegía también la categoría en mención, por lo que el Ilustre Estado desde el momento que ratifica la CADH está compelido a cumplir con este mandato independientemente del pronunciamiento jurisprudencial⁴.

³ Corte IDH. Caso *Atala Riffo vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie No. 239. Párr.90.

⁴ Corte IDH *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 241.

5. En el caso bajo estudio, lo anterior significa que para el año 2002, el Ilustre Estado estaba obligado a no discriminar a Ángel Alberto Duque por razón de orientación sexual en la concesión de la pensión de sobreviviente a los compañeros supervivientes de parejas del mismo sexo, acción que debía acometer bajo la regla del artículo 1.1. Así las cosas, es equivocado posicionar bajo el concepto de interpretación evolutiva que solamente desde el caso *Atala Riffo vs. Chile* en 2012 es dable exigir en control de convencionalidad una acción estatal que atajara prácticas de discriminación por orientación sexual; el derecho estaba consagrado y protegido desde siempre por la Convención y si el Ilustre Estado hubiera cumplido con el mandato del artículo 1.1, atendiendo además al principio *pro persona* contenido en el artículo 29, habría evitado el acto de discriminación contra la víctima y su responsabilidad en la conculcación del artículo 24 en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos.
6. No sobra hacer breve mención al hecho que las autoridades judiciales que conocieron de la tutela interpuesta por la víctima por la negación de la pensión, debían haber efectuado un control de convencionalidad adecuado y *ex officio* a la luz de la CADH respecto de las leyes y decretos que no permitían a un compañero superviviente de una relación homosexual, acceder a la pensión de sobreviviente. Es de recordarse que el control de convencionalidad no solamente comporta la aplicación de la CADH y la jurisprudencia de la Honorable Corte, sino también apartar las interpretaciones o disposiciones contrarias al disfrute de los derechos de aquella⁵ en procura de obtener la máxima protección y aseguramiento de la efectividad de los derechos.
7. Ahora, en cuanto al segundo argumento grueso expuesto en la audiencia sobre que el hecho ilícito internacional se superó con la promulgación de la sentencia C-336 de 2008 y las obligaciones secundarias derivadas de reparación y cesación del daño se encuentran subsanadas a partir de la sentencia T-051 de 2010, sin menoscabo de ampliar más en el acápite respecto de la vulneración a un recurso efectivo y a las garantías judiciales, los representantes de entrada señalamos que la posición del Ilustre Estado subvierte el rol de la Honorable Corte en el sistema interamericano de derechos humanos, quien es el último y más cualificado interprete del alcance y contenido de los derechos consagrados en la CADH, pues se arroga facultades para determinar las consecuencias de un hecho que generó una conculcación del derecho al tratamiento igualitario ante la ley y a no ser discriminado, estableciendo a su criterio las modalidades de reparación de una violación de derechos humanos, razones que le llevan a expresar, bajo una comprensión equivocada del principio de complementariedad, que la función de la Honorable Corte es únicamente respaldar la actuación estatal y sustraerse de apreciar y decidir el caso.
8. Entrando en materia, hemos de ensalzar que el Ilustre Estado con este planteamiento prácticamente hace una confesión de parte de que Ángel Alberto Duque si fue objeto de discriminación en el 2002 por la negativa de la pensión de sobreviviente a

⁵ Corte IDH *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338-339.

raíz de su condición de homosexual, siendo a su vez las normas atinentes a la concesión de esta prestación social (Art. 48 y 74 Ley 100 de 1994, Art. 1º Ley 54 de 1990; Art. 10 Decreto 1889 de 1994) incompatibles con la CADH al regular la prestación económica únicamente en función de una pareja heterosexual. Con todo y aceptación expresa de la violación, el Ilustre Estado llama a que se le absuelva considerando que el “ilícito internacional” terminó con la sentencia C-336 de 2008 porque la situación anterior se superó y fue excluida del ordenamiento jurídico. Sin embargo, aunque implícitamente reconoce que el pronunciamiento judicial de la Corte Constitucional no fue suficiente por motivo de régimen probatorio y tiempo de aplicación del mismo, aduce que a partir de la T-051 de 2010 los efectos del hecho ilícito definitivamente se franquean y descargan en la víctima el deber de interponer los recursos respectivos para obtener las reparaciones.

9. La hipótesis del Ilustre Estado de ninguna manera lo releva de responder la discriminación que fue objeto Ángel Alberto Duque. En primera medida, el advenimiento de las sentencias de la Corte Constitucional no significan *per se* una reparación integral en los términos del artículo 63.1 de la CADH de la violación de derechos humanos presentada, pues no contemplan ningún tipo de medidas de satisfacción, de garantías de no repetición o resarcimiento completo del daño ocasionado. Los representantes no negamos que la sentencia C-336 de 2008 fue un avance significativo en el inicio de la superación del hecho de discriminación en los derechos pensionales de los compañeros supervivientes de las parejas homosexuales, pero fue insuficiente y conllevó muchos problemas en su implementación, además que solo se concentraba en el tema de la concesión de la prestación, nada más. Respecto de la sentencia T-051 de 2010, esta providencia solamente atañe a las partes que se involucraron en el caso (efectos inter comunis), no a la víctima, aparte que su promulgación no evitó el surgimiento de problemáticas iguales.
10. En segundo lugar, aceptando en gracia de discusión que a partir de la T-051 de 2010 pudiera colegirse alguna reparación, automáticamente no se traduce en una sustracción de la competencia y conocimiento de la Corte IDH. Esa acción puede tener efectos en la determinación y monto de las reparaciones pero no se constituye en un impedimento para decidir el asunto puesto en conocimiento del alto tribunal, máxime cuando fue muy posterior tanto a los hechos como al inicio del trámite en el sistema interamericano.
11. Y por último, en tercer lugar, los pronunciamientos o acciones posteriores al procesamiento del caso desde 2005 en el Sistema Interamericano no pueden abordarse bajo un concepto del principio de subsidiariedad repetido que faculte al Ilustre Estado a excusarse de su proceder e interponga condiciones de cumplimiento distintas a las primigenias de abordaje del caso. En este sentido, no compartimos que se pretenda instaurar otros recursos a los que ya se interpusieron en su momento, bajo la excusa de la cesación de las obligaciones secundarias de reparación y terminación del daño que enervan el ilícito internacional y cargan, de acuerdo al Ilustre Estado, a la víctima de la obligación de someterse a cumplir con otros de los que inicialmente contaba.

12. En definitiva, los argumentos expuestos por el Ilustre Estado no tienen ninguna cabida para proceder a exonerarlos de su responsabilidad en la violación que fue objeto Ángel Alberto Duque de sus derecho de igualdad ante la ley y no ser discriminado (Art. 24) en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos (Art. 1.1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para el disfrute de los mismos (Art. 2.1)

2. Ángel Alberto Duque no tuvo ningún recurso efectivo ni garantías judiciales frente al hecho de discriminación por negación de la pensión de sobrevivientes.

13. Aquí es necesario dividir dos escenarios a raíz de la insistencia del Ilustre Estado en manifestar que luego de las sentencia C-336 de 2008 y la T-051 de 2010 de la Corte Constitucional, Ángel Alberto Duque cuenta con un recurso administrativo y uno judicial para hacer valer sus derechos pensionales. El primer escenario lo ubicamos en el 2002 al momento de la reclamación pensional y las acciones de tutela elevadas para protección del derecho a no ser discriminado; y el segundo tomará en cuenta el momento de promulgación de las providencias del alto tribunal constitucional.
14. En cuanto al primer escenario, no hay duda alguna, como se demuestra en el expediente remitido por la Honorable Comisión y en el Informe de Fondo de Artículo 50, que Ángel Alberto Duque no contó con un recurso adecuado y efectivo que remediara la discriminación que sufrió por parte de COLFONDOS al negársele la pensión de sobreviviente bajo el argumento de que el marco legal no cobijaba a las parejas del mismo sexo. La interposición de la tutela ante los jueces buscando la protección de su derecho a no ser discriminado por su orientación sexual y en consecuencia se procediera a estudiar la concesión de la prestación, devino en ineficaz ya que los jueces de instancia que conocieron del caso avalaron el proceder del fondo privado de pensiones argumentando que se habían aplicado correctamente los cánones legales pertinentes, además de corresponder la respuesta con los fines de protección a la familia heterosexual que contiene la pensión de sobrevivientes; nunca los jueces se pronunciaron sobre el hecho de discriminación que era el asunto principal en materia de protección de derechos humanos, por lo que la conculcación de este derecho no tuvo ningún medio de resarcimiento o reparación efectiva. Por ende, claramente se evidencia que la víctima no tuvo acceso a un recurso judicial efectivo y con plenas garantías que permitiera subsanar la violación sufrida en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la CADH.
15. En el segundo escenario, sin desconocer la importancia de la sentencia C-336 de 2008 en el reconocimiento del derecho de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, el Ilustre Estado se esfuerza en demostrar que existe un recurso administrativo, la reclamación de pensión, y un recurso judicial, la tutela, que garantizan efectivamente el acceso de la pensión de sobreviviente a la víctima sin discriminación por su orientación sexual. El Ilustre Estado a través del testimonio en la audiencia pública del Secretario Jurídico de COLFONDOS, pretendió exhibir una completa idoneidad de la reclamación pensional y una integralidad total respecto del reconocimiento del derecho. Nada más lejos de la realidad por cuanto dicho recurso respecto de la situación presentada en el 2002, no resarce enteramente

el hecho de discriminación. Es más, ni siquiera respecto al monto económico de las mesadas dejadas de percibir se puede colegir que una reclamación pensional fundada en los parámetros de la C-336 de 2008 y su consolidación, según el Ilustre Estado desde la sentencia T-051 de 2010, integralmente concedería los dineros de la prestación dejados de percibir por Ángel Alberto Duque ya que solamente procedería a desembolsársele los últimos tres años anteriores a la presentación de la reclamación porque los demás prescribirían conforme a la regla del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo⁶. El representante de COLFONDOS al responder a los interrogantes sobre la prescripción, manifestó que harían todo su esfuerzo para que la solicitud presentada en abril de 2002 se tomara como mecanismo de interrupción de la prescripción y la aseguradora pagué las mesadas desde esa época, pero evidentemente la decisión no es de su resorte, situación que ilustra la ineficacia del recurso administrativo además de ser contradictoria con la proposición del Ilustre Estado en la contestación de la demanda al señalar que Ángel Alberto Duque nunca formalmente hizo una solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

16. El Ilustre Estado dice que así se despachará desfavorablemente una nueva solicitud de pensión, existe un recurso judicial, la tutela, que cumple con los parámetros de la CADH pues protegería el derecho de pensión de sobreviviente de la víctima en conformidad con la jurisprudencia constitucional establecida en la C-336 de 2008 y consolidada por la T-051 de 2010. La realidad no es uniforme y certera como lo hace ver el Ilustre Estado pues si bien el derecho empezó su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano con la providencia C-336 de 2008, los vacíos que dejó en punto de la regulación sobre situaciones anteriores a su expedición y del régimen probatorio de la relación de pareja homosexual han sido muy problemáticos. El Ilustre Estado aduce que desde la expedición de la T-051 de 2010 esas dificultades fueron superadas y en la actualidad no hay discusión alguna sobre que los compañeros supérstites de una pareja del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en hechos anteriores a la expedición de la C-336 de 2008 y con un régimen probatorio libre sobre la convivencia no ceñido únicamente a la declaración de la unión homosexual por escritura pública, pues el precedente constitucional es obligatorio. Por ello, aseveran que la situación de Ángel Alberto Duque puede ser resuelta a nivel interno y por principio de subsidiariedad la Corte IDH no tendría que referirse a la controversia.
17. En contraposición a lo expuesto por el Ilustre Estado, el peritaje de Rodrigo Uprimny en la audiencia pública demostró que la certidumbre y obligatoriedad del precedente de tutela todavía es controversial en Colombia, más aún en temas que son política y moralmente discutidos como los derechos de las parejas homosexuales. Esto significa que los pronunciamientos de tutela no se siguen obligatoriamente por parte de las autoridades judiciales y administrativas como lo

⁶ **ARTICULO 488. REGLA GENERAL.** Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

pretende hacer valer el Ilustre Estado, pues en el sistema de fuentes en Colombia las sentencias que pacíficamente se ha aceptado su fuerza vinculante son las sentencias de constitucionalidad en su parte resolutive. Por ello todavía se siguen presentando casos que se niega la prestación por falta de reglamentación legal, o bajo el criterio de que fueron hechos anteriores a la sentencia C-336 de 2008 y como está no señaló expresamente efectos retroactivos, sus reglas no son aplicables, consideración hecha incluso en una situación similar a la de Ángel Alberto Duque por parte del mismo fondo como se comprueba en uno de los anexos entregados en la audiencia por el perito. Las tutelas posteriores a la T-051 de 2010 de la Corte Constitucional que versan sobre el tema señalando el alcance de los efectos de la C-336 de 2008 y/o del régimen probatorio señaladas por el Ilustre Estado, más que retratar la fuerza de la doctrina del precedente reflejan la falta de receptividad, obligatoriedad e incertidumbre en los fondos de pensiones y los jueces de implementar las decisiones de tutela. Como lo señalaba el perito Uprimny si el postulado fuera tan claro e incontrovertible, la Corte Constitucional no solamente reafirmaría su criterio sino que ordenaría investigar penal o disciplinariamente a quienes lo desconocieron.

18. Así las cosas, si en el hipotético caso que Ángel Alberto Duque presentará una nueva reclamación de la pensión de sobreviviente y tuviera que acudir a una tutela por habersele negado su pretensión, esté recurso no le garantizaría inmediatamente que se le reconociera la prestación pues el precedente en sede de tutela de la Corte Constitucional no tiene la firmeza ni la fuerza suficiente incontrovertible de hacersele extensiva los postulados del alto tribunal. Antes bien, por el contrario, al ser su situación anterior a la promulgación de la sentencia C-336 de 2008, perfecta y válidamente se puede negar la prestación porque su parte resolutive no señaló efectos retroactivos, ya que, se recuerda, el consenso en la comunidad jurídica colombiana de la obligatoriedad de las sentencias de la corte Constitucional recae en las de constitucionalidad. La única expectativa de aplicación del precedente de tutela versa en que la Corte Constitucional llegue a conocer el caso pero, como lo sostuvo el perito Uprimny, es remota porque únicamente se selecciona el 0.1% de 45.000 tutelas que le llegan anuales a la alta corte. Así, los factores de incertidumbre no dejan interpretar la tutela como un recurso idóneo y efectivo para resolver la concesión de la pensión.
19. En definitiva, en el asunto bajo estudio Ángel Alberto Duque no contó con un recurso efectivo que le permitiera remediar el hecho de discriminación por su orientación sexual al haberse negado en 2002 la pensión de sobreviviente. Incluso, luego de la promulgación de la sentencia C-336 de 2008, ni la reclamación pensional ni la tutela alcanzan estándares de recurso idóneo y efectivo para solucionar la problemática del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en este caso. Además, se recuerda, ninguno de los recursos llenaría los requisitos de concesión de una reparación integral de una vulneración de derechos humanos.
20. Como corolario, los representantes consideramos importante solicitar a la Honorable Corte a que su análisis se centre en la disponibilidad de los recursos al momento de presentarse la vulneración a no ser discriminado por razón de su orientación sexual, porque a pesar de resaltar como luego de la sentencia C-336 de

2008 ni la reclamación pensional ni la tutela pueden cumplir cualidades y presupuestos de la CADH respecto de recurso efectivo y garantías judiciales, dar paso a analizarlos significaría que los análisis de los derechos 8.1 y 25 deben predicarse de cuántos recursos surjan en los Estados durante el trámite interamericano, acción que transformaría el principio de subsidiariedad en transversal a toda la actuación judicial y las novedades que resultaren, no determinado y único al momento de poner en conocimiento los hechos en el sistema interamericano.

3. Ángel Alberto Duque fue vulnerado en su integridad personal por la discriminación y tuvo en riesgo su vida por la negación de la pensión que le impidió el acceso a los medicamentos

21. En la audiencia pública, el testimonio de la víctima, Ángel Alberto Duque, demostró que la discriminación que fue objeto tuvo consecuencias en su integridad moral ya que no entendía cuál era la justificación de negarle un derecho que consideraba tener al haber convivido por más de 10 años con su pareja Jhon Oscar Jiménez, lo cual en caso de parejas heterosexuales no tendría ninguna discusión. Ese perjuicio en su integridad moral continuó con las decisiones de los jueces de tutela que no protegieron el derecho que creía tener por haber conformado una familia con su compañero. Las circunstancias expuestas para la víctima son un reflejo del estigma que conlleva ser homosexual y paciente VIH positivo, hecho que implica también un socavamiento de su dignidad personal por ser objeto de acciones que niegan su identidad como ser humano y en particular una esfera importante como lo es la identidad sexual, traduciéndose en problemas en la salud mental de las personas de lo sufren como lo manifestó en su peritaje el psicólogo Miguel Rueda.
22. Pero no solamente la integridad moral de la víctima se quebrantó con el proceder del fondo de pensiones COLFONDOS y los jueces de tutela que implícitamente la estigmatizaron por su homosexualidad, pues en conformidad con su testimonio, si la situación fuera en el evento de una pareja heterosexual tendría derecho a todos los reconocimientos de ley como la pensión de sobreviviente. La integridad física de Ángel Alberto Duque también tuvo afectaciones por cuanto al fallecer su pareja y no poder tener los recursos que le permitieran sufragar la compra de los antirretrovirales, su cuerpo reflejó en el deterioro de su salud la negativa de la concesión de la prestación que era el camino más expedito a garantizarse un suministro regular de los medicamentos que necesitaba. De allí que él reseñara en la audiencia la angustia e incertidumbre de no saber qué pasaría con su diagnóstico, especialmente la honda preocupación que una infección pudiera acarrearle consecuencias nefastas a su cuerpo.
23. Así las cosas, existió una vulneración a la integridad tanto moral como física de Ángel Alberto Duque. Pero la situación no solamente se detuvo allí, sino que puso en real riesgo la vida de la víctima por no tener garantía de acceso a los medicamentos antirretrovirales. En vista de su situación de desempleo, Ángel Alberto buscó la pensión de sobrevivencia para tener un ingreso fijo que le permitiera comprarlos, o tener la afiliación directa al régimen contributivo de salud

con el fin de tener un suministro permanente, pero dada la negativa tanto de COLPENSIONES como de los jueces de tutela, realmente experimentó una situación límite al punto de llegar a pensar el acaecimiento de la muerte por el peligro latente de contraer una infección que su sistema inmunológico no pudiera combatir por ser paciente VIH positivo.

24. El Ilustre Estado asegura que el acceso a los medicamentos por parte de la víctima es escindible de la prestación pensional de sobreviviente porque podría o haber acudido al régimen subsidiado de salud. Para los representantes el caso interrelaciona ambas circunstancias pues, se recuerda, Ángel Alberto estaba desempleado y dependía económicamente de su pareja. Al momento del fallecimiento de su compañero y en la creencia de ejercer un derecho adquirido por la convivencia familiar con Jhon Oscar Jiménez, espera que la provisión de sus medicamentos no cambie y por ello busca el aseguramiento de la pensión para comprarlos. Por ello, en este asunto particular si se relacionan ambas cosas pues si la segunda se hubiera dado sin reparo en la condición sexual de la víctima, la primera continuaría en el mismo estado en que se manejaba con el compañero fallecido mientras vivía.
25. El Ilustre Estado expresa que la víctima podría seguir con su medicación en el régimen subsidiado. En principio toda persona que no esté en el régimen contributivo puede afiliarse a aquel, pero las diferencias eran notorias, y todavía lo siguen siendo, respecto a la calidad y continuidad de la prestación del servicio. Si bien el testigo por affidavit Ricardo Luque dice que independientemente del régimen del usuario el tratamiento a personas con VIH positivo es igual, reconoce que para el 2002 existían diferencias en el precio de las UPC, que es el valor reconocido a pagar a las Empresas Promotoras de Salud que cubren los servicios de salud, entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Por consiguiente, si se encuentra un motivo de diferenciación, por lo menos material, en el abordaje de la enfermedad entre los regímenes, siendo el contributivo el de mayor alcance y calidad por ser el que se paga más para pagar el procedimiento, en este caso, la provisión de medicamentos.
26. Las diferencias en atención y calidad fueron la base para que Ángel Alberto Duque enfocara sus esfuerzos en conseguir la pensión de sobrevivencia de cara a la compra de los antiretrovirales o la afiliación al régimen contributivo, donde el acceso a aquellos es mejor. Era fundamental lograr la prestación social para sus intereses de continuación de su tratamiento y por tanto vuelve interconectado el derecho a no ser discriminado con la integridad personal y el derecho a la vida digna. Tanto fue su enfoque en por lo menos poder afiliarse al régimen contributivo, que la solución provisional obtenida frente a la respuesta negativa de COLFONDOS y los jueces de tutela fue ser beneficiario en salud de su hijo que cotizaba en dicho régimen.
27. Sintetizando, el hecho de discriminación provocó un menoscabo en la integridad moral de la víctima, pero a su vez replicó sus consecuencias en su integridad física por no tener acceso a los medicamentos debido a la falta de recursos económicos que hubieran sido provistos por la pensión de sobrevivencia o siquiera le permitían

su afiliación al régimen contributivo. La compleja y difícil situación de Ángel Alberto Duque por no poder tener a su alcance los antirretrovirales, escaló hasta llegar a convertirse en un serio e inminente riesgo contra su vida. El marco fáctico mencionado socavó los derechos a la integridad personal y a la vida en condiciones de dignidad de la víctima, todo desencadenado por la discriminación hecha en base a su homosexualidad en la concesión de una prestación social que el Ilustre Estado ni jurídicamente atajó ni tampoco remedió.

4. Sobre las excepciones preliminares

28. Más allá de adicionar argumentos respecto del escrito presentado oportunamente por los representantes de contestación a las excepciones preliminares propuestas por el Ilustre Estado el 1º de junio de 2015, queremos reseñar sucintamente criterios claves de interpretación para la Honorable Corte a efectos de evacuar las proposiciones del Ilustre Estado que en la audiencia pública volvieron a ser puestas en discusión.
29. En primer lugar, la Honorable Corte debe reiterar que los criterios de admisibilidad se evacúan al momento que la CIDH admite en un respectivo informe tramitar un caso. En este sentido, la regla del agotamiento de los recursos internos se observa en esta etapa procesal respecto de los hechos puestos en conocimiento del sistema interamericano, por lo que el surgimiento de otros recursos en el interregno del procesamiento de un caso no genera análisis de admisibilidad sobrevivientes. Compartimos por tanto el criterio de la Honorable Comisión en la audiencia pública al señalar que el principio de subsidiariedad no legitima a un Estado ad infinitum a solucionar un determinado caso, pues el análisis recae en la primera oportunidad en que el Estado conoció la situación y se evalúa si efectivamente o no se usaron los recursos disponibles en el momento. Los cambios al interior de los Estados en el curso del trámite interamericano no sustraen de competencia a la Corte IDH⁷.
30. En segundo lugar, la Honorable Corte debe señalar que la oportunidad procesal para interponer excepciones preliminares sobre el agotamiento de los recursos es la etapa de admisibilidad. En este sentido, las excepciones planteadas respecto de la falta de interposición de un recurso administrativo, una reclamación pensional, y uno judicial, la tutela, con base en el precedente judicial consolidado de la T-051 de 2010 que permitió aplicar las consideraciones de la C-336 de 2008 a situaciones anteriores a su promulgación, se hacen en la contestación de la demanda y no antes de la emisión del informe de admisibilidad en el 2011, por lo que el amplio planteamiento fáctico y jurídico es extemporáneo. Idéntica conclusión se llega respecto de la excepción presentada respecto de la alegación de las violaciones a los artículos 4 y 5 de la CADH, de ser manifiestamente infundados, planteamiento realizado solo en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de la audiencia pero no en la etapa de admisibilidad. En consecuencia también tiene que declararse su extemporaneidad y dar paso al principio de preclusión procesal.

⁷ Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 75

31. Finalmente, en tercer lugar, la Honorable Corte debe continuar reiterando su jurisprudencia sobre el carácter preliminar de las excepciones planteadas por los Estados que buscan sustraerla de la competencia del análisis de los casos; de lo contrario, si se vislumbra que son verdaderos argumentos de debate sobre el fondo del asunto asimismo se evaluarán y decidirán en la etapa correspondiente. Para los representantes, no cabe duda que los argumentos expuestos por el Ilustre Estado frente al agotamiento de los recursos administrativos y judiciales comportan consideraciones estructurales de la eficacia de un recurso y sus garantías judiciales que deben estudiarse a la luz de lo reglado en los artículos 8.1 y 25. Por ello resulta inentendible que el Ilustre estado sostenga su carácter preliminar para evitar que la Honorable corte se pronuncie sobre el caso, pero advierta la necesidad, en virtud del principio de subsidiariedad y la regla de agotamiento de los recursos, “anticipar el análisis del fondo”.

5. Reparaciones

32. En materia de reparaciones, los peticionarios reiteramos nuestras pretensiones del ESAP consignadas en los párrafos 80 a 100. Con todo, consideramos importante hacer unas presiones respecto de algunas de ellas:

5.1 La promulgación de una ley que reconozca la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo debe ir acompañada de medidas reglamentarias

33. Tanto en el ESAP como en la audiencia pública, se expuso la necesidad de que una medida de no repetición recaiga en la promulgación de un mandato legal, claro, expreso y detallado sobre el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviente, pues evidentemente el avance jurisprudencial de la C-336 de 2008 no es suficiente por las ventanas abiertas dejadas respecto de su aplicación retroactiva a situaciones anteriores a su promulgación, al igual que del régimen probatorio de la convivencia. El Ilustre Estado sostiene que ambos aspectos fueron cerrados a partir de la sentencia T-051 de 2010 pero como se vio, la obligatoriedad del precedente de tutela no es unánime ni uniforme en Colombia por los efectos de sus providencias (inter partes) y la discusión en el sistema de fuentes de pronunciamientos jurisprudenciales respecto del derecho legislado.

34. Así las cosas, la principal medida de reparación en el caso de cara a lograr una verdadera garantía de no repetición es una orden de la Honorable Corte de acción legislativa por parte del Ilustre Estado sobre el derecho de las parejas homosexuales a la pensión de sobreviviente, la cual efectivamente permita la cabal implementación sin discusión o incertidumbre de la sentencia C-336 de 2008. En este sentido, la orden sería precisa y concreta: la promulgación de una ley que reconozca el derecho a la pensión de sobrevivientes de parejas homosexuales de forma retroactiva y con libertad probatoria sobre la convivencia. Así, las zonas grises del pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto del alcance de sus efectos y el régimen probatorio quedarían superadas sin discusión.

35. Pero en consonancia con lo expuesto por el perito Rodrigo Uprimny, un verdadero desarrollo del tema también tendría que contener medidas reglamentarias del Ilustre Estado y políticas públicas. La última ya fue desarrollada en nuestro ESAP (párr. 97 a 99), pero respecto de la primera si consideramos necesario que la Honorable corte también se pronuncie y disponga que el Ilustre Estado establezca un decreto reglamentario frente a la Ley 100 de 1994 que regula en sus artículos 48 y 74 la pensión de sobrevivientes, que las parejas homosexuales pueden disfrutar del derecho retroactivamente y que tendrán libertad probatoria para acreditar la convivencia.
36. En suma, los representantes consideramos que una verdadera garantía de no repetición de un hecho como el sucedido a Ángel Alberto Duque, tiene que ser omnicompreensiva y cabal a efectos de lograr una transformación positiva precisa en el estudio de la prestación social que equipare a las parejas homosexuales con las heterosexuales.

5.2 Indemnización del daño material

37. La indemnización correspondiente por daño material debido al lucro cesante dejado de percibir por la víctima, teniendo en cuenta la sanción por mora del pago y que se interrumpió la prescripción de las mesadas al presentarse la solicitud seis meses después del fallecimiento del compañero de la víctima, 3 de abril de 2002, solicitamos se conceda de acuerdo al monto probado en el peritaje de Fernando Ruiz por la suma de 1.040.550.480 (UN MIL CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA) millones de pesos, que convertido en dólares americanos, según tasa representativa del mercado en Nueva York que rige a 24 de septiembre de 2015 serían \$US 333.937 (TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE).

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mis más altas y distinguidas consideraciones.



Fredy Alejandro Malambo Ospina
Coordinador de Litigio Internacional
Comisión Colombiana de Juristas