

AMICUS CURIAE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (AEDIDH) ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO ÁNGEL ALBERTO DUQUE CONTRA COLOMBIA¹

(Acerca de la discriminación sufrida en el Derecho interno de Colombia por los homosexuales no casados en el acceso a pensiones de sobrevivencia, tras la muerte del compañero no casado)

**Carlos Villán Durán, Carmelo Faleh Pérez
y M^a del Pino Domínguez Cabrera**

Sumario. – PRESENTACIÓN E INTERÉS DE LA AEDIDH. –ABREVIATURAS. I. LOS *CONFINES* DE LA CONTROVERSIA JURÍDICA PLANTEADA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. II. OBSERVACIONES ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN. III. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. DESARROLLO NORMATIVO POSTERIOR. V. INTERPRETACIÓN AUTORIZADA EN EL ÁMBITO UNIVERSAL: OBSERVACIONES GENERALES, DICTÁMENES Y OBSERVACIONES FINALES DE LOS COMITÉS DE LAS NACIONES UNIDAS. VI. LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA CUMPLIR LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES. VII. CONCLUSIONES

En el *Amicus Curiae* se exponen los hechos y fundamentos jurídicos que permiten á la AEDIDH calificar como contrario a las normas internacionales de derechos humanos el trato discriminatorio sufrido por un ciudadano colombiano en materia de pensiones de sobrevivencia. Sus autores entienden que, como consecuencia de las decisiones y omisiones de las autoridades judiciales colombianas, el peticionario es víctima de un trato indebidamente discriminatorio motivado solamente por su orientación o preferencia sexual. El Sr. Duque atraviesa además por un delicado estado de salud como portador del VIH/SIDA lo que, en atención a los hechos que se relatan, le ocasiona una merma considerable en los derechos que se identifican en el informe.

¹ Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de mayo de 2009. El informe a título de *Amicus Curiae*, emitido en nombre de la AEDIDH y a solicitud del Dr. Germán Humberto Rincón Perfetti (*G & M de Colombia Abogados*), abogado de la presunta víctima, fue remitido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y recibido en su Secretaría el día 8 de junio de 2009.

**Honorable Sra. Presidenta, Honorables Sres. Miembros de la
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Sra. Luz Patricia Mejía Guerrero, Presidenta
Sr. Víctor E. Abramovich, Primer Vicepresidente
Sr. Felipe González, Segundo Vicepresidente
Sr. Paolo G. Carozzatball
Sir Clare Kamau Roberts
Sr. Florentín Meléndez
Sr. Paulo Sérgio Pinheiro
1889 F Street, N. W.
Washington, D.C. 20006
Estados Unidos de América

— 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 (AEDIDH) y antiguo miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1982-2005)²;

Carmelo Faleh Pérez, profesor de Derecho internacional público en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Secretario general de la AEDIDH³;

María del Pino Domínguez Cabrera, abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria (Comunidad Autónoma de Canarias, España), profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y miembro de la AEDIDH⁴,

Intervienen respetuosamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al objeto de presentar, para la consideración de la Comisión, las observaciones de la AEDIDH en su condición de *Amicus Curiae* en el proceso relativo a la petición antes referenciada y remitida a la Comisión Interamericana por la representación legal del Sr. Ángel Alberto Duque.

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 91 especialistas españoles y latinoamericanos 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 los países latinoamericanos las

² Direcciones electrónicas: aedidh@yahoo.es y cvillan@aedidh.org.

³ Direcciones electrónicas: cfaleh@aedidh.org y cfaleh@dcjb.ulpgc.es.

⁴ Dirección electrónica: mpdominguez@dcjb.ulpgc.es.

normas y los principios del DIDH, alentando a su cumplimiento y al de las decisiones y recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos encargados de supervisar su respeto efectivo.

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 de 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 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

— ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH:	Comisión Interamericana de 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

I. LOS CONFINES DE LA CONTROVERSIJA JURÍDICA PLANTEADA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La controversia jurídica entre Ángel Alberto Duque y Colombia, que constituye el objeto de la petición presentada en nombre del primero ante la CIDH, encuentra su origen en la situación difícil por la que atraviesa el Sr. Duque como consecuencia de su homosexualidad, de ser portador del VIH/SIDA diagnosticado el 17 de abril de 2002 y del fallecimiento de su compañero permanente (John Óscar Jiménez Gutiérrez), el 15 de septiembre del año 2001.

Desde esa fecha, la conjunción de aquellos factores se ha unido a la negativa –por acción u omisión– de las autoridades judiciales colombianas a reconocer al peticionario su derecho a percibir, tras la muerte de su compañero, una pensión sustitutiva que le permitiera ser aceptado en el régimen contributivo del Sistema general de Seguridad social en Salud vigente en Colombia y, por ende, recibir de una Entidad Prestadora de Salud la cobertura de servicios de salud al 100%. En la actualidad, Ángel Alberto Duque se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado, lo que comporta una cobertura al 50% de los servicios de salud prestados.

Ello explica que el peticionario se haya visto obligado a obtener por sí mismo, a partir de la muerte de su compañero, los recursos necesarios para continuar recibiendo el tratamiento retroviral que, a juicio del Instituto de Seguros Sociales de Colombia, plasmado en certificación del 17 de abril de 2002, es necesario para evitar su muerte. Además, el deterioro inherente a la enfermedad provoca dificultades para que el Sr. Duque continúe financiando, por su cuenta y de modo permanente, la afiliación a la Entidad de Prestación de Servicios de Salud que le permite cubrir el 50% restante de los servicios de salud recibidos. Por lo expuesto, la suspensión del tratamiento representa, sin paliativos, una seria amenaza a su vida y su salud.

En el cuadro que ha sido descrito por el peticionario y su representación legal ante la CIDH, la AEDIDH considera que el elemento principal sobre el que se sustenta la controversia entre el peticionario y el Estado demandado no es otro que la aplicación por este último de un trato indebidamente discriminatorio a las parejas o uniones de hecho homosexuales, si se compara con el trato dado a las uniones de hecho de orientación heterosexual.

Sin hacer un recuento exhaustivo de todas las normas constitucionales, legales y reglamentarias que ya han sido presentadas ante la CIDH por la representación legal de Ángel Alberto Duque, la AEDIDH desea llamar la atención sobre la Ley 100 de 1993 que crea el sistema de seguridad social integral y reglamenta el sistema general de pensiones en Colombia. Su artículo 47.a) reconoce que son beneficiarios de una pensión de sobreviviente, «en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite», añadiendo que, «en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado... la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez

o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido...». Estas condiciones, que la norma requiere, concurren en el caso denunciado según el parecer del peticionario. Sobre ello no nos pronunciamos pues corresponde a la CIDH constatarlo así en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que con detalle regula el Reglamento de la CIDH.

Por lo expuesto, la AEDIDH dedica fundamentalmente este informe a realizar, primeiramente, algunas observaciones en materia de admisibilidad de la petición de Ángel Alberto Duque. A continuación, tomaremos en consideración 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, con el propósito de concluir fundadamente que la señalada negativa (por acción u omisión) de las autoridades judiciales colombianas *no* es compatible con el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

II. OBSERVACIONES ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN

Distintos Juzgados y Tribunales colombianos se han negado a reconocer al peticionario el derecho a percibir, muerto ya su compañero de vida, una pensión sustitutiva que le permitiera ser aceptado en el régimen contributivo del Sistema general de Seguridad social en Salud y, por añadidura, cubrir íntegramente sus necesidades asistenciales sanitarias como portador del VIH/SIDA. La negativa ha sido expresa de parte de la jurisdicción ordinaria colombiana, como así resulta de las decisiones adoptadas sucesivamente, desde el año 2002, por el Juzgado de primera instancia y, resolviendo la impugnación formulada, por el Juez 12 Civil del Circuito.

Tampoco han dado resultados los intentos del peticionario para accionar en tutela ante el Juzgado 10 Civil Municipal y ante la Corte Constitucional a fin de preservar determinados derechos, proclamados en la Constitución Política de Colombia (CPC): su derecho a la dignidad humana (preámbulo⁵ y Artículo 1), a la diversidad cultural (Artículo 7), a la vida (Artículo 11), a la igualdad (Artículo 13), a desarrollar libremente su personalidad (Artículo 16), a la libertad de conciencia (Artículo 18), a conformar una familia (Artículo 42) y a acceder a la seguridad social en salud (Artículo 48).

En la CADH (Artículos 46 y 47) y en el Reglamento de la CIDH (Arts. 30 a 34) se han previsto los causales y el procedimiento para determinar la admisibilidad de peticiones presentadas por cualquier persona a la Comisión denunciando la presunta violación de la propia Convención por un Estado parte (Artículo 44).

⁵ Omitiremos en lo sucesivo 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 este epígrafe, la AEDIDH se pronunciará principalmente sobre la exigencia de previo agotamiento de los recursos internos, vistos los hechos y trámites relatados en la petición formulada por la representación legal de Ángel Alberto Duque y remitida a la atención de la CIDH.

Como antes se señaló, no dieron resultados los intentos del peticionario para accionar en tutela ante el Juzgado 10 Civil Municipal y ante la Corte Constitucional a fin de preservar determinados derechos reconocidos por la CPC. Sin embargo, la respuesta ha sido diferente en uno y otro caso.

En primera instancia, el Juzgado 10 Civil Municipal mediante providencia del día 5 de junio de 2002, negó el amparo constitucional considerando que la noción de compañera o compañero permanente quedaba reservada, por obra de la Ley 54 de 1990, a la unión entre un hombre y una mujer⁶. Consecuentemente, de ello derivó la exclusión del compañero homosexual permanente de la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivencia.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la Corte Constitucional Colombiana, la acción judicial interpuesta ante ella en el mes de septiembre de 2002 no fue objeto de resolución expresa sobre el fondo pues, teniendo la Corte la oportunidad de examinarla en revisión y decidir sobre lo bien fundado del recurso, no lo hizo y se limitó a remitir el expediente en diciembre de aquel año al Juzgado que inicialmente conoció del asunto. Por tanto, cabría entender que omitió, o que no ejerció debidamente, su función consistente en «revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales» (Artículo 241.19º de la CPC).

Visto lo acaecido con la acción de tutela, la AEDIDH considera interpuestos y agotados los recursos de la jurisdicción interna colombiana, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, tal y como lo requiere el Artículo 46 de la CADH y lo reitera el Artículo 41 del Reglamento de la CIDH. Los mismos preceptos admiten aplicar al caso que examinamos excepciones a la regla del previo agotamiento de recursos internos, porque se estime **(1)** que la omisión por la Corte Constitucional del examen en revisión de la acción en tutela permite decir que no existe «en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados»; **(2)** porque se infiera de los hechos un «retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos» o, incluso, **(3)** se entienda que el presunto lesionado «haya sido impedido de agotarlos» (Artículo 46.2 de la CADH y 31.2 del Reglamento de la CIDH). No obstante ello, la AEDIDH encuentra fundamento suficiente para sostener **(4)** que el agotamiento del recurso interno para pe-

⁶ Artículo 1 de la Ley 54/1990 por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes: «A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho».

dir a la Corte Constitucional la revisión de la acción de tutela era inútil e ineficaz en la fecha en que se presentó la petición ante la CIDH para defender los derechos del peticionario. Es posible afirmarlo así porque, como lo advirtió el Sr. Rincón Perfetti, representante legal del Sr. Duque en su presentación del caso ante la CIDH, la Corte Constitucional “ya” había decidido poco antes —en otro caso y por sentencia de 12 de junio de 2001 resolviendo una tutela que buscaba proteger precisamente el acceso al derecho a la salud de una pareja homosexual— que estas parejas no estaban en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales y, por ello decidió no tutelar ese derecho. En suma, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos a los que reenvía tanto la CADH como el Reglamento de la CIDH, la AEDIDH entiende que, en la fecha de presentación de la petición ante la CIDH, la falta, para el recurrente, de una perspectiva razonable de éxito para sus pretensiones le eximía de la obligación de agotar los recursos de la jurisdicción interna del Estado denunciado.

Lo explicó la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1939 al referirse a la “regla del Derecho de gentes que exige el agotamiento previo de los recursos internos”, diciendo que

«There can be no need to resort to the municipal courts if those courts have no jurisdiction to afford relief; nor is it necessary again to resort to those courts if the result must be a repetition of a decision already given»⁷.

Es decir, «no es tampoco necesario recurrir a los Tribunales internos si el resultado debe ser la repetición de una decisión ya adoptada». En realidad, aunque no tenemos certeza, es muy probable, que el motivo que llevó a la Corte Constitucional Colombiana a remitir el expediente al Juzgado que inicialmente conoció del caso, haya sido instar al Juez de primera instancia a aplicar la jurisprudencia del más alto Tribunal, negadora de la igualdad de trato en materia de derecho a la salud a las parejas homosexuales. En esta dirección apunta que el Derecho interno colombiano infra-constitucional (la Ley 54 de 1990), contradiciendo a nuestro juicio la CPC⁸, era claro y no dejaba sitio a los homosexuales ni dentro de la expresión “unión marital de hecho” (solamente la formada entre un hombre y una mujer, que... hacen una comunidad de vida permanente y singular), ni dentro de la fórmula “compañero y compañera permanente” (el hombre y la mujer siempre y cuando formen parte de la unión marital de hecho).

⁷ Permanent Court of International Justice, Judgment of February 28, 1939, *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Series A./B., Fascicule No. 76, p. 18 (negrita añadida).

⁸ El 14 de julio de 2008, la AEDIDH presentó la atención de la Honorable Corte Constitucional de Colombia, por el intermedio de la entidad no gubernamental *Colombia Diversa*, sus observaciones como *Amicus Curiae* en un proceso de examen de la constitucionalidad de diversas normas del Derecho interno de Colombia: (a) normas que consagran derechos civiles y políticos de las parejas heterosexuales con exclusión de las homosexuales; (b) normas que, al sancionar y prevenir delitos y faltas, excluyen sin embargo a las parejas homosexuales de las garantías y cargas consagradas; (c) 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; (d) normas que consagran prestaciones, subsidios y medidas indemnizatorias de carácter social a favor de las parejas heterosexuales con exclusión de las parejas homosexuales y (e) 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.

Con independencia de la certeza o incertidumbre en torno a esa interpretación última, Ángel Alberto Duque observó y mantuvo un comportamiento diligente pues intentó, vanamente a la postre, obtener justicia dentro del ordenamiento jurídico de su país, antes de decidirse a acudir a la vía internacional para reclamar. Presentó la acción en tutela e interpuso el recurso de revisión; pero no obtuvo de la Corte Constitucional una decisión expresa puesto que ésta, como venimos repitiendo, trasladó el expediente sin más indicación al Juzgado de Primera instancia.

Consideramos que la situación de incertidumbre o, si se quiere, indefensión, en que se dejó al recurrente debe ser necesariamente retenida, antes de aplicar el lapso temporal de seis meses (contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos ha sido notificado de la decisión interna definitiva) que debe cumplirse para poder acudir ante la CIDH, tal y como lo exige el Artículo 46.1.b) de la CADH. Y ello por cuanto, en el caso ahora sometido a la CIDH, el recurrente actuó con diligencia, utilizó los recursos internos disponibles, pero no obtuvo respuesta expresa, por lo que concurren - como decimos- alguna de las excepciones a la regla del agotamiento previo de los recursos internos.

Precisamente en esos casos (excepción a la regla), el Reglamento de la CIDH permite presentar «la petición... dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión» y que ésta, «a tal efecto,... considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos *y las circunstancias de cada caso*» (Art. 32.2 del Reglamento, énfasis nuestro).

La AEDIDH opina, en atención a las serias dificultades personales y económicas del peticionario, visto su comportamiento diligente en la utilización de los recursos internos y la ausencia de una resolución expresa de la Corte Constitucional, que la petición debería ser admitida a fin de examinar oportunamente el fondo de la petición. Así lo manifestamos, respetuosamente, a la CIDH.

III. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE 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, 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 reclamasen 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 internacio-

nal (el DIDH)⁹ 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 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»¹⁰. 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades» proclamados en ella (Artículo 30).

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 universales¹¹ 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*»¹².

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 libertad¹³, acogidos después en el Artículo 1 de la DUDH¹⁴. 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»

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

¹¹ 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).

¹² Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Madrid, 2001, p. 69.

¹³ «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).

¹⁴ «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).

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...¹⁵

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.

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).

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 DADH¹⁶ y en la DUDH¹⁷.

IV. 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 pocas provisiones de

¹⁵ 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), párrafos 37, 45 y 47 (subrayado nuestro).

¹⁶ Cfr. el Artículo XII de la DAH (derecho a la igualdad de oportunidades en la educación).

¹⁷ 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.

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)¹⁸, 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 Colombia¹⁹, 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)

«**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»²⁰.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ Párr. 9 de la Observación General n° 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 52° Período 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.

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 1969²¹, 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:

«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:

²¹ Colombia la ratificó el 31 de julio de 1973.

«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 órgano²², mediante resolución adoptada en el año 2006²³. 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»²⁴. 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:

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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. [...]»²⁵

V. 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 Generales²⁶ 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 PIDCP²⁷.

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 adopta-

²⁵ *Ibid.*, p. 77.

²⁶ 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. *Cf.* 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.

²⁷ Es el caso de Colombia, que ratificó el Protocolo facultativo el 29 de octubre de 1969.

das y los progresos realizados para dar cumplimiento a sus obligaciones 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.

1. Observaciones generales en materia de igualdad y no discriminación

A) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

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 sus Observaciones generales números 14, 15, 18 y 19. En la Observación General n° 14 [*Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del PIDESC)]²⁸, 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** (...)»²⁹

El Comité DESC entendió además que, dentro del principio de no discriminación enunciado en el Artículo 2.2 del PIDESC³⁰, 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:

«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** (...)»³¹.

²⁸ La Observación General n° 14 (*Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*) fue adoptada por el Comité DESC en su 22° Período de sesiones (2000). Su texto completo figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 96 a 117.

²⁹ Párr. 8 de la Observación General 14 del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., p. 97 (énfasis añadido).

³⁰ «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).

³¹ Párr. 18 de la Observación General 14 del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., p. 101 (énfasis añadido).

El Comité DESC procedió también en su Observación General n° 15 [*Derecho al agua* (Artículos 11 y 12 del PIDESC)]³² 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 (...).»³³

La Observación General n° 18 del Comité DESC [*Derecho al trabajo* (Artículo 6 del PIDESC)]³⁴ 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:

«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 N° 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” (...).»³⁵

En materia de seguridad social, hemos de traer aquí un pasaje de la Observación General n° 19³⁶ 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:

³² La Observación General n° 15 (*Derecho al agua*) fue adoptada por el Comité DESC en su 29° Período de sesiones (2002). Su texto completo figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 118-136.

³³ Párr. 13 de la Observación General n° 15. *Ibid.*, p. 121 (énfasis añadido).

³⁴ La Observación General n° 18 (*Derecho al trabajo*) fue adoptada por el Comité DESC en su 35° Período de sesiones (2005). Véase su texto en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., páginas 166-180.

³⁵ Párr. 12.b), sub i), de la Observación General n° 15. *Ibid.*, p. 169 (énfasis nuestro).

³⁶ La Observación General n° 19 (*Derecho a la seguridad social*) fue adoptada por el Comité DESC en su 39° Período de sesiones, el 23 de noviembre de 2007. Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (39° período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007), *Observación General N° 19 - El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, doc. E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008, 23 p.

«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»**³⁷

Finalmente, el Comité DESC aprobó en 2009 su Observación General n° 20 sobre No Discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales³⁸. Cuando se ocupa de la discriminación practicada en la esfera privada, sea en el ámbito familiar, laboral o cualquier otro sector de la sociedad, el Comité puso algunos ejemplos diciendo que:

« (...) **actors in the private housing sector** (e.g. private landlords, credit providers and public housing providers) **may directly or indirectly deny access to housing or mortgages on the basis of (...) sexual orientation** while some families may refuse to send girl children to school. **States parties must therefore adopt measures**, which should include legislation, **to ensure that individuals and entities in the private sphere do not discriminate on prohibited grounds»**³⁹

Pero sobre todo hemos de destacar que insistió en incluir la orientación sexual dentro de la expresión “cualquier otra condición social” que emplea el Art. 2.2 del PIDESC:

«“Other status” as recognized in article 2(2) includes sexual orientation. **States parties should ensure that a person’s sexual orientation is not a barrier to realizing Covenant rights, for example, in accessing survivor’s pension rights**. In addition, gender identity is recognized as among the prohibited grounds of discrimination; for example, persons who are transgender, transsexual or intersex often face serious human rights violations, such as harassment in schools or in the work place»⁴⁰.

B) Comité de Derechos Humanos

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, Comité DH) no fue tan explícito en la Observación General n° 18 (*No discriminación*)⁴¹ 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 razo-

³⁷ Párr. 29 de la Observación General n° 19. *Ibid.*, p. 10 (énfasis nuestro).

³⁸ La Observación General n° 20 (*No discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales*) fue adoptada por el Comité DESC en su 42° Período de sesiones (22-25 de mayo de 2009). Véase United Nations, Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Forty-second session, Geneva, 4-22 May 2009), *General Comment No. 20- Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2)*, doc. E/C.12/GC/20 (unedited versión), 25 May 2009, 11 p.

³⁹ Párr. 11 de la Observación General n° 20. *Ibid.*, p. 4 (énfasis nuestro).

⁴⁰ Párr. 32 de la Observación General n° 20. *Ibid.*, p. 9 (negrita nuestra).

⁴¹ El Comité DH adoptó la Observación General n° 18 (*No discriminación*) en su 37° Período de sesiones (1989). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 213-215.

nable, 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 población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación (...)»⁴²

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 indicativo⁴³ 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»⁴⁴

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:

⁴² Párrs. 1, 7 y 10 de la Observación General n° 18 del Comité DH. *Ibid.*, pp. 213, 214 y 215 (negrita añadida).

⁴³ En tal sentido, FREDERIC SUDRE: *Droit international et européen des droits de l'homme*, 6^{ème} édition Paris, 2003, pp. 253-254 (paragraphe 183).

⁴⁴ Párr. 11 de la Observación General n° 18 del Comité DH, *cit.*, pp. 215 (negrita añadida).

«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 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»⁴⁵

Es pertinente referirse asimismo a otras dos Observaciones Generales del Comité DH. De una parte, la Observación General n° 25 (*La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*)⁴⁶ 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.

(...) **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**

⁴⁵ Párrs. 12 y 13 de la Observación General n° 18 del Comité DH. *Ibid.*, p. 215 (negrita añadida).

⁴⁶ La Observación General n° 25 [*La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto* (artículo 25)] fue adoptada por el Comité DH en su 57° Período de sesiones (1996). Véase su texto en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, cit., pp. 239-244.

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»⁴⁷**

De otra parte, en su Observación General n° 28 (*Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*)⁴⁸ 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 (...)**»⁴⁹

C) Comité de los derechos del Niño

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 n° 4 (*Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*)⁵⁰, al interpretar 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 prohibida⁵¹. 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

⁴⁷ Párrs. 3, 4, 6, 15 y 23 de la Observación General n° 25. *Ibid.*, pp. 239-241 y 243.

⁴⁸ La Observación General n° 28 (*Igualdad de derechos entre hombres y mujeres*) fue aprobada por el Comité en su 68° período de sesiones (2000). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, páginas 252-259.

⁴⁹ Párr. 20 de la Observación General n° 28 del Comité DH. *Ibid.*, pp. 255-256 (negrita añadida).

⁵⁰ El Comité de los Derechos del Niño adoptó la Observación General n° 4 (*Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*) en su 33° Período de sesiones (2003). Véase NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, páginas 424-436.

⁵¹ 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».

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»⁵²

En la Observación General n° 7 (*Realización de los derechos del niño en la primera infancia*) adoptada más tarde⁵³, 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

(...) 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. (...)**»⁵⁴

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.

⁵² Párr. 6 de la Observación General n° 4 del Comité de los Derechos del Niño. *Ibid.*, p. 425 (negrita añadida).

⁵³ El Comité de los Derechos del Niño adoptó la Observación General n° 7 (*Realización de los derechos del niño en la primera infancia*) en su 40° Período de sesiones (2005), pero la revisó en 2006 (41° 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.

⁵⁴ Párrs. 11 y 12 de la Observación General n° 7 del Comité de los Derechos del Niño. *Ibid.*, pp. 6-7 (énfasis añadido).

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

«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»⁵⁵

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.

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

⁵⁵ «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 conexas, 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 n° 61/1979 (*Leo R. Hertzberg, Uit 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).

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»**⁵⁶

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»**⁵⁷

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 entendiendo 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**

⁵⁶ Comunicación n° 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).

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

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»⁵⁸

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**

⁵⁸ Comunicación n° 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).

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»⁵⁹

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) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

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»⁶⁰.

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»⁶¹.

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»⁶².

⁵⁹ Comunicación n° 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)].

⁶⁰ Observaciones finales aprobadas el 12 de mayo de 1999. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los periodos de sesiones 20° y 21°* (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.° 2, Nueva York y Ginebra, 2000, p. 35, párr. 127.

⁶¹ Observaciones finales aprobadas el 21 y 22 de noviembre de 2001. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los periodos 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.° 2, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 112, párr. 715.

⁶² Observaciones finales aprobadas el 29 de noviembre de 2002. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los periodos de sesiones vigésimo octavo 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.° 2, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 58, párr. 346.

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»⁶³.

B) Comité de Derechos Humanos

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»⁶⁴.

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 el matrimonio, y no prohíbe la discriminación por razones de (...) preferencias sexuales»⁶⁵.

El informe inicial de Zimbabwe 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

⁶³ Observaciones finales aprobadas el 17 de mayo de 2002. NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Informe sobre los periodos de sesiones vigésimo octavo y vigésimo noveno... Ibid.*, p. 49, párr. 262.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

deportación». Recomendó, en consecuencia, «que dicha legislación se ajuste a lo dispuesto en el Pacto»⁶⁶.

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»⁶⁷.

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»⁶⁸.

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»⁶⁹.

El Comité se preocupó también, con ocasión del cuarto informe periódico de Rumania, 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»⁷⁰.

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»⁷¹.

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 elimi-

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Observaciones finales aprobadas el 30 de julio de 1998 *Ibid.*, p. 75, párr. 407.

⁶⁸ 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 N° 40 (A/54/40), Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 42, párr. 190.

⁶⁹ Observaciones finales relativas al cuarto informe periódico de Polonia, aprobadas el 28 de julio de 1999. *Ibid.*, p. 70, párr. 356.

⁷⁰ Observaciones finales aprobadas el 27 de julio de 1999. *Ibid.*, p. 73, párr. 375.

⁷¹ 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.

nar y prohibir todo tipo de discriminación por motivos de orientación sexual (arts. 17 y 26)»⁷².

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 (...)»⁷³.

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»⁷⁴.

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»⁷⁵.

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»⁷⁶.

⁷² Observaciones finales aprobadas el 23 de marzo de 2000. *Ibid.*, p. 46, párr. 309.

⁷³ 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 N° 40 (A/56/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2001, p. 24.

⁷⁴ 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 N° 40 (A/58/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2003, p. 48.

⁷⁵ Observaciones finales aprobadas el 30 de julio de 2003. *Ibid.*, p. 61.

⁷⁶ 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 N° 40 (A/59/40), Naciones Unidas, Ginebra, 2004, p. 24.

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 legislación contra la discriminación, el Estado Parte debe plantearse el establecimiento de la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual»⁷⁷.

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 (...)»⁷⁸.

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»⁷⁹

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 sexual, así como medidas de información para abordar las pautas de prejuicio y discriminación»**⁸⁰.

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

⁷⁷ Observaciones finales aprobadas el 26 de julio de 2004. *Ibid.*, p. 78.

⁷⁸ 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 N° 40 (A/60/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2005, p. 25 (negrita nuestra).

⁷⁹ Observaciones finales aprobadas el 4 de noviembre de 2004. *Ibid.*, p. 49 (la negrita *no* es nuestra).

⁸⁰ Observaciones finales aprobadas el 31 de marzo de 2005. *Ibid.*, pp. 68 y 72 (la negrita *no* es nuestra).

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**»⁸¹.

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 [...] 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»⁸²

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»⁸³

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**

⁸¹ 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 N° 40 (A/61/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2006, pp. 53 y 56 (la negrita *no* es nuestra).

⁸² Observaciones finales aprobadas el 27 de julio de 2006. *Ibid.*, pp. 68-69 (la negrita *no* es nuestra).

⁸³ 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 N° 40 (A/62/40), Naciones Unidas, Nueva York, 2007, p. 51 (la negrita *no* es nuestra).

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»⁸⁴.

VI. 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 deberían 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.

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

A) En Derecho internacional general

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 Internacional⁸⁵. 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.

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

⁸⁴ Observaciones finales aprobadas el 29 de marzo de 2007. *Ibid.*, p. 55 (la negrita *no* es nuestra).

⁸⁵ Figura como Anexo a la resolución 56/83, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001.

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) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado en su Observación General nº 9 (*Aplicación interna del Pacto*)⁸⁶ «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)⁸⁷ y el Artículo 8 de la DUDH (derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales)⁸⁸. 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 2.1⁸⁹, que permite al Comité subrayar la

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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»

⁸⁸ 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».

⁸⁹ 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».

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 segundo 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**»⁹⁰

En el caso de Colombia, como es sabido, la previsión inscrita en el Artículo 93 de la CPC⁹¹ 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) Comité de Derechos Humanos

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)⁹².

⁹⁰ Los extractos transcritos corresponden a los párrs. 3, 4, 7, 9, 11 y 14 de la Observación General n° 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).

⁹¹ 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.

⁹² 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

El Artículo 2 fue objeto de un intenso ejercicio interpretativo por parte del Comité. La Observación General n° 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*)⁹³ 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 Tratados⁹⁴ 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 reservas⁹⁵ 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 proporcionales 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,

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».

⁹³ La Observación General n° 31 (*La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*) fue adoptada por el Comité DH en su 80° Período de sesiones (2004). Su texto figura en NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, pp. 270-275.

⁹⁴ Artículo 26 de la Convención de 1969: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

⁹⁵ Párr. 9 de la Observación General n° 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 52° Período de sesiones (1994). NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, p. 234.

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»⁹⁶

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 n° 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

⁹⁶ Los pasajes reproducidos corresponden a los párrs. 4, 6, 10 y 15 de la Observación General n° 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.*, pp. 270 y ss. (énfasis con negrita añadido).

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**»⁹⁷

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**»⁹⁸.

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 ratifica-

⁹⁷ Párrs. 15 de la Observación General n° 9 (*Aplicación interna del Pacto*) del Comité DESC. NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las Observaciones generales...*, *cit.*, p. 65 (negrita y subrayado personales).

⁹⁸ Párr. 4 de la Observación General n° 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).

ción, 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 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.

Es también notorio que ese marco constitucional ha sido intensamente desarrollado por una jurisprudencia constitucional muy activa que, desde 1995, introdujo el concepto de “bloque de constitucionalidad”⁹⁹ como solución a la compleja cuestión que surgía de la interpretación de los citados Artículos 4 y 93 de la Constitución Política. Se entendió entonces que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Parte y que reconocen derechos humanos no susceptibles de suspensión o limitación en estados de excepción, adquieren también jerarquía constitucional y conforman, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo que debe ser observado por el resto del ordenamiento jurídico. Con el tiempo, la doctrina consolidada de la Corte Constitucional de Colombia ha aclarado que el bloque de constitucionalidad (en sentido lato) está integrado por (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (Artículo 93), (iv) las leyes orgánicas¹⁰⁰ y, (v) las leyes estatutarias¹⁰¹.

Respecto de los tratados internacionales (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*), la Corte ha señalado que sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción¹⁰². En este sentido, conviene retener que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 4 del PIDCP y a la jurisprudencia y práctica del Comité DH, el principio de no discriminación forma parte del *núcleo duro* del DIDH y no admite, por tanto, derogación ni siquiera bajo situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, como acontece cuando se proclama un estado de excepción por cualquier Estado Parte en el Pacto.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997 y C-337 de 1993.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencias C-179 de 1994 y C-578 de 1995.

¹⁰² Al respecto pueden consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994.

De manera que las disposiciones de todos aquellos tratados o convenciones a las que nos hemos referido, con el alcance y contenido definidos por sus intérpretes autorizados (Tribunales y Comités a cuyas decisiones nos hemos referido), constituyen parte que integra el mencionado bloque de constitucionalidad. Tienen, en consecuencia, la fuerza normativa de la Constitución por lo que son parámetro de juzgamiento de la constitucionalidad de las normas demandadas.

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, hubieran podido producir en el caso aquí examinado todos sus efectos en materia de igualdad, no discriminación y respeto del derecho a la vida privada de las parejas del mismo sexo.

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo a las consideraciones y fundamentos jurídicos expuestos a lo largo de este informe, la AEDIDH solicita respetuosamente a la **Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos** que acuerde admitir la petición formulada en nombre y representación de Ángel Alberto Duque a fin de proceder, conforme al procedimiento reglado en la CADH y en el Reglamento de la CIDH, a (1) examinar el fondo de su reclamación; (2) ponerse a disposición de las partes para tratar de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la CADH y (3) expresar, llegado el caso, en el informe que corresponda, los hechos y conclusiones de la CIDH respecto a la petición interpuesta y si procede establecer que se han producido una o más violaciones de la CADH.

En particular, corresponde a la CIDH determinar si las medidas de los tribunales de Colombia son conformes 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 el Sr. Ángel Alberto Duque vea realizadas efectivamente sus aspiraciones, arregladas en justicia, para que le alcance «la igualdad... dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo» y pueda ser considerado igual ante la ley y recibir la misma protección y trato que el que las autoridades conen materia de pensiones de sobrevivencia a los compañeros sobrevivientes de uniones maritales o de hecho heterosexuales, gozando así de los mismos derechos y oportunidades sin ninguna discriminación, como lo quiere la Constitución Colombiana¹⁰³, preservando de este modo su vida, su salud, su dignidad y su libertad.

Para tal fin, quisiéramos evocar nuevamente la reciente Observación general n° 20 del Comité DESC que, en mayo de 2009, insistió en incluir la orientación sexual dentro de la expresión “cualquier otra condición social” que emplea el Art. 2.2 del PIDESC y afirmó que

¹⁰³ Preámbulo y Artículo 13 de la Constitución.

«States parties should ensure that a person's sexual orientation is not a barrier to realizing Covenant rights, for example, in accessing survivor's pension rights»¹⁰⁴.

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, injerencias ni limitaciones de derechos 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 como la que manifiesta Ángel Alberto Duque, fruto de una decisión consensuada entre adultos, sea utilizada para justificar 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»¹⁰⁵

La AEDIDH se pone a disposición de la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos para toda ampliación o precisión que pudiera requerir sobre los extremos tratados en este informe, al igual que para comparecer e intervenir ante ella en las vistas o audiencias públicas que quisiera ordenar durante el proceso, si a ello hubiera lugar, conforme a las disposiciones procesales de aplicación pertinente.

¹⁰⁴ Párr. 32 de la Observación General n° 20, *cit. supra*, nota a pie de página n° 36 (negrita nuestra).

¹⁰⁵ 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.

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 Comisión Interamericana de Derechos Humanos nuestra consideración más distinguida.

En Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, a 30 de mayo de 2009.