



Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 584705
Calle Párroco Camino nº 19-3º D, municipio de Valdés (CP 33700, Luarca, Asturias)
Dirección electrónica: aedidh@yahoo.es

Página | 1

Honorable Magistrada, Honorables Magistrados de la
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Palacio de Justicia. Calle 12 Número 7 - 65
Bogotá - COLOMBIA

A la atención del Honorable Magistrado Ponente

SR. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Referencia: expediente **D-7290** [Demanda de inconstitucionalidad contra determinadas normas del Derecho interno de la República de Colombia¹ al objeto de defender o promover la igualdad de derechos entre parejas heterosexuales no casadas y parejas del mismo sexo]

¹ Artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; artículo 24 literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; artículos 411 y 457 del Código Civil; artículos 4 de la Ley 70 de 1931; artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; artículo 7 de la Ley 3 de 1991; artículos 283 numeral 2 y 286 de la Ley 5º de 1992; artículo 5 de la Ley 43 de 1993; artículo 8 numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; artículo 244 de la Ley 100 de 1993; artículos 14 numerales 2 y 8 y 52 de la Ley 190 de 1995; artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; artículo 2 de la Ley 294 de 1996; artículo 2 de la Ley 387 de 1997; artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 229, 233, 236, 245 numeral 1, 454 a de la Ley 599 de 2000; artículos 40, 71 y 84 numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 9 de la Ley 734 de 2002; artículos 8º literal b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; artículo 3 numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; artículo 1º de la Ley 1148 de 2007; artículo 18 de la Ley 1153 de 2007; artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007.

— Presentación e interés de la AEDIDH

CARLOS VILLÁN DURÁN, profesor de Derecho internacional de los derechos humanos, Presidente de la Asociación Española para el Derecho internacional de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, AEDIDH) y antiguo miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1982-2005);

CARMELO FALEH PÉREZ, profesor de Derecho internacional público en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Secretario general de la AEDIDH;

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA, Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria (Comunidad Autónoma de Canarias, España) y profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,

Intervienen respetuosamente ante la Corte Constitucional de Colombia con el objeto de presentar, para la consideración del Tribunal, las observaciones de la AEDIDH en su condición de *amicus curiae* en el proceso de examen de constitucionalidad de las normas del Derecho interno de Colombia que más adelante se identifican. La AEDIDH es una organización no gubernamental constituida en el Principado de Asturias (España) en 2004, inscrita en el Registro Nacional español de Asociaciones con el número 584705 y compuesta de 80 especialistas españoles en Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Su objetivo es constituir un puente permanente de comunicación entre el mundo académico, las instituciones públicas y la sociedad civil, con el objeto de trasladar a la práctica de España y de otros países de lengua española las normas y principios del DIDH, así como alentar al cumplimiento de las normas del DIDH y de las decisiones y recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos. Entre los fines estatutariamente previstos, se contempla específicamente la participación en la divulgación y promoción del DIDH en el conjunto del territorio del Estado español y otros países de lengua española. Una de las prioridades de la AEDIDH es promover el principio de igualdad y la erradicación de las discriminaciones irrazonables e indebidas, lo que se manifiesta, entre otros ámbitos, en su decidido apoyo a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y en el Informe que aquí sometemos a la consideración de la Corte Constitucional de Colombia.

Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, el 14 de julio de 2008.

| Sumario | Págs. |
|---|-------|
| — Presentación e interés de la AEDIDH | 2 |
| - Abreviaturas empleadas | 4 |
| 1. Normas del Derecho interno colombiano cuestionadas | 5 |
| 2. Los Principios de igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los derechos humanos | 11 |
| 3. Desarrollo normativo posterior | 17 |
| 4. Interpretación autorizada en el ámbito universal: Observaciones generales, dictámenes y Observaciones finales de los Comités de las Naciones Unidas | 22 |
| 4.1. Observaciones generales en materia de igualdad y no discriminación | 23 |
| A. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | 23 |
| B. Comité de Derechos Humanos | 26 |
| C. Comité de los Derechos del Niño | 29 |
| 4.2. Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en materia de igualdad y no discriminación | 31 |
| 4.3. Observaciones finales emitidas por distintos Comités de las Naciones Unidas | 36 |
| A. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | 36 |
| B. Comité de Derechos Humanos | 37 |
| 5. La obligación de adoptar medidas para cumplir las obligaciones internacionales | 44 |
| 5.1. Órganos o instancias internas responsables de dar efecto a las obligaciones internacionales del Estado | 44 |
| A. Responsabilidad internacional del Estado | 44 |
| B. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | 45 |
| C. Comité de Derechos Humanos | 48 |
| 5.2. Soluciones ante la eventual colisión entre normas internas e internacionales | 51 |
| 6. Conclusiones finales | 54 |



Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 584705
Calle Párroco Camino nº 19-3º D, municipio de Valdés (CP 33700, Luarca, Asturias)
Dirección electrónica: aedidh@yahoo.es

-Abreviaturas empleadas-

| | |
|------------------|---|
| CADH..... | Convención Americana sobre Derechos Humanos |
| Comité DESC..... | Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| Comité DH..... | Comité de Derechos Humanos |
| CPC..... | Constitución Política de Colombia |
| DADH..... | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre |
| DIDH..... | Derecho internacional de los derechos humanos |
| DUDH..... | Declaración Universal de Derechos Humanos |
| PIDCP..... | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |
| PIDESC..... | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |

1. Normas del Derecho interno colombiano cuestionadas

La toma en consideración de los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, así como el derecho a la vida privada, acogidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, sustenta la posible incompatibilidad con el DIDH de ciertas normas del Derecho interno colombiano². Su constitucionalidad puede, en consecuencia, resultar controvertida. Se trata de las siguientes:

A) Normas que consagran derechos civiles de las parejas heterosexuales con exclusión de las homosexuales

Primeramente, normas civiles que regulan el patrimonio inembargable de familia y la afectación a vivienda familiar que, por excluir de su ámbito de aplicación a las parejas del mismo sexo, acarrearán una falta de protección para las parejas homosexuales que vulnera distintos derechos enunciados en la Constitución Política de Colombia (CPC): el derecho a la igualdad (Artículo 13 de la CPC), a la dignidad humana (preámbulo³ y Artículo 1 de la CPC) y al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la CPC), y pone en riesgo el derecho a una vivienda digna (Artículo 51 de la CPC). Además, una de las normas relativas a la afectación a vivienda familiar también vulnera igualmente el derecho a la igualdad (Artículo 13 de la CPC), porque subordina el acceso del compañero permanente a ese beneficio a una condición no exigible a las parejas casadas: que hayan convivido durante dos años.

² Artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; artículo 24 literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; artículos 411 y 457 del Código Civil; artículos 4 de la Ley 70 de 1931; artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; artículo 7 de la Ley 3 de 1991; artículos 283 numeral 2 y 286 de la Ley 5ª de 1992; artículo 5 de la Ley 43 de 1993; artículo 8 numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; artículo 244 de la Ley 100 de 1993; artículos 14 numerales 2 y 8 y 52 de la Ley 190 de 1995; artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; artículo 2 de la Ley 294 de 1996; artículo 2 de la Ley 387 de 1997; artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 229, 233, 236, 245 numeral 1, 454 a de la Ley 599 de 2000; artículos 40, 71 y 84 numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 9 de la Ley 734 de 2002; artículos 8º literal b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; artículo 3 numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; artículo 1º de la Ley 1148 de 2007; artículo 18 de la Ley 1153 de 2007; artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007.

³ En lo sucesivo omitiremos la referencia al Preámbulo de la Constitución de Colombia al referirnos al derecho a la dignidad, entendiéndose incluida en la mención del Artículo 1 del texto fundamental.

En segundo lugar, resulta controvertida también la constitucionalidad de la norma del Código Civil que consagra la obligación de prestar alimentos en cabeza de los compañeros permanentes pero excluye de manera discriminatoria a las parejas del mismo sexo, lo que genera un déficit de protección que también se opone a los Artículos 13, 1 y 16 de la CPC (igualdad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad)

B) Normas que consagran derechos políticos de las parejas heterosexuales con exclusión de las homosexuales

Se trata, más concretamente, de derechos políticos de carácter migratorio reconocidos a las parejas heterosexuales pero no a las homosexuales. En primer lugar, la norma que reduce el tiempo para acceder a la nacionalidad por adopción en favor de los compañeros permanentes pero excluyendo a las parejas del mismo sexo, lo que es incompatible con los siguientes derechos constitucionalmente garantizados: derecho a la igualdad (Artículo 13 de la CPC), a la libertad de circulación, permanencia y residencia (Artículos 24 y 93 de la CPC), a la dignidad humana (Artículo 1 de la CPC) y al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la CPC), además de contrariar los derechos que el Artículo 100 de la CPC reconoce a los extranjeros. En segundo lugar, las normas que conceden beneficios especiales de acceso a derechos de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a los compañeros permanentes pero con exclusión de las parejas homosexuales lo que contradice igualmente los derechos a la igualdad, a la libertad de circulación, permanencia y residencia (Artículos 24 y 93 de la CPC), a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 1 y 16 de la CPC).

C) Normas que, al sancionar y prevenir delitos y faltas, excluyen sin embargo a las parejas homosexuales de las garantías y cargas consagradas

Primeramente, normas penales, penales militares y disciplinarias que consagran la garantía de no incriminación pero excluyendo del disfrute de la misma a las parejas del mismo sexo, lo cual se opone injustificadamente a los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la libertad de conciencia (Artículos 13, 1, 16, 29 y 18 de la CPC).

Por otro lado, normas penales en las que la víctima es el compañero o la compañera permanente del sujeto activo de la conducta y que comprende las situaciones siguientes:

- normas que excluyen a homosexuales de la posibilidad reconocida a parejas heterosexuales, de prescindir de la pena cuando cometen un delito o contravención de carácter culposo que afecta únicamente a su compañero o compañera permanente, vulnerando los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 13, 1 y 16 de la CPC)

- normas que consagran como circunstancia de agravación punitiva de ciertos delitos que la víctima sea compañero(a) permanente o integrante del grupo familiar del sujeto activo, o compañero(a) permanente de una persona en situación de riesgo, lo que otorga una protección penal especial a las parejas heterosexuales y sus miembros, pero dejando fuera a las parejas homosexuales y sus miembros. Esta exclusión lesiona también los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 13, 1 y 16 de la CPC).

- normas penales y preventivas de delitos que tienen por sujeto pasivo al compañero o compañera permanente: la inasistencia alimentaria⁴, la malversación y dilapidación de bienes de familiares⁵, la violencia intrafamiliar⁶ y las amenazas a testigo. Estas normas excluyen de su ámbito de aplicación a las parejas del mismo sexo, a pesar de que éstas requieren las mismas necesidades de protección que las parejas heterosexuales, por lo cual se vulneran los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 13, 1 y 16 de la CPC)

⁴ Asimismo, el condicionamiento del acceso de los compañero(s) permanentes a la acción penal a que hayan convivido durante dos años parece ir en contra del derecho a la igualdad (Artículo 13 de la Constitución).

⁵ En este caso, además, es controvertida la norma del Código civil que consagra la atribución legal de la guarda legítima (incluida la tutela y curaduría), ya que es justamente el ejercicio ilícito de esa atribución penal lo que es penalizado por el tipo penal en cuestión. Por tanto, al existir una conexión lógica entre una norma y otra, primero se cuestiona la constitucionalidad de la norma civil por el hecho de conceder la atribución legal en cuestión solo a los cónyuges y de vulnerar con ello el derecho a la igualdad (consagrado por el Artículo 13 de la Constitución) de los compañeros permanentes. A continuación se cuestiona la constitucionalidad de esa norma civil en conjunto con el delito en cuestión.

⁶ En este caso, aparte de la controvertida constitucionalidad de la norma penal que consagra el delito también cabe cuestionar la constitucionalidad de la norma no penal que consagra mecanismos específicos para su prevención y remedio.

D) Normas que consagran derechos especiales de los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces, pero excluyendo de su titularidad a las parejas del mismo sexo

Por un lado, se duda de la constitucionalidad de aquellas normas que consagran los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes atroces, por cuanto excluyen a las parejas homosexuales de víctimas de crímenes atroces de la presunción de la calidad de víctima y de los derechos reconocidos a favor de las parejas del heterosexuales, lo cual nuevamente contraría los derechos a la igualdad, la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 13, 1 y 16 de la CPC), y además hace peligrar y obstaculiza los derechos de las parejas homosexuales de víctimas de crímenes atroces a la justicia, la verdad y la reparación (Artículos 1, 2, 12, 29, 93, 229, 250.6, 250.7, 1, 20 2 y 13 de la CPC), a la participación (Artículo 1), a la información (Artículo 20 de la CPC) y a una protección especial de la población desplazada (Artículos 2 y 13 de la CPC).

En segundo término, se cuestiona la constitucionalidad de aquellas normas que consagran medidas de protección de carácter civil cuando se han producido determinados crímenes atroces que identifican como beneficiarios a los compañeros permanentes heterosexuales pero, una vez más, excluyendo a las parejas del mismo sexo lo cual vulnera los derechos a la igualdad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Artículos 13, 1 y 16 de la CPC), así como los derechos patrimoniales de las parejas (Artículos 1, 13 y 16 CP; sentencia de la Corte Constitucional C-075 de 2007), el derecho al mínimo vital (Artículo 1) y a la salud (Artículo 49) de sus integrantes y el principio de solidaridad propio del Estado social de derecho (Artículos 1 y 95).

E) Normas que consagran prestaciones, subsidios y medidas indemnizatorias de carácter social a favor de las parejas heterosexuales con exclusión de las parejas homosexuales. En este caso, se trata de tres tipos de normas:

E.1. En primer término, **normas que consagran prestaciones sociales.** Se trata de (a) aquellas normas que definen a los beneficiarios del régimen especial de seguridad social para los miembros de la Fuerza Pública y cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio porque excluyen a las parejas del mismo sexo de la calidad de beneficiarias de dicho régimen especial lo que lesiona los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida (Artículos 13, 1, 16, 49 48, 2 y 11 de la CPC), pero además va en contra del deber, reconocido por la jurisprudencia constitucional, de otorgar igual o mayor protección a los afiliados y beneficiarios de los regímenes especiales de seguridad social

con respecto al régimen general. También se cuestiona la constitucionalidad de la norma porque impone como exigencia para el acceso de los compañeros permanentes al sistema de salud de la Fuerza Pública que hayan convivido con su pareja durante un mínimo de dos años. Sin embargo, esta exigencia temporal no se aplica a las parejas casadas, lo cual vulnera el derecho a la igualdad (Artículo 13).

Se incluyen también aquí (b) las normas que consagran la prestación social del subsidio familiar en servicios, porque igualmente excluyen a las parejas del mismo sexo, lo que es incompatible con los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social (Artículos 13, 1, 16 y 48 de la CPC).

E.2. En segundo término, **normas que consagran subsidios para acceder a la propiedad de bienes inmuebles**, lo que engloba dos normas. Aquella norma que determina quiénes son los beneficiarios del subsidio familiar de vivienda, puesto que excluyen a las parejas del mismo sexo del subsidio, contraviniendo los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la vivienda digna (Artículos 13, 1, 16 y 51 de la CPC).

Asimismo, se duda de la constitucionalidad de determinadas expresiones que se utilizan en las normas del Estatuto de Desarrollo Rural que establecen mecanismos de acceso a la propiedad de la tierra en áreas rurales (subsidios y adjudicación de tierras baldías en favor de las parejas heterosexuales) pero excluyendo nuevamente a las parejas homosexuales. Ello vulnera de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad ((Artículos 13, 1 y 16 de la CPC), y obstaculiza seriamente el derecho al acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, la protección de la función social de la propiedad y el derecho al crédito del trabajador agrario (Artículo 64, 58 y 64-66 de la CPC).

E.3. En tercer lugar, se cuestiona la constitucionalidad de la norma que define los beneficiarios de la indemnización por muerte en accidente de tránsito del Seguro Obligatorio de Salud, porque excluye a las parejas del mismo sexo del beneficio afectando negativamente a los derechos a la igualdad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, así como al principio de solidaridad (Artículos, 13, 1, 16 y 95 de la CPC).

F) Normas de derecho público que establecen límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado para las parejas heterosexuales

Los límites señalados no afectan, sin embargo, a las parejas del mismo sexo. A diferencia de las normas anteriormente cuestionadas desde un punto de vista constitucional, lo que resulta esta vez controvertido es la exclusión de las parejas homosexuales de prohibiciones y obligaciones, en lugar de derechos o beneficios. La exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de aplicación de las normas que consagran inhabilitaciones, incompatibilidades y causales de impedimentos o de recusaciones que se basan en la relación entre compañeros permanentes vulnera los principios que rigen la función pública (Artículos 123, 126 y 209 de la CPC) y la contratación administrativa (artículos 24 y 29 de la Ley 80 de 1993), el principio de correlatividad entre derechos y deberes (Artículo 95 de la CPC), así como los derechos fundamentales a la igualdad y a acceder a funciones y cargos públicos (Artículos 13 y 40 de la CPC).

En segundo lugar, se cuestiona la compatibilidad con la CPC de la norma que contiene una excepción al régimen de incompatibilidades de los Congresistas y que comporta la exclusión de las parejas homosexuales de la posibilidad de intervenir en diligencias y actuaciones que interesan a sus compañeros permanentes, lo que viola los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la defensa (Artículos 13 y 29 de la CPC).

*

2. Los principios de igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los derechos humanos

En el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) rigen, desde sus orígenes, los principios de igualdad y de no discriminación como principios rectores del respeto y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Como se dirá después, su esencia y significado no son inmutables, pues poseen carácter evolutivo o dinámico y, al igual que ocurre con otros principios, están al servicio de las cambiantes y crecientes exigencias sociales.

Efectivamente, si tomamos como punto de partida la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945), a la que Colombia se incorporó tempranamente como Estado miembro, el 5 de noviembre de 1945, se puede constatar que el preámbulo del tratado constitutivo de la Organización proclamó

«...la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres»

Pero, sobre todo, en su articulado se situó entre los Propósitos de la Organización el que consiste en

«Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión» (Artículo 1.3)

Además de propósito de la Organización a la que Colombia pertenece, la Carta identificó como obligación todos sus miembros el compromiso de

«...tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55» (Artículo 56)

Entre ellos, la Carta de las Naciones Unidas contempla precisamente

«...el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades» [párr. c) del Artículo 55]

De manera que **todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han adquirido la obligación jurídica de adoptar medidas, por sí mismos o en cooperación con la Organización, para conseguir que los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos fueran respetados universalmente y realizados efectivamente sin hacer distinción por los motivos allí enumerados.**

Sin embargo, como hemos dicho, las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (o las de otros instrumentos jurídicos internacionales) no son inamovibles, no tienen un sentido y alcance fijos ni inmutables. Como ocurre habitualmente con los principios y las normas en otras ramas del Derecho (internacional o interno), tanto los legisladores (internacionales o internos) como los órganos (internacionales o internos) llamados legítimamente a definir, modificar, aplicar o interpretar las reglas jurídicas las adaptan o moldean en atención a las nuevas realidades y cambios experimentados en la estructura social en que esos principios y normas se aplican.

La Carta de las Naciones Unidas —a diferencia de las modernas constituciones democráticas— no se dotó en materia de derechos humanos de una relación, elenco o *Carta* internacional de derechos humanos y libertades fundamentales. De ahí que las escasas referencias que en la materia aquélla alberga reclamaban pronto un desarrollo “legislativo” que no podía proceder más que de los mismos legisladores que alumbraron la Carta: los Estados. De modo que puede decirse que el germen —que en la Carta de San Francisco aparece— de lo que hoy es un sector específico del Derecho internacional (el DIDH)⁷ ha sido objeto de un desarrollo abrumador, complejo y múltiple que llena de contenido las limitadas disposiciones originales de la Carta de 1945. Estas últimas no pueden ni deben entenderse hoy con prescindencia de ese ingente desarrollo llevado a cabo por los mismos Estados por diferentes medios (Declaraciones o resoluciones y Tratados o Convenciones), en los planos universal y/o regional.

Poco tiempo después de la entrada en vigor de la Carta, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). La Asamblea General, en su 183ª sesión plenaria celebrada el 10 de diciembre de 1948, procedió a la votación nominal del proyecto de Declaración Universal, resultando la misma aprobada con 48 votos favorables (incluido el de Colombia) y 8 abstenciones. Tal y como constató el Sr. H. V. Evatt en su condición de Presidente de aquella sesión, ello ocurrió «por una

⁷ Sobre el concepto de DIDH, *cfr.* Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 85 y ss.

fuerte mayoría y sin oposición directa alguna», añadiendo que era «la primera vez que la comunidad organizada de naciones ha formulado una declaración de los derechos y libertades fundamentales del hombre»⁸. En efecto, la DUDH es el primer instrumento de alcance *universal* que establece un estándar de trato igual en materia de derechos humanos para toda la Humanidad, basado en la *dignidad* del ser humano.

La DUDH enuncia los principales derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y acoge como principios rectores, los de universalidad y no discriminación, completados con el derecho a la igualdad ante la ley y a obtener igual protección contra toda discriminación:

«Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...

Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación»

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y ninguna condición servirá de base para aplicarles un tratamiento distinto (discriminatorio) en lo que concierne a los derechos y libertades proclamados, lo que se refuerza con el derecho de *todos* a la igualdad ante la ley y a obtener igual protección de la ley.

La DUDH también enuncia el derecho de toda persona «a que se establezca un orden social... en el que los derechos y libertades proclamados... se hagan plenamente efectivos» (Artículo 27) y advierte que «nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado... para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades» proclamados en ella (Artículo 30).

⁸ Véase la transcripción de la 183a. reunión plenaria celebrada en París (Palacio de Chaillot) el viernes, 10 diciembre de 1948, en <http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/a-pv183s.pdf>. La resolución 217 (III) (*sub A*) incorpora el texto oficial de la Declaración Universal.

No siendo la DUDH un tratado, sino una resolución de la Asamblea General que *per se* no posee valor jurídico vinculante, algunas disposiciones suyas han ido adquiriendo paulatinamente un valor distinto y singular, como consecuencia de su reconocimiento o aceptación universales⁹ y su posterior desarrollo por medio de otros instrumentos, asumiendo aquéllas un valor consuetudinario (costumbre internacional) indudable, convirtiéndose en

«... *modelo o estándar de referencia*, con innegable significado y valor jurídicos, en tanto que *interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos*»¹⁰.

En realidad, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), adoptada en Bogotá en 1948 por la novena Conferencia Internacional Americana, se anticipó unos meses a la DUDH al proclamar al comienzo de su preámbulo el principio de igualdad, junto al de libertad¹¹, acogidos después en el Artículo 1 de la DUDH¹². Pero, además, el articulado de la DADH proclama el principio de igualdad en términos todavía más amplios que la DUDH ya que su Artículo II *in fine* consagra una lista “abierta” de distinciones prohibidas:

«Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna»

⁹ La Constitución española de 1978, por ejemplo, otorga a la DUDH un indudable valor como instrumento que contribuye a la interpretación de los derechos y libertades por ella acogidos, al establecer que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (párr. segundo del Artículo 10).

¹⁰ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Madrid, 2001, p. 69.

¹¹ «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros...» (preámbulo de la DADH).

¹² «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (Artículo 1 de la DUDH).

Conviene señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva de 14 de julio de 1989, emitida como respuesta a una pregunta formulada por el Gobierno de la República de Colombia, se pronunció acerca del valor jurídico de la DADH admitiendo el carácter evolutivo y cambiante de los instrumentos jurídicos internacionales y recurriendo, para ese fin, a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Así, la Corte Interamericana sostuvo acertadamente que

«... la Declaración Americana se basa en la idea de que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución” (Considerando tercero). Este derecho americano ha evolucionado desde 1948 hasta hoy y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar” (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31). Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.

(...) Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta [de la OEA]...

(...) La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos...¹³

Por otro lado, la misma CPC, reconoce los principios de igualdad y no discriminación en clara sintonía con la DUDH y la Declaración Americana:

«Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989 (Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), parágrafos 37, 45 y 47 (subrayado nuestro).



Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 584705
Calle Párroco Camino nº 19-3º D, municipio de Valdés (CP 33700, Luarca, Asturias)
Dirección electrónica: aedidh@yahoo.es

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» (Artículo 13).

Página | 16

Los principios de igualdad y no discriminación, aparte de su enunciado general como criterios que guían el goce de los derechos proclamados en las Declaraciones, los tratados y las leyes estatales, tienen además impacto específico en las formulaciones de derechos concretos, como puede observarse en la DADH¹⁴ y en la DUDH¹⁵.

* *

¹⁴ Cfr. el Artículo XII de la DAH (derecho a la igualdad de oportunidades en la educación).

¹⁵ Véanse los Artículos 10 (igualdad ante los tribunales), 21 (igualdad en el acceso a las funciones públicas y derecho al sufragio universal e igual), 16 (derecho a casarse y fundar una familia), 23 (derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual), 25 (derecho de todos los niños a igual protección social) y 26 (derecho al acceso a los estudios superiores igual para todos, aunque en función de los méritos respectivos) de la DUDH.

3. Desarrollo normativo posterior

A partir de las dos Declaraciones de 1948 (la DADH y la DUDH), los principios de igualdad y no discriminación han pasado a integrarse en tratados internacionales que han precisado, con claro alcance vinculante, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Esos tratados, muy particularmente los dos Pactos Internacionales de 1966 se inscriben en la línea de desarrollo progresivo de las parcas provisiones de la Carta de las Naciones Unidas, pero también precisan o detallan el alcance de las disposiciones de la DUDH.

Así, la formulación más amplia o globalizante de la prohibición de discriminaciones que encontramos en el Artículo II *in fine* de la DADH reaparece en la fórmula también abierta que emplea el segundo inciso del Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁶, según el cual

«Los Estados Partes... se comprometen a **garantizar el ejercicio de los derechos** que en él se enuncian, **sin discriminación alguna por** motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**»

Además, distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en igual fecha que el anterior por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado también por Colombia¹⁷, acogen los principios de igualdad y no discriminación. Entre otras, las siguientes:

«Cada uno de los Estados Partes... se compromete a **respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos** en el presente Pacto, **sin distinción alguna** de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**» (Artículo 2.1)

¹⁶ El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor se produjo el 3 de enero de 1976. Colombia lo ratificó el 29 de octubre de 1969.

¹⁷ Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Su entrada en vigor tuvo lugar el 23 de marzo de 1976 y Colombia lo ratificó también el 29 de octubre de 1969.

«**Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.** A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas **protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social**» (Artículo 26)

El principio enunciado en el Artículo 2.1 tiene tanta importancia para la aplicación del PIDCP y es un instrumento tan decisivo para asegurar el disfrute efectivo de los derechos reconocidos en el mismo que el Comité de Derechos Humanos ha dicho rotundamente que no «sería aceptable una reserva a la obligación de respetar y garantizar los derechos y hacerlo sobre una base no discriminatoria»¹⁸.

El mismo PIDCP contiene manifestaciones singulares de ambos principios en los Artículos 14 (igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y en las garantías judiciales mínimas), 23 (igualdad de derechos y responsabilidades entre los esposos), 24 (derecho de los menores a medidas de protección), 25 (derecho al sufragio universal e igual y derecho al acceso a las funciones públicas). Pero hay que destacar para el ámbito de este informe el Artículo 17 del PIDCP, pues enuncia el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y a obtener protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Como se verá después, esta disposición es, junto a los principios de igualdad y no discriminación, fundamento jurídico relevante para oponerse a los tratos que son indebidamente desiguales por basarse en la orientación sexual de la persona discriminada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 22 de noviembre de 1969¹⁹, abre su articulado con una obligación de alcance general que incorpora el principio de no discriminación, el cual preside también las obligaciones que asumen los Estados Partes:

¹⁸ Párr. 9 de la Observación General nº 24 (*Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*) del Comité de Derechos Humanos, aprobada en su 52º Periodo de sesiones (1994). NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, doc. HRI/GEN/1/Rev.8, 8 de mayo de 2006, p. 234.

¹⁹ Colombia la ratificó el 31 de julio de 1973.

«1. Los Estados Partes en esta Convención **se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano» (Artículo 1)

Más adelante, la CADH complementa la no discriminación con el principio de igualdad, disponiendo que:

«Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley» (Artículo 24)

Asimismo, manifestaciones específicas de la igualdad y no discriminación se contienen en preceptos de la CADH que enuncian concretos derechos, como puede observarse en los Artículos 8 (garantías judiciales), 17 (protección de la familia) o 23 (derechos políticos).

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979) —Colombia la ratificó el 19 de enero de 1982— obliga a los Estados Partes a «adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer» (Artículo 2.b).

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que Colombia ratificó el 28 de enero de 1991, se asienta sobre cuatro principios fundamentales. Uno de ellos es el principio de no discriminación que enuncia el Artículo 2.1 del siguiente modo:

«Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de** la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o **cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales**»

Finalmente, sin pretensión exhaustiva alguna, cabe referirse a los llamados **Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial** que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) aprobó por consenso, siendo Colombia miembro de este

órgano²⁰, mediante resolución adoptada en el año 2006²¹. Tales Principios guardan relación con una manifestación concreta del principio de igualdad: concretamente, el derecho —inscrito en el Artículo 14 del PIDCP, en desarrollo de la garantía contemplada en el Artículo 10 de la DUDH— que tiene toda persona, en condiciones de *plena igualdad*, a ser oída con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o *para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*. Esos Principios han sido formulados «para garantizar y promover la independencia de la judicatura y están dirigidos principalmente a los Estados». Han sido concebidos, entre otras consideraciones, (a) con la convicción de (a) «la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente, independiente e imparcial, [lo que] adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia»; y (b) reconociendo que «la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna»²². Pues bien, al ocuparse de la aplicación del principio de igualdad, la orientación sexual aparece entre los denominados *motivos irrelevantes* para justificar que se dé un trato desigual, según puede leerse en el mencionado instrumento:

²⁰ En su 58º período de sesiones (2003), la Asamblea General eligió a Colombia como miembro del Consejo Económico y Social por un período de tres años, que comenzó el 1 de enero de 2004.

²¹ Los *Principios sobre la Conducta Judicial* figuran en el Anexo a la Resolución 2006/23, del ECOSOC, del 27 de julio de 2006. Su texto aparece publicado en NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Resoluciones y Decisiones del Consejo Económico y Social* (períodos de sesiones de organización y sustantivos del 2006), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2006, Suplemento No. 1, Doc. E/2006/99, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, doc. pp. 71-81.

²² Cuarto y sexto considerandos del Preámbulo de los Principios *sobre la Conducta Judicial*, *Ibid.*, p. 74. También expresa el Preámbulo que «la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna» y que esos Principios «pretenden establecer estándares para la conducta ética de los jueces. Están formulados para servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la conducta judicial. Asimismo, pretenden ayudar a que los miembros del ejecutivo y el legislativo, los abogados y el público en general puedan comprender y apoyar mejor a la judicatura. Estos principios presuponen que los jueces son responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes establecidas para mantener los estándares judiciales, que dichas instituciones son independientes e imparciales y que tienen como objetivo complementar y no derogar las normas legales y de conducta existentes que vinculan a los jueces» (Preámbulo, considerando décimo). *Ibid.*, p. 74.

« [...] Valor 5. **Igualdad**

Principio. Garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

5.1. **Un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias fuentes, incluidas** sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, la discapacidad, la edad, el estado civil, **la orientación sexual**, el nivel social y económico y otras causas similares (“motivos irrelevantes”)

5.2. Durante el desempeño de sus obligaciones judiciales, un juez no manifestará predisposición o prejuicios hacia ninguna persona o grupo por motivos irrelevantes. [...]»²³

* * *

²³ *Ibid.*, p. 77.

4. Interpretación autorizada en el ámbito universal: Observaciones generales, dictámenes y Observaciones finales de los Comités de las Naciones Unidas

Los principios de igualdad y de no discriminación han ocupado la atención, entre otros, de los Comités establecidos para ejercer funciones conforme al PIDESC y al PIDCP. A ambos órganos, instituidos por una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) o por el mismo tratado (el Comité de Derechos Humanos, en el caso del PIDCP), les fueron asignadas importantes funciones de supervisión y control de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en cada uno de los dos Pactos. El ejercicio de esas funciones ha generado un importante acervo jurídico que los Estados Partes deberían tener en cuenta a la hora de evaluar sus obligaciones internacionales. En el ámbito de este informe, ese acervo se manifiesta a través de las Observaciones Generales²⁴ aprobadas por los Comités citados e incluso por el Comité de los Derechos del Niño, así como mediante los Dictámenes que, en el ejercicio de una función cuasi-contenciosa o cuasi-judicial, emite el Comité de Derechos Humanos como consecuencia de las quejas o reclamaciones formuladas por particulares contra Estados que, además de ser Partes en el PIDCP, se han comprometido también a cumplir el Protocolo facultativo primero al PIDCP²⁵.

Al objeto de fundamentar las conclusiones de este Informe, nos referiremos separadamente al producto de ambas funciones de control; esto es, a algunas Observaciones Generales en materia principalmente de igualdad y no discriminación (*infra*, apdo. 4.1) y a concretos Dictámenes del Comité DH (*infra*, apdo. 4.2) que son pertinentes en la materia. Aludiremos también, aunque de modo sucinto, a algunas Observaciones finales emitidas por otros Comités de las Naciones Unidas (*infra*, apdo. 4.3) a resultados del examen de los informes presentados por cada Estado Parte dando cuenta de las medidas adoptadas y los progresos realizados para dar cumplimiento a sus obligaciones

²⁴ La formulación de Observaciones Generales deriva del examen y la supervisión por cada Comité de los informes iniciales y periódicos rendidos por cada Estado Parte para dar cuentas de las medidas estatales adoptadas y los progresos realizados para dar efecto a los derechos internacionalmente reconocidos. Cfr. Artículos 16 del PIDESC y 40 del PIDCP. La obligación de presentar informes a los Comités es básica e incumbe a todos los Estados Partes en cada instrumento, sin excepciones.

²⁵ Es el caso de Colombia, que ratificó el Protocolo facultativo el 29 de octubre de 1969.

convencionales. Todo ello servirá para acreditar que la orientación o preferencia sexual ha terminado por incorporarse a los motivos que universalmente no justifican que las personas padezcan un trato discriminatorio.

4.1. Observaciones generales en materia de igualdad y no discriminación

A. El **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (en adelante, Comité DESC) se ha ocupado en cuatro Observaciones Generales de tomar en consideración la orientación sexual, no admitiéndola como fundamento o criterio para establecer discriminaciones o distinciones. Lo hizo en su Observaciones generales números 14, 15, 18 y 19.

En la Observación General nº 14 [*Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del PIDESC)]²⁶, el Comité DESC sostuvo que el derecho a la salud

«(...) no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud **entraña libertades y derechos**. Entre las libertades figura **el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual (...)** y el derecho **a no padecer injerencias (...)**»²⁷

El Comité DESC entendió además que, dentro del principio de no discriminación enunciado en el Artículo 2.2 del PIDESC²⁸, tiene cabida la orientación sexual como criterio inadmisibles para el establecimiento de tratos diferenciados o discriminatorios que afecten negativamente al disfrute del derecho a la salud:

²⁶ La Observación General nº 14 (*Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*) fue adoptada por el Comité DESC en su 22º Período de sesiones (2000). Su texto completo figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 96 a 117.

²⁷ Párr. 8 de la Observación General 14 del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., p. 97 (énfasis añadido).

²⁸ «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (inciso 2 del Artículo 2 del PIDESC).

«En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, **el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud (...)**»²⁹.

El Comité DESC procedió también en su Observación General nº 15 [*Derecho al agua* (Artículos 11 y 12 del PIDESC)]³⁰ a *ubicar* la orientación sexual dentro del principio de no discriminación, afirmando que:

«**La obligación de los Estados Partes de garantizar el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna** (art. 2, párr. 2) **y en condiciones de igualdad** entre hombres y mujeres (art. 3) **se aplica a todas las obligaciones previstas en el Pacto**. Así pues, **el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho al agua (...)**»³¹

La Observación General nº 18 del Comité DESC [*Derecho al trabajo* (Artículo 6 del PIDESC)]³² tomó en consideración también la orientación sexual, vinculándola de nuevo al Artículo 2.2 del PIDESC en lo que concierne a una de las dimensiones del derecho de toda persona a la accesibilidad al mercado de trabajo:

²⁹ Párr. 18 de la Observación General 14 del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., p. 101 (énfasis añadido).

³⁰ La Observación General nº 15 (*Derecho al agua*) fue adoptada por el Comité DESC en su 29º Período de sesiones (2002). Su texto completo figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 118-136.

³¹ Párr. 13 de la Observación General nº 15. *Ibid.*, p. 121 (énfasis añadido).

³² La Observación General nº 18 (*Derecho al trabajo*) fue adoptada por el Comité DESC en su 35º Período de sesiones (2005). Véase su texto en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 166-180.

«En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), **orientación sexual**, estado civil, político, social o de otra naturaleza, **con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible**. Según el artículo 2 del Convenio Nº 111 de la OIT, los Estados Partes deben “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (...)»³³

En materia de seguridad social, hemos de traer aquí un pasaje de la Observación General nº 19³⁴ en el que el Comité DESC interpreta el «derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» (Artículo 9 del PIDESC), aplicando otra vez los principios de no discriminación e igualdad:

«La obligación de los Estados de garantizar que el derecho a la seguridad social se ejerza sin discriminación (párrafo 2 del artículo 2 del Pacto) y en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (art. 3) se extiende a todas las obligaciones previstas en la parte III del Pacto. **El Pacto prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social**»³⁵

³³ Párr. 12.b), *sub i*), de la Observación General nº 15. *Ibid.*, p. 169 (énfasis nuestro).

³⁴ La Observación General nº 19 (*Derecho a la seguridad social*) fue adoptada por el Comité DESC en su 39º Período de sesiones, el 23 de noviembre de 2007. Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (39º período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007), *Observación General Nº 19 - El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, doc. E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008, 23 p.

³⁵ Párr. 29 de la Observación General nº 19. *Ibid.*, p. 10 (énfasis nuestro).

B. Por su parte, el **Comité de Derechos Humanos** (en adelante, Comité DH) no fue tan explícito en la Observación General nº 18 (*No discriminación*)³⁶ dedicada a interpretar ampliamente la no discriminación y la igualdad ante la ley. Pero cabe inferir de sus palabras el reproche a toda discriminación carente de una fundamentación objetiva y razonable, enumerándose a título puramente indicativo o ejemplificativo algunos motivos no admitidos. El Comité DH consideró que:

«La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. **En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)

(...) el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en **determinados motivos, como** la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

(...) El Comité desea también señalar que **el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida** por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa

³⁶ El Comité DH adoptó la Observación General nº 18 (*No discriminación*) en su 37º Período de sesiones (1989). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 213-215.

población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación (...)³⁷

En la misma Observación general, la orientación sexual debe tener cabida (implícita) en los motivos de trato desigual prohibidos, como se deduce del carácter no exhaustivo o indicativo³⁸ que, para el Comité, tiene la dicción literal de los Artículos 2.1 y 26 del PIDCP:

«Tanto en el párrafo 1 del artículo 2 como en el artículo 26 se enumeran motivos de discriminación **tales como** la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social»³⁹

También previene el Comité DH sobre los efectos expansivos que produce la cláusula de no discriminación inscrita en el Artículo 26 del PIDCP, al tiempo que sienta las bases para determinar cuándo una diferencia de trato (vistos los criterios que la sustentan y el objetivo perseguido) no tendrá carácter discriminatorio:

«Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 **no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas.** Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, **al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio.** Dicho de otro modo, la aplicación del

³⁷ Párrs. 1, 7 y 10 de la Observación General nº 18 del Comité DH. *Ibid.*, pp. 213, 214 y 215 (negrita añadida).

³⁸ En tal sentido, FREDERIC SUDRE: *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6^{ème} édition Paris, 2003, pp. 253-254 (paragraphe 183).

³⁹ Párr. 11 de la Observación General nº 18 del Comité DH, *cit.*, pp. 215 (negrita añadida).

principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

Por último, el Comité observa que **no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo** en virtud del Pacto»⁴⁰

Es pertinente referirse asimismo a otras dos Observaciones Generales del Comité DH. De una parte, la Observación General nº 25 (*La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*)⁴¹ con la que el Comité arroja luz sobre el contenido del Artículo 25 del PIDCP y su vinculación con los principios de igualdad y no discriminación, exigiendo que se informe al Comité sobre las distinciones que afectan al goce de los derechos allí proclamados y que las mismas sean escrupulosamente justificadas sobre la base de criterios objetivos y razonables:

«A diferencia de otros derechos y libertades reconocidos por el Pacto (...), el artículo 25 protege los derechos de “cada uno de los ciudadanos”. (...) **No se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**. (...) En los informes de los Estados se deberá indicar si cualesquiera grupos (...) gozan de tales derechos en forma limitada (...).

Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 **deberán basarse en criterios objetivos y razonables** (...)

Los ciudadanos participan directamente en la dirección de los asuntos públicos al ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos u **ocupar cargos ejecutivos**. El apartado b) apoya ese derecho a la participación directa (...). **En toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa** de los ciudadanos, **no deberá hacerse ninguna distinción** entre los ciudadanos en lo que se refiere a su participación **por los motivos mencionados [...en] el párrafo 1 del artículo 2**, ni deberán imponerse restricciones excesivas.

⁴⁰ Párrs. 12 y 13 de la Observación General nº 18 del Comité DH. *Ibid.*, p. 215 (negrita añadida).

⁴¹ La Observación General nº 25 [*La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto* (artículo 25)] fue adoptada por el Comité DH en su 57º Período de sesiones (1996). Véase su texto en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 239-244.

(...) **Los Estados Partes deben indicar y explicar las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos.**

(...) El apartado c) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. **Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos.** Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. (...) **Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado c) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1 del artículo 2»⁴²**

De otra parte, en su Observación General nº 28 (*Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*)⁴³ el Comité afirmó que:

«20. Los Estados Partes deben presentar información que permita al Comité evaluar los efectos de las leyes y prácticas que entraban el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. **Constituye un ejemplo de esa situación el caso en que se tiene en cuenta la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que le ofrece la ley (...)**»⁴⁴

C. En tercer lugar, el **Comité de los Derechos del Niño** —establecido de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño— prestó atención a la orientación sexual en el marco de su Observación General nº 4 (*Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*)⁴⁵, al in-

⁴² Párrs. 3, 4, 6, 15 y 23 de la Observación General nº 25. *Ibid.*, pp. 239-241 y 243.

⁴³ La Observación General nº 28 (*Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*) fue aprobada por el Comité en su 68º período de sesiones (2000). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 252-259.

⁴⁴ Párr. 20 de la Observación General nº 28 del Comité DH. *Ibid.*, pp. 255-256 (negrita añadida).

⁴⁵ El Comité de los Derechos del Niño adoptó la Observación General nº 4 (*Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*) en su 33º Período de sesiones (2003). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 424-436.

terpretar uno de los cuatro principios que son decisivos en el entendimiento y aplicación de la Convención: el principio de no discriminación enunciado en su Artículo 2.1, que tampoco menciona expresamente la orientación sexual como criterio de discriminación prohibida⁴⁶. No obstante, el Comité afirmó en esa Observación General que:

«Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño”. Deben añadirse también la orientación sexual y el estado salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental). Los adolescentes que son objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros. Por ello tienen derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad»⁴⁷

En la Observación General nº 7 (*Realización de los derechos del niño en la primera infancia*) adoptada más tarde⁴⁸, el Comité de los Derechos del Niño abordó de nuevo el impacto del principio de no discriminación (Artículo 2 de la Convención) para los derechos en la primera infancia. Entre otras cosas, señaló que

«11. (...) El artículo 2 implica que **los niños pequeños en general no deben ser discriminados por ningún motivo** (...) b) El artículo 2 también implica que no se debe discriminar a grupos específicos de niños pequeños... Por ejemplo

⁴⁶ Artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

⁴⁷ Párr. 6 de la Observación General nº 4 del Comité de los Derechos del Niño. *Ibid.*, p. 425 (negrita añadida).

⁴⁸ El Comité de los Derechos del Niño adoptó la Observación General nº 7 (*Realización de los derechos del niño en la primera infancia*) en su 40º Período de sesiones (2005), pero la revisó en 2006 (41º Período de sesiones). Su texto está publicado en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, Adición, doc. HRI/GEN/1/Rev.8/Add.1, 11 de junio de 2007, páginas 2-23.

(...) iv) **La discriminación relacionada con el origen étnico, la clase/casta, las circunstancias personales y el estilo de vida, o las creencias políticas y religiosas (de los niños o de sus padres) impide a los niños participar plenamente en sociedad.** Afecta a la capacidad de los padres para asumir sus responsabilidades para con sus hijos. También afecta a las oportunidades de los niños y a su autoestima, a la vez que alienta el resentimiento y el conflicto entre niños y adultos.

v) **Los niños pequeños que sufren discriminación múltiple (*por ejemplo*, en relación con su origen étnico, situación social y cultural, sexo y/o discapacidades) están en una situación de especial riesgo.**

12. **Los niños pequeños pueden también sufrir las consecuencias de la discriminación de que son objeto sus padres**, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales (...). **Los Estados Partes tienen la responsabilidad de vigilar y combatir la discriminación, cualquiera que sea la forma que ésta adopte y dondequiera que se dé**, tanto en la familia como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones. (...)»⁴⁹

4.2. Dictámenes del Comité de Derechos Humanos en materia de igualdad y no discriminación

El Comité DH adopta sus dictámenes en el marco de las funciones que le reconocen los Estados Partes en el PIDCP que, como Colombia, han ratificado además su Protocolo Facultativo primero. Como las Observaciones Generales, los dictámenes del Comité DH contribuyen a dar contenido a la *jurisprudencia* relativa al sentido y alcance de las disposiciones sustantivas y procesales del PIDCP y de sus Protocolos facultativos. Diversos dictámenes del citado Comité han tenido en cuenta los principios de igualdad y no discriminación, junto al Artículo 17 del PIDCP, con un alcance que es ciertamente significativo para el objeto de este Informe.

(i) Así, en primer lugar, en el **caso *Leo R. Hertzberg y Otros c. Finlandia***, si bien el dictamen del Comité DH no consideró que las sanciones impuestas por el Estado demandado (a los participantes en programas de radio y televisión dedicados a la homosexualidad o al censurar esos programas) violasen el Artículo 19 del PIDCP (derecho a la libertad de expresión), sin embargo, en una opinión individual tres miembros del Comité (T. Opsahl, R. Lallah y W. Surma Tarnopolsky) quisieron dejar claro que

⁴⁹ Párrs. 11 y 12 de la Observación General nº 7 del Comité de los Derechos del Niño. *Ibid.*, pp. 6-7 (énfasis añadido).

«This conclusion prejudices neither **the right to be different and live accordingly, protected by article 17 of the Covenant**, nor the right to have general freedom of expression in this respect, protected by article 19. Under article 19 (2) and subject to article 19 (3), everyone must in principle have the right to impart information and ideas - positive or negative - about homosexuality and discuss any problem relating to it freely, through any media of his choice and on his own responsibility»⁵⁰

(ii) En su dictamen por el **caso Nicholas Toonen c. Australia**, el Comité DH se pronunció acerca de los Artículos 122 y 123 del código penal australiano que tipificaban como delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. El Comité entendió que

«8.2. En lo que atañe al artículo 17, **es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada”** y que... el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una “injerencia” en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. (...)

8.5 Por lo que se refiere al argumento (...) referente a la salud pública, el Comité señala que **la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo** de impedir la propagación del VIH y del SIDA. (...) Así pues, la penalización de las prácticas homosexuales iría en contra de la ejecución de programas de educación eficaces en materia de prevención de la infección por el VIH y del SIDA. En segundo lugar, el Comité señala que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA.

⁵⁰ «Esta conclusión no prejuzga ni sobre el derecho a ser diferente y vivir en consecuencia, protegido por el artículo 17 del Pacto, ni sobre el derecho a tener una libertad general de expresión a ese respecto, protegido por el artículo 19. En virtud de lo establecido en el apartado 2) del artículo 19 y con sujeción a lo establecido en el apartado 3) del artículo 19, en principio todos tienen el derecho a impartir información e ideas —positivas o negativas— sobre la homosexualidad y debatir libremente todo problema conexo, por conducto de cualquier medio de difusión de su elección y bajo su propia responsabilidad». [Opinión individual de Torkel Opsahl, suscrita asimismo por Rajsoomer Lallah y Walter Surma Tarnopolsky]. Comunicación nº 61/1979 (*Leo R. Hertzberg, Ulf Mansson, Astrid Nikula and Marko and Tuovi Putkonen c. Finlandia*). Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 2 de abril de 1982. Doc. CCPR/C/15/D/61/1979, de 2 de abril de 1982 (párr. tercero del Apéndice) (negrita nuestra).

8.6. El Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada. (...) Considerando además que actualmente esas disposiciones no se aplican, lo que implica que no se las considera fundamentales para proteger la moral (...), el Comité concluye que **las disposiciones no superan la prueba de lo que resulta “razonable” en las circunstancias particulares del caso, y constituyen una injerencia arbitraria en el derecho que confiere al Sr. Toonen el párrafo 1 del artículo 17.**

8.7 El Estado parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse “otra condición social” a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, **a su juicio, se debe estimar que la referencia al “sexo”, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual»⁵¹**

(iii) En 2002, en su dictamen por el **caso *Joslin y Otras c. Nueva Zelandia***, aunque el Comité no admitiera que el Estado Parte, por negar el matrimonio entre parejas homosexuales, hubiera violado los derechos de las autoras en virtud de los artículos 16, 17, 23.1, 23.2 y 26 del PIDCP, la opinión individual concurrente formulada por dos miembros del Comité (R. Lallah y M. Scheinin) advirtió sobre posibles discriminaciones en situaciones diferentes a las examinadas por el Comité DH:

«En cuanto a la opinión unánime del Comité de que no puede hallar violación tampoco del artículo 26, en el no reconocimiento como matrimonio de relaciones del mismo sexo entre las autoras, deseamos agregar algunas observaciones. Esta conclusión no debe leerse como declaración general en el sentido de que **el trato diferencial entre parejas casadas y parejas del mismo sexo** no autorizadas por la ley a casarse no equivaldría nunca a una violación del artículo 26. Por el contrario, la jurisprudencia del Comité apoya la posición de que esa diferenciación **puede muy bien, según las circunstancias de un caso concreto, equivaler a discriminación prohibida»⁵²**

⁵¹ Comunicación nº 488/1992 (*Nicholas Toonen c. Australia*). Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 31 de marzo de 1994. El texto íntegro del dictamen figura en Naciones Unidas: *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/49/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1994, pp. 234-244 (negrita nuestra).

⁵² Comunicación nº 902/1999 (*Joslin y Otras c. Nueva Zelandia*). Dictamen aprobado el 17 de julio de 2002. Naciones Unidas: *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, Asamblea General, Do-

(iv) El caso *Young c. Australia* permitió al Comité DH examinar nuevamente el principio consagrado en el Artículo 26 del PIDCP, a raíz de la negativa del Estado Parte a conceder al autor de la reclamación una pensión entendiéndose que no era una “persona a cargo” por haber mantenido con el Sr. C. una relación homosexual. Ante los hechos denunciados, quiso el Comité evocar el caso *Toonen c. Australia* a fin de recordar

«10.4 (...) su jurisprudencia anterior de que **la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual**. Recuerda que en comunicaciones anteriores el Comité consideró 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. De los artículos impugnados de la VEA [Ley de derechos de los jubilados] se deduce que **las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja heterosexual que cohabita** (que pueden demostrar que tienen una relación "de tipo matrimonial") **se ajustan a la definición de “miembro de una pareja” y por tanto de “persona a cargo”**, a los efectos de recibir prestaciones de pensión. En el caso presente, está claro que **el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio**. Tampoco **fue reconocido como compañero que cohabitaba** con el Sr. C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, **debido a su sexo u orientación sexual**. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. **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 en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción**. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que **el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual**»⁵³

documentos Oficiales, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/57/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 234 (negrita nuestra).

⁵³ Comunicación nº 941/2000 (*Edward Young c. Australia*). Dictamen aprobado el 6 de agosto de 2003. Naciones Unidas: *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/58/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2003, p. 244 (negrita nuestra).

(v) Finalmente, debemos mencionar el dictamen emitido a propósito del **caso X. c. Colombia** y, más concretamente, en lo que concierne la negativa de los tribunales colombianos —basándose en la orientación sexual del autor de la reclamación— a conceder una pensión (sustitución pensional del compañero permanente fallecido). Las distintas instancias judiciales y no judiciales colombianas que intervinieron sucesivamente en el examen de la reclamación no reconocieron al Sr. X. como compañero permanente del Sr. Y., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, considerando sobre la base de la Ley 54 de 1990 (que define las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes) que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes integraban una unión marital (pareja) de hecho heterosexual. En consecuencia, el denunciante alegó ante el Comité DH la violación, entre otros, de los Artículos 2.1, 3, 51, 5.2, 17 y 26 del PIDCP. Aunque el Comité dictamina que en el pasado había 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 (...) 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**.

(...) De conformidad con (...) el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, (...) **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**»⁵⁴

⁵⁴ Comunicación nº 1361/2005 (*X. c. Colombia*). Dictamen aprobado el 30 de marzo de 2007. Véase el doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, de 14 de mayo de 2007, pp. 10-11 [párrs. 7.2 y 9 del dictamen (negrita nuestra)].

4.3. Observaciones finales emitidas por distintos Comités de las Naciones Unidas

Sin ánimo exhaustivo, trasladamos aquí algunos pasajes de las Observaciones finales relativas a la orientación sexual como fundamento injustificado de un trato discriminatorio y que han sido adoptadas por el Comité DESC y el Comité DH.

A. En sus Observaciones finales de 1999 relativas al informe inicial de **Irlanda**, el **Comité DESC** acogió «con beneplácito la adopción de la Ley de igualdad en el empleo de 1998 y del proyecto de ley sobre la igualdad de condición de 1998 que tiene por objeto suprimir algunos aspectos de la discriminación por motivos de género, estado civil, situación de familia, orientación sexual, religión, edad, discapacidad, raza, color, nacionalidad, origen nacional o étnico y pertenencia a la comunidad nómada»⁵⁵.

En el año 2001, sus Observaciones finales relativas al cuarto informe periódico de **Suecia** constataron positivamente «la creación del cargo de Ombudsman contra la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual»⁵⁶.

En 2002, las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de **Polonia**, también saludó positivamente «la creación, en 2001, del cargo de Plenipotenciario gubernamental para la igualdad entre el hombre y la mujer para promover el principio de igualdad en la legislación y en las políticas oficiales. El Comité toma nota asimismo de la reciente ampliación de las responsabilidades del Plenipotenciario para incluir la lucha contra la discriminación por motivos de raza, origen étnico, religión y creencias, edad u orientación sexual»⁵⁷.

⁵⁵ Observaciones finales aprobadas el 12 de mayo de 1999. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los períodos de sesiones 20º y 21º* (26 de abril a 14 de mayo de 1999 y 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2000, Suplemento n.º 2, Nueva York y Ginebra, 2000, p. 35, párr. 127.

⁵⁶ Observaciones finales aprobadas el 21 y 22 de noviembre de 2001. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los períodos de sesiones vigésimo quinto, vigésimo sexto y vigésimo séptimo* (23 de abril a 11 de mayo de 2001, 13 a 31 de agosto de 2001 y 12 a 30 de noviembre de 2001), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2002, Suplemento n.º 2, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 112, párr. 715.

⁵⁷ Observaciones finales aprobadas el 29 de noviembre de 2002. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los períodos de sesiones vigésimo octavo y*

Además, el segundo informe periódico de **Trinidad y Tabago** suscitó la preocupación del Comité DESC por causa de «la falta de una legislación precisa y concreta contra la discriminación en el Estado Parte» y, particularmente, porque «la Ley de igualdad de oportunidades de 2000 no ofrece protección a las personas por razones de orientación sexual, edad, discapacidad y VIH/SIDA»⁵⁸.

B. La actividad del **Comité de Derechos Humanos** ha sido sin duda más amplia o intensa que la del Comité DESC al examinar el disfrute de los derechos proclamados en el PIDCP sin discriminación por razón de la orientación sexual. Destacamos aquí concretas indicaciones dirigidas a los Estados Partes que presentaron en el pasado sus informes al Comité DH. Esas indicaciones se produjeron cuando el Comité constató los aspectos positivos de los informes examinados o, más frecuentemente, cuando expresó sus principales motivos de preocupación. La lectura de los pasajes entresacados permite confirmar los vínculos particulares de las cuestiones aquí tratadas con los derechos enunciados en los Artículos 2, 17 y 26 del PIDCP.

En 1993, el Comité examinó el tercer informe periódico de **Rumania** y aprobó sus Observaciones finales reconociendo «las reformas políticas emprendidas en el país (...) en particular en lo que respecta a la nueva Ley sobre el poder judicial, las reformas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal y la posibilidad de revocar ciertas leyes discriminatorias como las que victimizaban a los homosexuales»⁵⁹.

Cuando en 1995 evaluó la parte del cuarto informe periódico del **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte** relativa a **Hong Kong**, el Comité DH mostró su preocupación «porque la Ordenanza sobre discriminación por razones de sexo prevé excepciones importantes y porque su aplicación se limita a la discriminación basada en el sexo y

vigésimo noveno (29 de abril a 17 de mayo de 2002 y 11 a 29 de noviembre de 2002), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2003, Suplemento n.º 2, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 58, párr. 346.

⁵⁸ Observaciones finales aprobadas el 17 de mayo de 2002. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los períodos de sesiones vigésimo octavo y vigésimo noveno... Ibid.*, p. 49, párr. 262.

⁵⁹ Observaciones finales aprobadas los días 1 y 2 de noviembre de 1993. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/49/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1994, pp. 28-29, párr. 136.

el matrimonio, y no prohíbe la discriminación por razones de (...) preferencias sexuales»⁶⁰.

El informe inicial de **Zimbabue** suscitó igualmente la preocupación del Comité DH. Esta vez señaló que «se somete a discriminación a los homosexuales, por ejemplo, (...) los extranjeros que son considerados homosexuales pueden quedar en la categoría de personas a las que se prohíbe la entrada a los fines de la inmigración y están sujetos a deportación». Recomendó, en consecuencia, «que dicha legislación se ajuste a lo dispuesto en el Pacto»⁶¹.

En 1998, tras examinar el tercer informe periódico de la **República Unida de Tanzania**, el Comité exhortó a este país a «proteger la libertad de conducta sexual de los adultos y a modificar sus leyes para que estén en consonancia con el artículo 17 del Pacto»⁶².

El mismo año consideró que la legislación de **Austria** sobre «edad mínima para consentir el mantenimiento de relaciones sexuales, en lo que respecta a los homosexuales del género masculino, es discriminatoria por motivos de sexo y orientación sexual» y pidió su revisión «para suprimir esas disposiciones discriminatorias»⁶³.

Más tarde, el Comité lamentó que **Polonia** suprimiera del proyectado texto de Constitución «la referencia a la orientación sexual que originalmente figuraba en la cláusula de no discriminación, ya que podría llevar a violaciones de los artículos 17 y 26»⁶⁴.

⁶⁰ Observaciones finales aprobadas el 1 de noviembre de 1995. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/51/40) Naciones Unidas, Nueva York, 1997, p. 16, párr. 59.

⁶¹ Observaciones finales aprobadas el 3 de abril de 1998. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/53/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1998, p. 45, párr. 226.

⁶² Observaciones finales aprobadas el 30 de julio de 1998 *Ibid.*, p. 75, párr. 407.

⁶³ Observaciones finales aprobadas el 5 de noviembre de 1998. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/54/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 42, párr. 190.

⁶⁴ Observaciones finales relativas al cuarto informe periódico de Polonia, aprobadas el 28 de julio de 1999. *Ibid.*, p. 70, párr. 356.

El Comité se preocupó también, con ocasión del cuarto informe periódico de **Rumanía**, debido a «las restricciones al derecho a la intimidad, particularmente por lo que respecta a las relaciones homosexuales entre adultos que consientan libremente en mantenerlas, dado que son punibles con arreglo al (...) Código Penal». Esto hizo que recomendase al Estado Parte «adoptar medidas oportunamente para que se enmienden esas disposiciones de conformidad con lo dispuesto en el Pacto»⁶⁵.

Cuando examinó el quinto informe periódico de la **Región Administrativa Especial de Hong Kong**, primero presentado por **China** tras el retorno de la región a su soberanía, el Comité advirtió que le continuaba preocupando «que las personas no dispongan de ningún recurso legal contra la discriminación por motivos de (...) orientación sexual»⁶⁶.

En cuanto a los informes periódicos cuarto y quinto del **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativos a los territorios dependientes de la Corona de Jersey, Guernsey y la Isla de Man**, el Comité quiso recomendar «que se adopten medidas para eliminar y prohibir todo tipo de discriminación por motivos de orientación sexual (arts. 17 y 26)»⁶⁷.

La evaluación conjunta de los informes periódicos tercero y cuarto de **Trinidad y Tabago** llevaron al Comité a instar al Estado «a que se dé prioridad a todos los preparativos necesarios para que se promulgue cuanto antes la Ley sobre igualdad de oportunidades (2000)» y a indicar al Estado Parte que «debería, a continuación, promulgar una legislación de enmienda que haga extensivas las disposiciones de la ley a quienes padecen discriminación por razones de (...) orientación sexual (...)»⁶⁸.

⁶⁵ Observaciones finales aprobadas el 27 de julio de 1999. *Ibid.*, p. 73, párr. 375.

⁶⁶ Observaciones finales aprobadas el 4 de noviembre de 1999. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/55/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 39, párr. 247.

⁶⁷ Observaciones finales aprobadas el 23 de marzo de 2000. *Ibid.*, p. 46, párr. 309.

⁶⁸ Observaciones finales aprobadas el 31 de octubre de 2000. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/56/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2001, p. 24.

Al abordar las medidas adoptadas por **Eslovaquia** y a la vista de su segundo informe periódico, el Comité saludó positivamente «los adelantos logrados en diversas esferas desde que se examinó el primer informe periódico en 1997 y, en particular, el proceso de armonización constante de la legislación del Estado Parte con sus obligaciones internacionales, que ha abarcado (...) la enmienda del Código Laboral para que se incluyera la no discriminación por motivo de orientación sexual»⁶⁹.

El examen conjunto de los informes periódicos tercero, cuarto y quinto consolidados de **El Salvador** están en el origen de la preocupación del Comité «por los casos de personas atacadas, y aun muertas, con motivo de su orientación sexual (...), por el bajo número de investigaciones en relación con estos actos ilícitos, y por las disposiciones existentes (como las “Ordenanzas Contravencionales” de carácter local) utilizadas para discriminar a las personas en razón de su orientación sexual (art. 26)». Por ello, el Comité señaló la obligación de El Salvador de «otorgar una protección efectiva contra la violencia o la discriminación en razón de la orientación sexual»⁷⁰.

En el caso de los informes periódicos segundo y tercero consolidados de **Filipinas**, el Comité pudo conocer «las disposiciones constitucionales que garantizan la igualdad de trato de todas las personas ante la ley», si bien instó al Estado Parte a adoptar «las medidas necesarias para aprobar una legislación que prohíba explícitamente la discriminación, de conformidad con los artículos 3 y 26 del Pacto», observó «que se están debatiendo en el Congreso disposiciones legislativas relativas a la preferencia sexual» y por ello exhortó a Filipinas «en este contexto, a seguir combatiendo todas las formas de discriminación»⁷¹.

El primer informe de **Namibia** culminó en unas Observaciones finales por las que el Comité, entre otras cosas, advirtió «la ausencia de medidas contra la discriminación de minorías sexuales como los homosexuales», de manera que «al promulgar una legisla-

⁶⁹ Observaciones finales aprobadas el 28 de julio de 2003. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/58/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2003, p. 48.

⁷⁰ Observaciones finales aprobadas el 30 de julio de 2003. *Ibid.*, p. 61.

⁷¹ Observaciones finales aprobadas el 30 de octubre de 2003. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/59/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2004, p. 24.

ción contra la discriminación, el Estado Parte debe plantearse el establecimiento de la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual»⁷².

Tienen mucho interés las Observaciones finales de 2004 sobre el quinto informe periódico de **Finlandia**, debido a la satisfacción manifestada por el Comité DH respecto al alcance sustantivo y procesal de la nueva Ley de lucha contra la discriminación aprobada en 2004 por ese país que

«**prohíbe toda discriminación directa o indirecta por motivos de** edad, origen étnico o nacional, nacionalidad, idioma, religión, creencia, opinión, salud, discapacidad u **orientación sexual**, y [porque] **la carga de la prueba ante los tribunales recae en la parte demandada (...)**»⁷³.

El quinto informe periódico de **Polonia** volvió a generar preocupación, que el Comité DH expresó del siguiente modo:

«al Comité le preocupa que el derecho de las minorías sexuales a no ser discriminadas no se reconozca plenamente, y que los actos y actitudes discriminatorios contra personas por motivo de su orientación sexual no se investiguen y castiguen adecuadamente (art. 26). **El Estado Parte debería proporcionar capacitación adecuada a los funcionarios de la policía y la judicatura a fin de sensibilizarlos acerca de los derechos de las minorías sexuales. La discriminación en razón de la orientación sexual debería estar explícitamente prohibida en la legislación polaca**»⁷⁴

Tras examinar el informe inicial de **Grecia**, satisfizo al Comité «la reciente aprobación por el Parlamento de una ley sobre la aplicación del principio de la igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, las creencias religiosas o de otra índole, la discapacidad, la edad o la orientación sexual». Sin embargo, al Comité le preocuparon «los informes de que los particulares siguen siendo objeto de discriminación por su orientación sexual (arts. 17 y 26)», de modo que indicó que el Estado Parte «**debería ofrecer recursos contra las prácticas discriminatorias basadas en la orientación**

⁷² Observaciones finales aprobadas el 26 de julio de 2004. *Ibid.*, p. 78.

⁷³ Observaciones finales aprobadas el 27 de octubre de 2004. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/60/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2005, p. 25 (negrita nuestra).

⁷⁴ Observaciones finales aprobadas el 4 de noviembre de 2004. *Ibid.*, p. 49 (la negrita no es nuestra).

sexual, así como medidas de información para abordar las pautas de prejuicio y discriminación»⁷⁵.

Página | 42

El segundo informe periódico de la **Región Administrativa Especial de Hong Kong** examinado en 2006 brindó la ocasión al Comité para señalar que, si bien «observa con agrado las iniciativas emprendidas por el Estado Parte para acabar con la discriminación por razones de orientación sexual», así como las «medidas adoptadas por la RAE de Hong Kong para combatir (...) la discriminación por razones de orientación sexual», sin embargo «expresa su preocupación por la falta de leyes específicas pertinentes (art. 26)». Por ello, instó **«a aprobar las leyes necesarias para que se cumpla plenamente lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto»**⁷⁶.

En el caso de los informes periódicos segundo y tercero de los **Estados Unidos de América**, el Comité observó con preocupación «las denuncias de una incidencia generalizada de delitos violentos contra personas de orientación sexual minoritaria, cometidos incluso por agentes del orden [...], que esos delitos no se hayan incluido en la legislación sobre delitos motivados por el odio aprobada en el plano federal y en muchos Estados [...y] que en muchos Estados no se haya prohibido la discriminación en el empleo por motivos de orientación sexual (arts. 2 y 26). En consecuencia, el Comité señaló que el Estado Parte

«debería aceptar su obligación jurídica en virtud de los artículos 2 y 26 de garantizar a todas las personas los derechos amparados por el Pacto, así como la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, sin discriminación por motivos de orientación sexual. El Estado Parte debería garantizar que en la legislación sobre delitos motivados por el odio se incluya, tanto en el nivel federal como en el de los Estados, la violencia relacionada con la orientación sexual y que la legislación federal y de los Estados sobre el empleo prohíban la discriminación por motivos de orientación sexual»⁷⁷

⁷⁵ Observaciones finales aprobadas el 31 de marzo de 2005. *Ibid.*, pp. 68 y 72 (la negrita no es nuestra).

⁷⁶ Observaciones finales aprobadas el 30 de marzo de 2006. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/61/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2006, pp. 53 y 56 (la negrita no es nuestra).

⁷⁷ Observaciones finales aprobadas el 27 de julio de 2006. *Ibid.*, pp. 68-69 (la negrita no es nuestra).

En lo que concierne al quinto informe periódico de **Chile**, pese a «la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables», el Comité seguía preocupado «ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud (arts. 2 y 26)». Es por ello que

«El Estado Parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluida la igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales»⁷⁸

Finalmente, con ocasión del examen del tercer informe periódico de **Barbados**, el Comité expresó su preocupación «por la discriminación que sufren los homosexuales en el Estado Parte y, en particular, por la penalización de los actos sexuales consensuales entre adultos del mismo sexo (art. 26)» recomendando a ese Estado **«despenalizar los actos sexuales entre adultos del mismo sexo y adoptar todas las medidas necesarias para proteger a los homosexuales del acoso, la discriminación y la violencia»⁷⁹**.

* * *
*

⁷⁸ Observaciones finales aprobadas el 26 de marzo de 2007. Naciones Unidas, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 40 (A/62/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 51 (la negrita no es nuestra).

⁷⁹ Observaciones finales aprobadas el 29 de marzo de 2007. *Ibid.*, p. 55 (la negrita no es nuestra).

5. La obligación de adoptar medidas para cumplir las obligaciones internacionales

Una vez examinado tanto el contenido de las normas jurídicas internacionales pertinentes como su interpretación por los órganos autorizados, hemos de ocuparnos de otros aspectos tan relevantes como los previamente tratados: debiendo Colombia proceder a ejecutar de buena fe sus obligaciones internacionales, (5.1) ¿qué órganos o instancias han de hacerlo, dentro del Estado?, es decir, cómo hacer efectivos los derechos consagrados en los tratados; y (5.2) ¿Qué hacer ante una colisión o incompatibilidad entre normas internas e internacionales? Responderemos a estos interrogantes atendiendo especialmente al PIDESC y al PIDCP, si bien ello será extrapolable y servirá, en buena medida, para otros instrumentos internacionales en los que Colombia es Estado Parte.

5.1. Órganos o instancias internas responsables de dar efecto a las obligaciones internacionales del Estado

A. Antes de examinar las previsiones de los dos Pactos de 1966 y su interpretación por los respectivos Comités, conviene recordar que la primera de las cuestiones planteadas en el acápite anterior, encuentra respuesta en el Derecho internacional general. Así sucede con el ***Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*** aprobado por la Comisión de Derecho Internacional⁸⁰. Este instrumento, que aún no se ha convertido en tratado, enuncia sin embargo una regla consuetudinaria (costumbre internacional) indubitada en cuanto que aceptada por la generalidad de los Estados y que tiene pertinencia para la cuestión examinada. El Artículo 4.1 del Proyecto, a los efectos de determinar qué acciones u omisiones de un Estado son susceptibles de desencadenar su responsabilidad internacional por un hecho ilícito, dispone que

«Artículo 4. Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

⁸⁰ Figura como Anexo a la resolución 56/83, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado»

Quiere ello decir que **todo órgano de un Estado que, por acción o por omisión incurra en un hecho internacionalmente ilícito, comprometerá por ello mismo la responsabilidad internacional del Estado** a cuya estructura orgánica pertenezca. Y esto, en especial, cuando otras autoridades o instancias internas (singularmente, las judiciales) llamadas a corregir o enervar sus efectos, no lo hacen como debieran.

El hecho ilícito existirá, según reza otra regla generalmente aceptada del Proyecto, «cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión (...) b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado» (Artículo 2 del Proyecto). Para esto, es obvio que «la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno» (Artículos 2 y 3 del Proyecto).

En consecuencia, no incumbe solamente al poder ejecutivo o al legislativo, sino a todos los órganos del Estado (judiciales, administrativos, etcétera) —cualesquiera sean las funciones desempeñadas, la posición ocupada o el ámbito territorial de ejercicio de funciones— respetar los compromisos u obligaciones que según el Derecho internacional rigen y están vigentes para el Estado.

Recordadas esas reglas de base en materia de responsabilidad internacional, ¿qué han dicho el Comité DESC y el Comité DH sobre el particular?

B. El **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** ha afirmado en su Observación General nº 9 (*Aplicación interna del Pacto*)⁸¹ «la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto». Pero además, dicho Comité evocó dos principios del Derecho internacional de notoria importancia: el Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (primacía de las obligaciones convencionales)⁸² y el

⁸¹ La Observación General nº 9 (*Aplicación interna del Pacto*) fue adoptada por el Comité DESC en su 19º Período de sesiones (1998). Su texto figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, páginas 61-65.

⁸² El Artículo 27 de la Convención de Viena dispone: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»

Artículo 8 de la DUDH (derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales)⁸³. Sobre esta base, el Comité DESC advierte que, si bien el PIDESC no enuncia el derecho a un recurso efectivo en el ámbito que regula, sin embargo sí contiene una obligación de alcance general en su Artículo 2.1⁸⁴, que permite al Comité subrayar la trascendencia del recurso a los tribunales para la realización efectiva de los derechos reconocidos en el PIDESC:

« (...) los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto (...), o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales»

Pueden ser, pues, los tribunales colombianos los que, por sí mismos, den efecto a las disposiciones internacionalmente vinculantes para el país, sin necesidad de esperar al recurso de las víctimas de violaciones ante instancias internacionales de control a fin de impugnar las discriminaciones indebidas, ya que:

«La existencia y el desarrollo de **los procedimientos internacionales** para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia tales procedimientos **sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos**»

Y si bien el PIDESC no estipula el modo específico para darle efecto internamente,

« (...) varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, **los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones** derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto **es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad** (...). En se-

⁸³ Artículo 8 de la DUDH: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

⁸⁴ Artículo 2.1 del PIDESC: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) para lograr (...) por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

gundo lugar, **ha de tenerse en cuenta qué medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección** de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos»

El recurso a los tribunales es particularmente pertinente en algunos casos pues:

« (...) **hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (...), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial** para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto»

Para facilitar la aplicación judicial de las disposiciones del PIDESC, el Comité aclara que:

«**El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene** en sistemas en que se prevé tal opción. (...) Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata»

Y finalmente, con palabras que son por sí suficientemente elocuentes para los fines de este informe, el Comité DESC afirma que

«Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, **los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con** el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye **el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos**»⁸⁵

⁸⁵ Los extractos transcritos corresponden a los párrs. 3, 4, 7, 9, 11 y 14 de la Observación General nº 9 (*Aplicación interna del Pacto*) del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, pp. 61 y ss. (el énfasis con negrita no aparece en el texto original).

En el caso de Colombia, como es sabido, la previsión inscrita en el Artículo 93 de la CPC⁸⁶ promueve el respeto en sede judicial de los compromisos internacionales asumidos por Colombia, facilitando el impacto o efecto interpretativo sobre las normas internas, de manera conforme con los compromisos internacionales.

C. El **Comité de Derechos Humanos**, por su parte, se ocupó de la misma cuestión de la eficacia interna aunque atendiendo, lógicamente, al marco que proporcionan las disposiciones del PIDCP y singularmente su Artículo 2 donde la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes se acompaña del principio de no discriminación [respeto y garantía de los derechos enunciados, (inciso primero)], de la obligación de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter para hacerlos efectivos (inciso segundo) y del derecho a un recurso efectivo (inciso tercero)⁸⁷.

⁸⁶ Artículo 93 de la Constitución de Colombia: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...». Sobre el alcance de esta disposición, véase REY CANTOR, ERNESTO: *Celebración y jerarquía de los tratados internacionales de Derechos Humanos* (Colombia y Venezuela), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 91 y ss.

⁸⁷ Artículo 2 del PIDCP: «**1.** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. **2.** Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. **3.** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

El Artículo 2 fue objeto de un intenso ejercicio interpretativo por parte del Comité. La Observación General nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*)⁸⁸ se ocupa de ello y distintos pasajes de la misma guardan relación con la eficacia de las disposiciones del PIDCP en el ordenamiento interno de los Estados Partes.

Primeramente, el Comité DH recuerda el principio *pacta sunt servanda* reflejado en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁹ y lo aplica a las obligaciones de base del Artículo 2 cuyo cumplimiento, consecuentemente, viene presidido por el principio de la buena fe. Esa obligación, como todas las que derivan del PIDCP, recae sobre todos los órganos de los Estados Partes, cuya actuación puede por tanto poner en entredicho la responsabilidad internacional del Estado:

«Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, **están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte**»

En segundo lugar, la obligación fundamental de respeto y garantía con que principia el Artículo 2 no admite reservas⁹⁰ y tiene carácter positivo y negativo, lo que para el Comité DH comporta que todos los Estados Partes y, por lo antes expuesto, todos los órganos de los Estados Partes

«deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten pro-

⁸⁸ La Observación General nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) fue adoptada por el Comité DH en su 80º Período de sesiones (2004). Su texto figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, pp. 270-275.

⁸⁹ Artículo 26 de la Convención de 1969: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

⁹⁰ Párr. 9 de la Observación General nº 24 (*Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*) del Comité DH, aprobada en su 52º Período de sesiones (1994). NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, p. 234.

porcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto»

Además, la obligación de dar efectividad (respeto y garantía, Artículo 2.1) a los derechos para que su disfrute sea viable para sus titulares no repercute solamente en los nacionales del Estado Parte, sino que

«debe también extenderse **a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida**, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte»

En cuarto lugar, la obligación de adoptar medidas que el Artículo 2.2 proclama tiene efecto inmediato y el Comité lo afirma señalando que:

«El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado»

Finalmente, por lo que concierne al derecho de las personas, víctimas de una violación de sus derechos y libertades, a interponer un recurso efectivo (Artículo 2.3), las competencias de las instancias judiciales internas de los Estados Partes resultan de extrema importancia, sobre todo cuando un Estado Parte no ha ejecutado de forma adecuada esa obligación de efecto inmediato y, por lo tanto, no se ha dotado de las disposiciones legislativas que permitan que los derechos proclamados desplieguen plenos efectos jurídicos en el derecho interno. En efecto, ante esa omisión legislativa —o, cabe pensar, de demora legislativa injustificada en el cumplimiento *ad intra* del tratado— el Comité pone de relieve la importancia de la acción judicial recordando que

«**el disfrute de los derechos** reconocidos por el Pacto **puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas**, entre ellas la **aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones** constitucionales o legales de otra índole **comparables, o el efecto interpretativo del Pacto** en la aplicación del derecho nacional»⁹¹

⁹¹ Los pasajes reproducidos corresponden a los párrs. 4, 6, 10 y 15 de la Observación General nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) del Comité DH. NA-

5.2. Soluciones ante la eventual colisión entre normas internas e internacionales

Es sabido que los ordenamientos jurídicos internos de muchos Estados suelen dotarse de cautelas o medios que tratan de evitar la responsabilidad internacional por aplicar normas internas en detrimento de las obligaciones jurídicas internacionales en vigor para ellos. Sin perjuicio de la respuesta o previsión del ordenamiento interno, tanto el Comité DESC como el Comité DH han examinado la hipótesis y propuesto remedios acordes a las disposiciones de los Pactos por cuyo cumplimiento ambos velan.

Así, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en la ya referida Observación General nº 9 aludió al efecto interpretativo que las disposiciones del PIDESC pueden producir para asegurar la coherencia entre la actividad del operador jurídico interno y las obligaciones internacionales del Estado, en un ejercicio optativo o alternativo que contribuye a eludir la responsabilidad internacional por hecho ilícito. El Comité DESC lo afirma, pero destacando la importancia que tienen —para ese ejercicio interpretativo y, en definitiva, protector— los principios de igualdad y no discriminación que, como reiteramos a lo largo de este informe, gobiernan todos los derechos del PIDESC:

«Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, **cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales**»⁹²

CIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, pp. 270 y ss. (énfasis con negrita añadido).

⁹² Párrs. 15 de la Observación General nº 9 (*Aplicación interna del Pacto*) del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, p. 65 (negrita y subrayado personales).

En segundo lugar, el **Comité de Derechos Humanos**, para impedir algo que es necesario desde el plano del Derecho internacional — evitar que el recurso a los procedimientos estatales concebidos para la aplicación de tratados obstaculice en realidad el cumplimiento del PIDCP— evocó otro principio fundamental de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, que proclama la primacía de las normas convencionales internacionales sobre prácticamente cualquier otra disposición del derecho interno de un Estado Parte:

«El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente (...) puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte “no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado”. **Aunque el párrafo 2 del artículo 2 [del PIDCP] permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado**»⁹³.

Asimismo, y abordando la eventual carencia de medidas estatales facilitadoras de la ejecución o cumplimiento interno del PIDCP, el Comité DH indicó la vía supletoria para asegurar el mismo objetivo en evitación de la responsabilidad internacional, en especial cuando colisionan el PIDCP y normas internas de signo opuesto:

«El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. **Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifiquen para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto.** El

⁹³ Párr. 4 de la Observación General nº 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) del Comité DH. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, p. 271 (énfasis en negrita añadido).

artículo 2 autoriza a un Estado Parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, **no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales**, mediante la incorporación del Pacto al derecho nacional. El Comité opina, **sin embargo**, que **las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno**. El Comité invita a los Estados Partes en los que el Pacto no forma parte del orden jurídico interno, que consideren la conveniencia de que el Pacto pase a formar parte del derecho interno para facilitar la plena realización de los derechos del Pacto tal como se exige en el artículo 2.»

Colombia cuenta sin duda con un marco constitucional avanzado, en el que los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el país adquieren por mandato constitucional singular eficacia interna, como se infiere de los Artículos 44 y 93 de la CPC.

El primero de estos preceptos estipula que los niños, aparte de los derechos fundamentales que allí se enuncian, «gozarán también de los demás derechos consagrados... en los tratados internacionales ratificados por Colombia». Por su parte, el Artículo 93 de la CPC otorga primacía a los tratados en materia de derechos humanos al decir que «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno» (inciso primero). Pero les concede además un extraordinario impacto interpretativo dado que los derechos acogidos en sede constitucional «se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados» (inciso segundo).

Son, sin duda, fundamentos precisos y suficientes para que los tratados internacionales a los que nos hemos referido hasta ahora y en los que Colombia es Estado Parte, produzcan todos sus efectos en materia de igualdad, no discriminación y respeto del derecho a la vida privada de las parejas del mismo sexo.

6. Conclusiones finales

De acuerdo a las consideraciones y fundamentos jurídicos expuestos a lo largo de este informe, la AEDIDH solicita respetuosamente a la **Honorable Corte Constitucional de Colombia** que examine la conformidad de las normas de derecho interno colombiano⁹⁴ con los mencionados estándares o principios universales en materia de igualdad, no discriminación y protección del derecho a la vida privada, entre otros, de manera que las parejas del mismo sexo vean realizadas efectivamente sus aspiraciones, arregladas en justicia, para que les alcance «la igualdad... dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo» y puedan ser considerados iguales ante la ley y recibir la misma protección y trato de las autoridades, gozando así de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, como lo quiere la Constitución Colombiana⁹⁵, preservando así su dignidad y su libertad.

Para tal fin, según prevé la propia Constitución Política del País, los principios y las normas enunciados en los tratados de ámbito universal y adscritas al DIDH —tal y como son interpretadas por los órganos que supervisan o controlan el cumplimiento de sus obligaciones por los Estados Partes— han de contribuir significativamente a la recta interpretación de los derechos proclamados tanto en la CPC como en las normas infra-constitucionales que afectan a las parejas del mismo sexo, de modo coherente o armonioso con las responsabilidades internacionales que Colombia asumió al convertirse en Parte en aquéllos. En particular, esos principios y normas han de servir para eludir interpretaciones que limitan o restringen derechos conforme a criterios que no son objetivos ni razonables y resolver, también de forma respetuosa con el DIDH y la CPC, conformadores del bloque de constitucionalidad colombiana, las posibles contradicciones que generen las normas internas incompatibles que obstruyan la efectiva implementación de los principios de igualdad y no discriminación.

⁹⁴ Véase *supra*, epígrafe 1 (Normas del Derecho interno colombiano cuestionadas).

⁹⁵ Preámbulo y Artículo 13 de la Constitución.

Durante mucho tiempo, las lesbianas y los homosexuales han soportado la violencia, la marginación, la humillación, la discriminación... solamente por tener una orientación sexual distinta sin, por ello, afectar o atentar a los derechos y libertades de los demás. Son personas como otras, pero distintas en aquellas preferencias. Como cualquier otra persona, tienen derecho a que su vida privada sea estrictamente respetada y a no soportar ataques ni injerencias que, por basarse únicamente en una legítima diferencia, son contrarias a derecho. Tienen derecho a ser diferentes, a vivir en consecuencia y a que se entienda y respete su diversidad. El DIDH ha evolucionado en los últimos tiempos en esa dirección, tratando de desterrar viejos prejuicios y estigmas que les habían sumido en la indignidad y la marginación. Éstas deben ser combatidas decididamente por los Estados abiertos a las cambiantes y crecientes exigencias sociales y a *ver con nuevos ojos viejas injusticias* que en el pasado alimentaron la negación de derechos y libertades básicos.

Hoy día no es admisible que una opción o preferencia puramente privada y consensuada entre adultos sea utilizada para justificar la persecución penal o las restricciones en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales. La orientación sexual ha quedado ya incluida dentro de los motivos de discriminación indebida y opuesta al DIDH, a menos que se acredite convenientemente que el trato diferenciado hacia las parejas del mismo sexo opera conforme a criterios razonables y objetivos y persigue la consecución de un propósito legítimo a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia.

Como escribió Javier de Lucas en un comentario relativo, precisamente, al Artículo 2 de la DUDH

«En cierto modo, podría decirse que la lucha contra la discriminación es idéntica a la lucha contra el miedo. En efecto, si los patrocinadores de la Declaración tenían en mente sobre todo dos de las cuatro libertades enunciadas por Roosevelt en su discurso de 1941, la libertad frente a la necesidad (es decir, frente a la miseria) y frente al miedo, incluidas en el preámbulo (...), hoy puede decirse que el gran desafío de los derechos humanos es el de conjugar igualdad y pluralismo y el obstáculo mayor para salir con éxito es sin duda vencer el miedo, miedo frente a la diversidad, miedo frente a lo que nos es ajeno, miedo, en suma, a la libertad»⁹⁶

⁹⁶ Javier de Lucas, «Artículo 2», en Pons Rafols, Xavier (Coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, p. 120.

AEDIDH

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el número 584705
Calle Párroco Camino nº 19-3º D, municipio de Valdés (CP 33700, Luarca, Asturias)
Dirección electrónica: aedidh@yahoo.es

La AEDIDH se pone a disposición de la Honorable Corte Constitucional para toda ampliación o precisión que pudiera requerir sobre los extremos tratados en este escrito, al igual que para comparecer e intervenir en las vistas o audiencias públicas que quisiera ordenar durante el proceso, conforme a las disposiciones procesales del Derecho interno que fueran aplicables.

Página | 56

La AEDIDH recibe comunicaciones y/o notificaciones en la calle Párroco Camino, nº 19-3º D, 33700- Luarca, Principado de Asturias, España, lo mismo que en la siguiente dirección electrónica: aedidh@yahoo.es.

Aprovechamos la oportunidad para asegurar a los Miembros de la Honorable Corte Constitucional de Colombia nuestra consideración más distinguida.

En Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, el 14 de julio de 2008,



CARLOS VILLÁN DURÁN
PRESIDENTE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS



CARMELO FALEH PÉREZ

SECRETARIO GENERAL DE LA AEDIDH

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA



MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA

ABOGADA

PROFESORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA