

LA NO DISCRIMINACIÓN

ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA CLÁUSULA AUTÓNOMA DE NO DISCRIMINACIÓN

Patricia Palacios Zuloaga



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



Embajada del
Reino de los Países Bajos



Centro de Derechos Humanos

LA NO DISCRIMINACIÓN

Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación

©Patricia Palacios Zuloaga

Registro de Propiedad Intelectual N° 155.801

I.S.B.N.: 956-19-0517-5

Imagen de portada: Archivo fotográfico LOM ediciones Ltda.

Junio 2006

Diseño, diagramación e impresión:

LOM ediciones Ltda.

Concha y Toro N° 25, Santiago

Teléfono: 672 22 36 - Fax: 673 09 15

Dedicado a mi madre.

Agradecimientos

Quisiera agradecer a mi familia por su apoyo y paciencia.

Quisiera, además, agradecer a los integrantes del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, por su respaldo, confianza y amistad, en especial a Cecilia Medina Quiroga y a José Zalaquett Daher cuyos comentarios constructivos mejoraron mucho la primera versión de este trabajo.

La investigación que se presenta en estas páginas tuvo su origen en una de memoria de prueba presentada en la misma Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su puesta al día y publicación se hizo posible gracias a la gestión de la Profesora Medina quien se encargó personalmente de conseguir los recursos necesarios para ello.

Por último, quisiera agradecer a la Embajada Real de los Países Bajos en Chile que financió la actualización, publicación y distribución de esta edición.

Prefacio	21
----------------	----

Primera Parte.

Doctrina, Jurisprudencia, Normas y Órgano que configuran el Marco Teórico.

1. La Igualdad y el Derecho a la No Discriminación	25
1.1 La Igualdad	25
1.2 Concepto General de Discriminación	29
1.3 Criterios de Diferenciación Objetivos y Razonables	35
1.4 Críticas al Concepto Tradicional de Discriminación	37
1.5 Medidas Especiales	39
2. Jurisprudencia Internacional Clave	43
2.1 Los casos del Sudoeste Africano (Segunda Fase) de la Corte Internacional de Justicia, 1966	43
2.2 El “Caso Relativo a Ciertos Aspectos de las Leyes Referentes al Uso de Idiomas en la Educación en Bélgica” de la Corte Europea de Derechos Humanos, 1968	45
2.3 Opinión Consultiva “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984	53
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas ..	61
3.1 Historia y Antecedentes	61
3.2 Contenido	63
3.3 La No Discriminación como principio rector del PIDCYP	65
· El artículo 2.1	65
· El artículo 3	66
· El artículo 4.1	67
· El artículo 14	68
· El artículo 20.2	69

- El artículo 23.4 69
- El artículo 24.1 70
- El artículo 25 71
- El artículo 27 72
- 3.4 El artículo 26..... 73
- 3.4.1 Su Carácter Autónomo: El Propósito del Artículo 26 en tanto Herramienta
Para Lograr la Igual Protección de Derechos
No Incluidos en el Pacto 73
- 3.4.2 Su Carácter Abierto 75
- 3.4.3 Los Criterios de Diferenciación Prohibidos 76
- 4. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 81
- 4.1 Información General 81
- 4.2 Marco Jurídico y Funciones 83
- 4.3 Observaciones Generales 84
- 4.4 Reseña del Procedimiento Aplicable al Examen de Comunicaciones
Individuales ante el Comité de Derechos Humanos 86

Segunda Parte.

Jurisprudencia Sobre el Cumplimiento por los Estados Partes de las Obligaciones Emanadas del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Introducción 93

Capítulo Primero:

Jurisprudencia Referente a los Criterios de Diferenciación Prohibidos por el Artículo 26

- 1. Introducción 95
- 2. Discriminación por Razones de Sexo 95
- 2.1 Discriminación de Mujeres 95
- 2.1.1 La discriminación de mujeres casadas 95
 - 1981 Aumeeruddy Cziffra v. Islas Mauricio
Lovelace v. Canadá

2.1.2	La discriminación de mujeres en el ámbito de la seguridad social	99
	· 1987 Broeks v. Los Países Bajos Zwaan de Vries v. Los Países Bajos	
	· 1989 Vos v. Los Países Bajos	
	· 1993 A.P.L.v.d.M. v. Los Países Bajos Calvacanti Araujo-Jongen v. Los Países Bajos	
	· 1994 J.A.M.B.-R. v. Los Países Bajos	
2.1.3	La discriminación de mujeres en relación con su capacidad	104
	· 1988 Ato del Avellanal v. Perú	
2.1.4	La discriminación de mujeres en la herencia de títulos nobiliarios	104
	· 2004 Carrión Barcaiztegui v. España Hoyos Martínez de Irujo v. España	
2.1.5	La discriminación de mujeres en el ámbito de la salud	106
	· 2005 Llantoy Huamán v. Perú	
2.2	Discriminación de Hombres	107
2.2.1	La discriminación de hombres en el ámbito de la seguridad social	107
	· 1992 Pauger v. Austria	
	· 1993 J.H.W. v. Los Países Bajos	
	· 1994 Pepels v. Los Países Bajos	
	· 1999 Pauger v. Austria Johannes Vos v. Los Países Bajos	
2.2.2	La discriminación de hombres en materia de familia	111
	· 1994 Balaguer Santacana v. España	
	· 2002 Müller y Engelhardt v. Namibia	
2.2.3	La discriminación de hombres en materia de indultos	113
	· 1998 Whyte v. Jamaica	
2.2.4	La discriminación de hombres en el acceso a cargos públicos	114
	· 2004 Jacobs v. Bélgica	
2.3	Discriminación de Minorías Sexuales	114
	· 1994 Toonen v. Australia	

- 2002 *Joslin et al. v. Nueva Zelanda*
- 2003 *Young v. Australia*
- 2.4 Conclusiones 121
- 2.4.1 Notable baja en reclamos por discriminación por razones de sexo 121
- 2.4.2 Cambio de reclamos efectuados por mujeres a reclamos
efectuados por hombres 122
- 2.4.3 Apertura del concepto “sexo” a minorías sexuales 123
- 2.4.4 Observaciones Generales N°4, N°18 y N°28 123
- 3. Discriminación por Razones de Idioma 125
- 3.1 El derecho a elegir la lengua en que se obra en la vida pública.
El derecho de los Estados Partes a elegir una lengua oficial. 125
- 1990-1992 *Los Bretones v. Francia.*
- 1990 *E.P. et al. v. Colombia*
- 1993 *Ballantyne & Davidson v. Canadá*
McIntyre v. Canadá
- 1994 *Singer v. Canadá*
- 2000 *Diergaardt v. Namibia*
- 2005 *Hoffman y Simpson v. Canadá*
- 3.2 Conclusiones 131
- 4. Discriminación por razones de Religión 131
- 4.1 Discriminación en la Esfera de la Educación 131
- 4.1.1 La conversión de escuelas públicas en laicas y el problema
del financiamiento de escuelas privadas religiosas 132
- 1988 *Blom v. Suecia*
- 1990 *Lindgren y Lundquist v. Suecia*
- 1999 *Tadman v. Canadá*
Waldman v. Canadá
- 4.1.2 La obligatoriedad de la enseñanza religiosa en establecimientos
de educación pública 137
- 1988 *A. y S.N. v. Noruega*

4.1.3	La prohibición de establecer escuelas religiosas	137
	· 2005 Sister Immaculate Joseph <i>et al.</i> v. Sri Lanka	
4.1.4	Conclusiones	138
4.2	Discriminación en la esfera laboral; hostigamiento y/o despidos por razones de religión	139
	· 1989 Singh Bhinder v. Canadá	
	· 1990 Delgado Paéz v. Colombia	
	· 2001 Gobin v. Mauricio	
	· 2002 Riley <i>et al.</i> v. Canadá	
4.2.1	Conclusiones	142
4.3	Discriminación en la esfera familiar; custodia de hijos	142
	· 1992 P.S. v. Dinamarca	
4.3.1	Conclusiones	143
4.4	Discriminación en el ámbito del servicio militar obligatorio; la exención de obligaciones militares en razón de la religión del conscripto	144
	· 1993 Brinkhoff v. Los Países Bajos	
4.4.1	Conclusiones	145
4.5	Discriminación en el ámbito de la participación política	146
	· 2004 Arenz, Röder y Röder v. Alemania	
4.5.1	Conclusiones	146
5.	Discriminación por Razones de Opinión	147
5.1	Discriminación por Razones de Opinión Política: La discriminación como forma de anular a opositores políticos	147
	· 1980-1985 Presos Políticos v. Uruguay	
	· 1986 Mpaka-Nsusu v. La República Democrática del Congo	
	· 1987 Penarrieta <i>et al.</i> v. Bolivia	
	· 1992 González del Río v. Perú	
	· 1993 Orihuela Valenzuela v. Perú	
	Chiko Bwalya v. Zambia	
	Olo Bahamonde v. Guinea Ecuatorial	

- 1994 Zelaya *et al.* v. Nicaragua
- 1998 Tae Hoon Park v. La República de Corea
- 1999 Presos Políticos v. Chile
- 2001 Paraga v. Croacia
- 2003 Yong Joo-Kang v. la República de Corea
- 2004 Jazairi v. Canadá

5.1.1 Conclusiones 154

5.2 Discriminación de Objetores de Conciencia. El problema de la exención de ciertos grupos. El problema de la duración extendida del servicio civil para objetores de conciencia 154

- 1987 RTZ v. Los Países Bajos
- 1988 MJG v. Los Países Bajos
- 1990 Jarvinen v. Finlandia
 - H.A.E.d.J. v. Los Países Bajos
- 1993 Brinkhoff v. Los Países Bajos
 - A.R.U. v. Los Países Bajos
- 1999 Foin v. Francia
- 2000 Maille v. Francia
 - Venier & Nicolas v. Francia

5.2.1 Conclusiones 160

6. Discriminación por razones de Raza, Origen Nacional y Nacionalidad (en tanto “Otra Condición Social”) 161

6.1 Discriminación en la asignación de beneficios de Seguridad Social 162

- 1989 Gueye *et al.* v. Francia
- 1992 Oulajin y Kaiss v. Los Países Bajos

6.1.1 Conclusiones 164

6.2 Discriminación de pueblos originarios..... 165

- 1996 X v. Australia
- 1997 Hopu y Bessert v. Francia

6.2.1 Conclusiones 167

6.3	Discriminación por origen nacional o étnico en la rehabilitación de personas cuya propiedad fue confiscada o expropiada	168
	· 1997 Drobek v. Eslovaquia	
	· 1998 Malik v. La República Checa	
	Schlosser v. La República Checa	
	· 2001 Fábryová v. La República Checa	
	Brok y Brokova v. La República Checa	
	· 2002 Pezoldova v. La República Checa	
6.3.1	Conclusiones	171
6.4	Discriminación en la Exigencia de la Nacionalidad y Residencia para la Rehabilitación de Personas cuya Propiedad fue Confiscada o Expropiada ...	172
	· 1995 Simunek <i>et al.</i> v. La República Checa	
	· 1996 Adam v. La República Checa	
	· 2001 Blazek Hartman y Krizek v. La República Checa	
	Des Fours Walderode y Kammerlander v. la República Checa	
	· 2005 Marik v. La República Checa	
	Kriz v. La República Checa	
6.4.1	Conclusiones	175
6.5	Discriminación en el acceso de extranjeros a un país y en su naturalización ...	175
	· 2000 Ben Said v. Noruega	
	Toala <i>et al.</i> v. Nueva Zelanda	
	· 2004 Borzov v. Estonia	
6.5.1	Conclusiones	177
6.6	Discriminación en el derecho a ser elegido representante de asociaciones privadas	177
	· 2002 Karakurt v. Austria	
6.6.1	Conclusiones	178
6.7	Discriminación en la aplicación de la ley penal	179
	· 2003 Baumgarten v. Alemania	
6.7.1	Conclusiones	179

7.	Discriminación por Razones de Otra Condición Social	179
7.1	Discriminación por Razones de Estado Civil. Lo objetivo y razonable de la distinción entre parejas matrimoniales y parejas no-matrimoniales	179
	· 1987 Danning v. Los Países Bajos	
	· 1992 Sprenger v. Los Países Bajos	
	· 1998 Snijders v. Los Países Bajos	
	Hoofdman v. Los Países Bajos	
	· 2004 Derksen v. Los Países Bajos	
7.1.1	Conclusiones	183
7.2	Discriminación por Razones de Edad	184
	· 1990 J.G. v. Los Países Bajos	
	· 2001 Schmitz-de-Jong v. Los Países Bajos	
	Anatolievich Cheban <i>et al.</i> v. La Federación Rusa	
	· 2003 Love, Bone, Craig & Ivanoff v. Australia	
7.2.1	Conclusiones	188
7.3	Discriminación por Razones de Parentesco o Calidad de Dependiente	188
	· 1994 Doesburg v. Los Países Bajos	
	· 1995 Monaco de Gallicchio v. Argentina	
7.3.1	Conclusiones	190
7.4	Discriminación por Razones de Profesión	191
7.4.1	La incompatibilidad de cargos	191
	· 1995 Debreczny v. Los Países Bajos	
7.4.2	La distinción entre profesionales para efectos de pagos de seguridad social	191
	· 1995 García Pons v. España	
7.4.3	La posibilidad de auto-representación de iletrados en juicio	192
	· 2001 Torregruesa Lafuente <i>et al.</i> v. España	
	Marín Gómez v. España	
7.4.4	Conclusiones	193

7.5	Discriminación por razón de la categoría de supuestos delitos cometidos. El problema de las restricciones al debido proceso de personas acusadas de delitos graves	193
	· 1999 Bethel v. Trinidad y Tobago Kennedy v. Trinidad y Tobago	
	· 2000 Gómez Vásquez v. España. Thompson v. San Vicente-Granadinas	
	· 2001 Kavanagh v. Irlanda	
7.5.1	Conclusiones	198
7.6	Discriminación por razones de Discapacidad.....	199
	· 2002 Wackenheim v. Francia	
7.6.1	Conclusiones	199

Capítulo Segundo:

El Cumplimiento del Propósito del Artículo 26 en tanto Herramienta Para Lograr la Igual Protección de Derechos No Incluidos en el Pacto

1.	Introducción	201
2.	La seguridad social. El problema del acceso igualitario a programas de seguridad social; el problema de la implementación inmediata de la no discriminación respecto de programas de seguridad social que son de implementación gradual y sujetos a recursos limitados	202
	· 1987 Broeks v. Los Países Bajos Zwaan de Vries v. Los Países Bajos Danning v. Los Países Bajos	
	· 1988 PPC v. Los Países Bajos	
	· 1989 Vos v. Los Países Bajos BdB v. Los Países Bajos Gueye v. Francia HAEdJ v. Los Países Bajos	

- 1992 Pauger v. Austria
 - Sprenger v. Los Países Bajos
 - Oulajin & Kaiss v. Los Países Bajos
- 1993 JHW v. Los Países Bajos
 - APLvdM v. Los Países Bajos
 - Calvacanti Araujo Jongen v. Los Países Bajos
- 1994 SB v. Nueva Zelanda
 - JAMB-R v. Los Países Bajos
 - Doesburg v. Los Países Bajos
 - Pepels v. Los Países Bajos
- 1995 García Pons v. España
- 1996 Nahlik v. Austria
- 1997 Van Oord v. Los Países Bajos
- 1998 Hoofdman v. Los Países Bajos
- 1999 Pauger v. Austria
 - Johannes Vos v. Los Países Bajos
- 2001 Schmitz-de-Jong v. Los Países Bajos
- 2003 Young v. Australia
 - Althammer *et al.* v. Austria
- 2004 Derksen v. los Países Bajos
- 2005 Jongenburger-Veerman v. los Países Bajos

3. La Extradición.

La problemática de la extradición de prisioneros a países donde existe la pena de muerte, en casos en que es probable que les sea aplicada 206

- 1992 K.C. v. Canadá
- 1993 Kindler v. Canadá
 - Ng v. Canadá
- 1994 Cox v. Canadá
- 1997 G.T. v. Australia
- 2002 Judge v. Canadá

4.	La propiedad y la Indemnización por Confiscación o Expropiación.	
	El problema de la rehabilitación de personas cuya propiedad fue confiscada o expropiada antes de o durante gobiernos socialistas, en especial en Europa Oriental	208
	· 1994 <i>Zelaya et al.</i> v. Nicaragua	
	· 1995 <i>Simunek et al.</i> v. La República Checa	
	· 1996 <i>Somers</i> v. Hungría	
	· 1996 <i>Adam</i> v. La República Checa	
	· 1997 <i>Drobek</i> v. Slovakia	
	· 1998 <i>Malik</i> v. La República Checa	
	· 1998 <i>Schlosser</i> v. La República Checa	
	· 2001 <i>Blazek, Hartman y Krizek</i> v. La República Checa	
	<i>Des Fours Walderode y Kammerlander</i> v. La República Checa	
	· 2002 <i>Pezoldova</i> v. La República Checa	
	· 2005 <i>Marik</i> v. La República Checa	
	<i>Kriz</i> v. La República Checa	

Capítulo Tercero:

Medidas Especiales

1.	Introducción	211
2.	Medidas Especiales para fomentar la plena inserción de personas con discapacidad en la sociedad	212
	· 1984 <i>C.</i> v. Italia	
3.	Medidas Especiales a favor de exonerados políticos	213
	· 1987 <i>Stalla Costa</i> v. Uruguay	
4.	Medidas Especiales para proteger la cultura francoparlante en Canadá	214
	· 1993 <i>Ballantyne y Davidson</i> v. Canadá	
	<i>McIntyre</i> v. Canadá	
	· 1994 <i>Singer</i> v. Canadá	

5. Medidas Especiales para eximir a Testigos de Jehová de cualquier tipo de servicio nacional 214
· 1993 Brinkhoff v. Los Países Bajos

6. Medidas Especiales para proteger el derecho de auto-determinación en territorios dependientes 215
· 2002 Gillot *et el.* v. Francia

7. Medidas Especiales para Asegurar el Acceso de Mujeres a Cargos Públicos 217
· 2004 Jacobs v. Bélgica

8. Conclusiones 219

Tercera Parte

Conclusiones y Observaciones Finales 223

Anexo I

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, 1966. Texto Completo 231

Anexo II

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, 1966. Texto Completo 253

Anexo III

Cuadro Resumen de Comunicaciones que Contienen Supuestas Violaciones al Art.26 por Fecha de Resolución 259

Bibliografía 329

El trabajo que se presenta es un estudio de jurisprudencia emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en materia de no discriminación autónoma, un derecho reconocido en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Para llevar a cabo este análisis se estudiaron 311 comunicaciones individuales dictaminadas por dicho Comité durante un período de veintiocho años. En cada una de ellas, personas individuales solicitaron la opinión del Comité respecto a lo que ellos calificaron como una violación a su derecho a la igualdad ante la ley, citando como apoyo a esta afirmación, las más diversas circunstancias. El Anexo III, ubicado al final de este trabajo, contiene un resumen de cada una de ellas.

En mi opinión, para lograr un cabal entendimiento de la materia que nos ocupa, fue necesario, antes de entrar a estudiar los casos medulares, establecer una base doctrinaria referente a temas generales cuyo manejo es imprescindible para poder comprender las conclusiones que resultan del referido estudio.

En primer lugar, fue necesario referirse a lo que se entiende por igualdad y por derecho a la no discriminación, tema expuesto en el primer capítulo de la primera parte de este trabajo. En segundo lugar, se estimó de gran utilidad esbozar algunas resoluciones de tribunales internacionales referentes a la discriminación, que predatan las del Comité, y que por lo tanto sirven de referencia a la hora de interpretar éstas. Luego, se consideró que sería útil presentar una mirada general al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado fuente de la disposición estudiada. Por último, antes de entrar al estudio jurisprudencial propiamente tal, este libro incluye una breve explicación respecto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, creado por la convención antes mencionada, y su funcionamiento, en especial respecto del dictamen de las comunicaciones individuales.

Posteriormente a esta introducción doctrinaria, en la segunda parte de este trabajo se pasa al análisis de las comunicaciones individuales propiamente tales. Dicho análisis se divide en cuatro partes: primero se estudian los casos de acuerdo con el criterio de diferenciación prohibido que se utilizó para discriminar al autor de la comunicación; así, se estudiarán comunicaciones que argumentan discriminación por sexo, idioma, religión, etc.; luego, en el segundo capítulo de esta segunda parte, se analizarán las comunicaciones de acuerdo con los derechos que la cláusula de no discriminación está destinada a proteger, por ejemplo, la seguridad social; en el tercer capítulo se expone brevemente lo establecido por el Comité respecto de las medidas especiales destinadas a erradicar la desigualdad de facto. Por último, se postulan conclusiones y consideraciones generales respecto de la jurisprudencia estudiada.

Primera Parte

1. La Igualdad y el Derecho a la No Discriminación

1.1 La Igualdad.

La igualdad ha sido uno de los conceptos más debatidos a través de la historia y, ciertamente, es un pilar de la teoría del derecho y de la ciencia política. En efecto, hay ciertas instituciones modernas aceptadas universalmente que no se explican sino a la luz del postulado de la igualdad de los seres humanos; así por ejemplo: la democracia, el desarrollo y el derecho de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, entre otros.

Dicho lo anterior, un buen punto de partida para iniciar el análisis del tema de la igualdad es señalando que en un plano real, y entre seres humanos, tal concepto no existe. La igualdad de seres humanos es una construcción filosófica que sirve de base para la formación de sistemas político-sociales caracterizados por su orientación hacia la justicia y el consiguiente principio de equidad.

A este respecto, Amartya Sen indica que:

“...toda teoría normativa del orden social que haya resistido, con más o menos fortuna, el paso del tiempo, parece haber exigido la igualdad de *algo*, algo que, con respecto a esta teoría, se considera especialmente importante”¹.

La igualdad, entonces, aparece como una ficción jurídico-valórica, una conquista histórica de las celebradas revoluciones norteamericana y francesa, ambas de las cuales tomaron a la igualdad como bandera de lucha contra regímenes monárquicos sustentados sobre la base de un sistema de clases que nutría una verdadera casta privilegiada.

Ahora bien, si la igualdad efectivamente es pilar de la forma en que las diversas sociedades a través del mundo y a través de la historia reciente han decidido construirse, urge determinar qué es la igualdad, por qué es importante, a qué se refiere y cómo se alcanza.

Gran parte de la doctrina relaciona el valor de la igualdad con el valor de la justicia, de tal manera que la igualdad en ese *algo* que menciona Sen es necesaria para lograr la visión particular de justicia que la sociedad en cuestión persigue; así, por ejemplo, se llega a la exigencia de igualdad de derechos, igualdad de recursos o igualdad de oportunidades en cualquier sistema social dado.

¹ Sen, Amartya, *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 25.

Bobbio va más allá en la relación existente entre la igualdad y la justicia al plantear que:

“Por “regla de justicia” se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual (...) La regla de justicia, en suma, atañe al modo con que el principio de justicia debe aplicarse: ha sido llamada, en efecto, correctamente, la justicia en aplicación...”².

La igualdad, entonces, aparece como una exigencia ética dentro de la sociedad, un deber ser cuyo contenido se encuentra íntimamente entrelazado con el de la justicia, ya sea como parte misma de ella, según nos indica Bobbio, o como su antecedente necesario, según la teoría de Rawls.

John Rawls deriva su visión de lo esencial que resulta la igualdad en la sociedad de personas de un nuevo postulado del “contrato social”, creación filosófica ficticia utilizada con anterioridad por autores tales como Kant y Rousseau para explicar el fenómeno del ordenamiento normativo al interior de las colectividades de personas. Específicamente, Rawls postula una especie de estado original llamado “velo de la ignorancia” compartida por todos los seres humanos y que consiste en la “suposición de desconocimiento respecto de los propios talentos, origen social, intereses, preferencias, etc”³.

Rawls continúa por afirmar que bajo este “velo de la ignorancia” los seres humanos, luego de mucho debate, necesariamente llegarían a postular dos principios de justicia, a saber:

“*Primer Principio*: Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

“*Segundo Principio*: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio para los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades”⁴.

De esta manera el autor nos quiere demostrar cómo la igualdad es un elemento intrínseco para la convivencia en sociedad, y un presupuesto necesario para el logro de la justicia.

La idea que hemos recogido aquí no es, entonces, que todos deben ser tratados de forma igual, sino que los iguales deben ser tratados de forma igual y los diferentes de forma diferente. Esta máxima, recogida por Bobbio y Rawls, así como por la gran mayo-

² Bobbio, Igualdad y Libertad, Paidós I.C.E./U.A.B. Barcelona, 1993, pp. 64 y 65.

³ Nino, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho, Ariel Derecho, octava edición, Barcelona, 1997, p. 411.

⁴ Rawls, John, Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires 1979, pp. 340 y 341.

ría de la doctrina, proviene de la filosofía griega⁵ y nos plantea la difícil tarea de determinar quiénes son iguales y quienes son distintos, o más bien en qué circunstancias personas diferentes deben ser consideradas iguales y en qué situaciones deben ser tratadas en forma distinta. El desafío se dificulta dado que los seres humanos no son iguales, ni biológicamente ni social o culturalmente y nunca lo serán. La ética nos exige tratarlos de manera igual (o desigual según sea el caso) en aras de la justicia⁶.

Nuevamente Sen desarrolla esta idea al señalar que:

“Somos profundamente diferentes, tanto en nuestras características internas, tales como la edad, el género, las capacidades generales, los talentos particulares, la propensión a la enfermedad, etc., como en las circunstancias externas, como la propiedad de activos, la extracción social, los problemas de circunstancia y otras. Precisamente por esa diversidad, la insistencia del igualitarismo en un campo requiere el rechazo del igualitarismo en otro”⁷.

O sea, si la concepción de justicia en una sociedad determinada exige igualdad de oportunidades, se podrán establecer ciertas diferencias, por ejemplo en beneficios, para lograr este propósito, sin violar el principio de la igualdad.

Al preguntarnos respecto al ámbito en que se aplica la exigencia de la igualdad, vale decir, a qué se refiere nuestra igualdad, la historia nos muestra, curiosamente, cómo el mismo principio de igualdad se ha interpretado de las más diversas maneras para fundamentar sistemas político-económicos generalmente vistos como antagónicos. La llamada igualdad formal, la suposición de la uniformidad de la condición jurídica de las personas, unida a una exaltación de la libertad personal, fueron las bases del sistema liberal de gobierno y su corolario económico, el capitalismo. Por otro lado el socialismo se funda en el propósito del Estado de lograr una idealizada igualdad de hecho, por medio, entre otras cosas, de una fuerte restricción de la libertad personal. No hay necesidad, en este trabajo, de llamar la atención a las flagrantes violaciones de derechos humanos producidas bajo ambos sistemas y conocidas por todos.

En el mundo actual se ha superado esta polarización y se ha optado por el concepto intermedio de igualdad de oportunidades, política que pretende establecer una base desde donde cada ser humano pueda partir en la vida con reales posibilidades de llegar a

⁵ Platón, Leyes, VI.

⁶ Robert Alexy llama a la precaución en la aplicación de esta concepción de igualdad. “Si el principio general de la igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”.

“Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia de su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*.” Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 386.

⁷ Sen, *op. cit.*, nota 1, p. xi.

lograr sus metas. Se trata de un conjunto de condiciones socioeconómicas que el Estado debe asegurar a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, para que éstas puedan competir realmente en la obtención de recursos limitados. De esta manera, el Estado no está desconociendo la desigualdad real que existe entre las personas, pero tampoco intenta lograr una uniformidad ilusoria entre ellas⁸.

Ahora bien, llevando todo lo dicho a la práctica, debe decirse que tanto la *equality* norteamericana como la *egalité* francesa estuvieron lejos de ser universales; en efecto, la culminación de ambas revoluciones fue marcada por documentos que clamaban “todos los hombres nacen iguales” pero que, paradójicamente, limitaban dicha igualdad a aquellos de sexo masculino, a nacionales, a blancos, etc. Es verdaderamente triste ver cómo las dos naciones -pioneras en esta materia- han estado dentro de aquellas con las peores historias al respecto: por ejemplo Francia, potencia colonizadora, se diferenciaba de Estados Unidos sólo en cuanto a que este último “importaba” su oprimida fuerza laboral africana.

Jurídicamente, la universalización de la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, como requisito de los sistemas políticos, se dio sólo en 1945 después de que el mundo fuera testigo de los horrores del holocausto, con la creación de la Organización de Naciones Unidas⁹, organismo internacional que vino a reemplazar a la Sociedad de las Naciones y a remediar los problemas insalvables que la llevaron a fallar en su intento de mantener la paz mundial, entre ellos el estricto apego al principio de igualdad entre las naciones.

Fue tres años más tarde que la Asamblea General de las Naciones Unidas plasmó en el artículo primero de su Declaración Universal de Derechos Humanos que:

“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.”

El referido artículo, que pareciera contener una declaración pero que es más bien una prescripción, vino a especificar exactamente en qué ámbito los seres humanos somos iguales: en dignidad y, más concretamente, en derechos.

“La idea que la máxima expresa es la de que los hombres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana, distinta de la naturaleza de los demás seres...”¹⁰.

⁸ Para estos efectos los derechos económicos, sociales y culturales entran a jugar un papel vital; no se puede aspirar a la verdadera igualdad de oportunidades sin que el Estado se preocupe de asegurar el derecho a la educación de calidad y el derecho a la salud, entre otros.

⁹ Véase el segundo párrafo del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> consultado el 25 de mayo de 2006.

¹⁰ Bobbio, *op. cit.*, nota 2, p. 69.

Es el reconocimiento universal de que los seres humanos somos esencialmente diferentes, pero que a pesar de ello, o tal vez en razón de ello, todos debemos ser tratados sin discriminación por el Estado. Con esta Declaración nace, en el ámbito de la normativa universal, la igualdad ante la ley como obligación de los Estados Partes de Naciones Unidas para con los seres humanos que se encuentren bajo su jurisdicción.

La igualdad ante la ley es la primera expresión práctica del principio de la igualdad, una respuesta a la interrogante de cómo se logra la igualdad dentro de un Estado de derecho, una meta realizable (a diferencia de la igualdad pura) que implica que los órganos estatales deben velar porque las normas jurídicas se apliquen de igual manera a todas las personas sujetas a la jurisdicción de ese Estado. Ahora bien, condición anterior necesaria para lograr una efectiva igualdad ante la ley es la llamada igualdad en la ley, principio que obliga a los Estados a asegurarse que las normas de aplicación general que se dicten dentro de su territorio no establezcan diferencias arbitrarias entre sus destinatarios. Sólo a través de normas generales igualitarias puede el Estado aspirar a cumplir con la igualdad ante la ley; así por ejemplo no tiene sentido buscar la aplicación universal de una norma que establece el sufragio como un privilegio reservado para hombres.

La manera en que el Estado logra cumplir con su obligación de asegurar la igualdad en la ley y ante la ley es a través del principio de no discriminación.

1.2 Concepto General de Discriminación.

Comúnmente se señala al principio de no discriminación como el otro lado de la moneda que es la igualdad, una especie de corolario negativo y práctico de ese principio. Se trata de una especificación de la obligación del Estado; las normas internacionales al respecto no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación.

“El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiéndose por ésta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. Es decir, el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias ética y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas”¹¹.

¹¹ Gómez, Gastón y Figueroa, Rodolfo, Discriminación en contra de la mujer, Informes de Investigaciones Jurídicas N°8, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, octubre 2000, p. 6, citado por Viveros, Felipe, “El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación en el Sistema Jurídico Chileno” en “Bases Generales del Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile 2001-2006”, 2001.

Ahora bien, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 la cláusula de no discriminación se ha incluido en virtualmente todos los instrumentos universales de protección de derechos humanos, ya sea en forma subordinada o bien autónoma¹². Su forma subordinada hace referencia a la obligación de los Estados Partes de un tratado sólo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación¹³, mientras que la cláusula autónoma establece el principio general de no discriminación en sí mismo, que no se limita al ámbito cubierto por la declaración o tratado, sino que cobra su máxima expresión al ser aplicado justamente a situaciones no allí incluidas¹⁴.

Lo interesante es que mientras los grandes catálogos universales y regionales se han preocupado de incluir cláusulas de no discriminación ya sea para resguardar los derechos que contienen, ya sea como derecho independiente, ninguno de estos catálogos generales incluye una definición de qué debemos entender por el vocablo discriminación. El problema no es menor cuando se considera, por ejemplo, que por un lado el tratado internacional objeto de este libro, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contiene tres cláusulas de no discriminación (dos subordinadas y otra autónoma) y ocho artículos más que hacen referencia específica a la igualdad y la no discriminación, pero no determina el contenido exacto de la obligación. Por otro lado, un alto porcentaje de las comunicaciones recibidas por el Comité de Derechos Humanos, organismo llamado a resolver sobre violaciones al tratado, contienen denuncias por discriminación.

Ante esta verdadera laguna, tanto la jurisprudencia como la doctrina universalista, necesitadas de encontrar una definición caracterizada por cierto grado de autoridad y aceptación general internacional, han buscado el concepto de discriminación en otras convenciones internacionales más específicas. El primero que aparece cronológicamente es aquel contenido en el artículo 1a) del Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) N°111 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1958, que establece:

“A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”

Mucho más desarrollada resulta ser la conceptualización de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y que establece:

¹² Véase Bayefsky, Anne, *The Principle of Equality or Non-discrimination in International Human Rights Law* en Cook, Rebecca, “International Human Rights Law”, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto 1991-92, p. 3.

¹³ Así por ejemplo el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Por ejemplo el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública.”

Con el atraso que tiende a caracterizar a los acuerdos internacionales en materia de derechos de la mujer, catorce años después de la CERD aparece la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), cuyo artículo 1.1 contiene una definición parecida a aquella presente en su antecesora racial, adaptada a la discriminación por sexo:

“A los efectos de la presente Convención la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

El Comité de Derechos Humanos (en adelante “el Comité”), organismo monitor del cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”), utilizó las definiciones de la CERD y de la CEDAW para, en 1989 y luego de haber recibido decenas de comunicaciones individuales de personas que reclamaban discriminación, plasmar su propia doctrina al respecto. Así, el párrafo 7 de su Observación General N°18 concretó el concepto de discriminación que se ha usado hasta el día de hoy para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto:

“Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, 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”¹⁵.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

Siendo esta la definición operativa del Comité en materia de discriminación y por ende también la de este trabajo, conviene detenerse en ella para analizar sus elementos característicos.

En primer lugar, para efectos de este trabajo, el vocablo “discriminación” se usará en su sentido restrictivo y sólo para denotar aquella diferenciación arbitraria prohibida. No se usará entonces en su sentido amplio como sinónimo de “distinción” o de “diferenciación” y se entenderá que la expresión “discriminación arbitraria” es redundante.

El punto de partida al hablar de discriminación es una diferenciación en el trato otorgado a dos o más personas o grupos de personas, ya que la igualdad es un concepto esencialmente relacional y no se entiende si es que no se aplica a la comparación entre sujetos. La definición del Comité habla de “distinción, exclusión, restricción o preferencia”, siendo las últimas tres formas específicas de la primera. Estamos hablando, entonces, de un grupo de personas que obtienen privilegios por sobre la generalidad de la población o bien de un grupo que soporta desventajas en relación con el resto. No cabe, por tanto, hablar de discriminación, en principio, cuando por ejemplo una persona no recibe un determinado beneficio que no se ofrece a la totalidad de los habitantes de un país (esto último sin perjuicio de la exigencia de medidas especiales, que se examinará más adelante).

Por otra parte, la razón de ser de la distinción entre seres humanos debe encontrarse dentro del catálogo de criterios prohibidos establecido en la norma determinada para que se entienda discriminatoria: si se favoreció al postulante porque era hombre; si se alargó la condena de un preso porque era judío; si se expulsó al alumno porque se inscribió en el Partido Comunista, etc.

Aquí resulta de gran importancia estudiar los términos específicos utilizados en estos catálogos de criterios prohibidos contenidos en las cláusulas de no discriminación. El antes citado artículo 1a) del convenio N°111 de la OIT es una cláusula cerrada de no discriminación, ya que limita las categorías prohibidas de distinción a “raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social” y por ende sería imposible utilizarla para reclamar una discriminación basada en la edad. En el mismo sentido, la CERD prohíbe distinciones por “raza, color, linaje u origen nacional o étnico” pero nada dice acerca de la nacionalidad.

Por otro lado el artículo 2 de la Declaración Universal así como el artículo 14 de la ECHR y el artículo 2.1 del Pacto, obligan al reconocimiento de derechos “sin distinción alguna” mientras que el artículo 1 de la Convención Americana prohíbe “discriminación alguna” y el artículo 26 del Pacto prohíbe “cualquier discriminación”. Además, todas estas cláusulas, luego de la enumeración de categorías de distinción prohibidas, contienen una categoría abierta, generalmente formulada en los términos de “otra condición social”. Esta categoría abre la posibilidad de aplicar la cláusula de no discriminación a situaciones que no se incluyeron en el momento de la redacción oficial del instrumento en cuestión por cualquier razón o que puedan surgir en el futuro. Entonces, en las cláu-

sulas de no discriminación que son abiertas, el listado de criterios de diferenciación prohibidos es meramente ilustrativo y en ningún caso es taxativo. Por ejemplo, ninguno de los documentos mencionados habla de la edad o de la nacionalidad como criterios prohibidos; sin embargo, está claro que se encuentran insertos dentro del amplio rango de “otra condición social” y por ende se prohíbe discriminar sobre la base de ellos. Asimismo, se puede prever que en el futuro se distinga entre seres humanos basándose en las particularidades de su código genético, categoría que se podría incluir razonablemente dentro de esta cláusula abierta.

El siguiente componente del concepto de discriminación del Comité es que la diferenciación de trato tenga “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.” Es decir, la anulación o el menoscabo de la igualdad que se produce, ya sea por acción directa, ya sea como consecuencia del privilegio otorgado a otros, es un factor que se debe considerar independientemente de la intención del responsable de la distinción. No importa si es que se tuvo el propósito de discriminar o no, si la diferencia de trato se produjo para efectos de dejar en desventaja a una persona o grupo determinado o si dicha desventaja resultó ser imprevista; lo que importa es si ese perjuicio se produjo o puede producirse:

“La arbitrariedad que es prohibida, implica el hecho puramente objetivo y no la condición subjetiva de aquellos interesados. De acuerdo con esto, la arbitrariedad puede ser ejercida sin importar... motivo o propósito”¹⁶.

El último punto que conviene resaltar en relación con el concepto de discriminación ofrecido por el Comité es que el anulamiento o menoscabo que resulta se refiere al reconocimiento, goce o ejercicio de “derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Los términos amplios utilizados aquí guardan íntima relación con el propósito de la cláusula antidiscriminatoria ubicada en el artículo 26 del Pacto. Como se examinará más adelante, la igualdad es una línea teórica que permea todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que tiene su expresión máxima en dos cláusulas antidiscriminatorias. La primera de ellas, ubicada en el artículo 2.1, se encarga de prohibir la discriminación en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos expresamente contenidos en el mismo Pacto. En cambio, aquella contenida en el artículo 26 se contempla para ser utilizada en la gama mucho más amplia de los derechos y libertades que caen fuera de la tutela del Pacto, vale decir, el artículo 26 contempla la igualdad como derecho independiente.

¹⁶ Opinión individual del Juez Tanaka en la sentencia relativa a los Casos del Sudoeste Africano de la Corte Internacional de Justicia, 1966, citado por Bayefsky, *op. cit.* nota 12. Véase también *Simunek et al. v. La República Checa*, CCR/C/54/D/516/1992, párrafo 11.7, que establece: “El Estado Parte sostiene que no ha habido violación del Pacto porque los legisladores checos y eslovacos no perseguían fines discriminatorios cuando se aprobó la Ley N° 87/1991. El Comité opina, sin embargo, que los propósitos de los legisladores no son el único elemento dispositivo que lleva a determinar si ha habido una violación del artículo 26 del Pacto. No es probable que una diferenciación basada en motivos políticos sea compatible con el artículo 26. Pero una ley que no esté basada en motivos políticos puede también infringir el artículo 26 si sus efectos son discriminatorios.”

La definición de discriminación proporcionada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no limita su alcance al Pacto, sino que, tal como el artículo 26, establece el concepto en forma autónoma, referido a cualquier derecho humano o libertad fundamental, sea o no reconocida en el instrumento cuyo cumplimiento está llamado a controlar.

Ahora bien, de este análisis podría entenderse que lo que se exige para cumplir con el principio de igualdad ante la ley es una especie de igualdad de trato, sobre todo si es que se ha prohibido “toda distinción”. Hay que precisar que este no es el caso y el Comité se preocupó de plasmar en el párrafo 13 de la misma Observación General N°18 antes citado el consenso establecido en la doctrina y la jurisprudencia anterior en cuanto a que las diferencias de trato son permitidas e incluso pueden llegar a ser necesarias, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos. Cumplidos éstos, se habla de una distinción legítima y no de una discriminación:

“...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”¹⁷.

A partir de esta declaración podemos extraer las exigencias impuestas por el derecho de los derechos humanos a las diferenciaciones de trato que pretenden ser declaradas como legítimas. La identificación de estos requisitos y su aplicación a circunstancias concretas resulta ser de vital importancia a la hora de determinar si es que un Estado ha infringido su obligación de asegurar la igualdad ante la ley y, en efecto, es la operación intelectual llevada a cabo por tribunales nacionales e internacionales llamados a resolver sobre la responsabilidad estatal en esta materia.

Podemos decir que una diferenciación de trato que resulta en el privilegio o la desventaja de una persona o sector de la población llega a ser legítima (aun cuando se base en un criterio de distinción prohibido), cuando reúne las siguientes características:

1. Que sea aplicada en forma objetiva.
2. Que obedezca a una justificación razonable.
3. Que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida.
4. Que se persiga un propósito legítimo en virtud del Pacto.

Los primeros dos requisitos se desprenden directamente de lo afirmado por el Comité y juntos se encuentran íntimamente ligados a la exigencia de que la medida debe tener un propósito legítimo bajo el Pacto. El tercer requisito -la proporcionalidad- puede desprenderse de lo razonable de la medida y fue plasmada en el ámbito de la jurispuden-

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 15, párrafo 13. Además véase *Broeks v. los Países Bajos* CCPR/C/29/D/172/1984 y *Zwaan de Vries v. los Países Bajos* CCPR/C/29/D/182/1984, párrafo 13 común.

cia internacional, por primera vez, por la Corte Europea de Derechos Humanos en 1968 al resolver el caso *Belgian Linguistics*¹⁸.

1.3 Criterios de Diferenciación Objetivos y Razonables.

A pesar de que la gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia internacional han dejado en claro que las diferenciaciones de trato deben ser objetivas y razonables para poder ser consideradas legítimas, resulta difícil encontrar en aquella doctrina y jurisprudencia especificaciones exactas del contenido de estos requisitos. Por lo general la jurisprudencia ha interpretado los términos en su sentido natural y obvio, lo que nos lleva a entender que ambos conceptos abarcan a lo menos dos alcances.

Al exigir que una diferenciación de trato sea objetiva, en primer lugar debemos entender que tal distinción no debe obedecer a apreciaciones que están sujetas a interpretación. Así por ejemplo, la distinción entre mayores y menores de edad es una apreciación objetiva que separa a personas de más de dieciocho años de personas que no han cumplido esa edad. No es el caso de distinciones basadas en, por ejemplo, la estética; tratar en forma distinta a personas que el diferenciador considera feas, no resulta ser objetivo.

Por otro lado, dentro de la objetividad también cabe la exigencia de que se abarque a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato. De este modo, si se exime del servicio militar a un grupo de personas debido a su religión, se entiende que deben ser igualmente eximidas las demás personas que sustentan convicciones pacifistas equiparables.

La exigencia de que la diferenciación de trato sea razonable es algo más difusa. Estamos hablando de situaciones en que existen dos o más personas o grupos que generalmente son consideradas comparables; que haya razones importantes por las que se consideran como iguales en derechos, por ejemplo hombres y mujeres, judíos y árabes, nacionales y extranjeros, etc. Ahora bien, se ha establecido que, a pesar de que la regla general nos indica que estas personas deben ser tratadas igualmente, hay circunstancias particulares anexas que hacen que distinguir entre ellos sea legítimo. Estas circunstancias son las que deben ser razonables; es decir, deben obedecer a consideraciones de lógica y su propósito no debe ser ilícito bajo el orden jurídico en cuestión. Así por ejemplo, en un país en donde el Estado financia escuelas públicas laicas, es razonable que se niegue ayuda financiera a estudiantes que optan por estudiar en escuelas privadas laicas, a pesar de que en principio los niños que atienden ambos establecimientos son iguales ante la ley. Del mismo modo, es razonable que se exija que un candidato a la presidencia de un país sea nacional de ese país, a pesar de la igualdad de derechos de nacionales y extranjeros.

¹⁸ Véase *infra*, Primera Parte, punto 2.2.

Se puede apreciar que el contenido de este elemento es bastante menos definido que el anterior:

“La pregunta de qué es una distinción razonable y relevante debe decidirse en referencia a otros valores en la sociedad que pueden cambiar de tiempo en tiempo”¹⁹.

En todo caso, esta subjetividad en la determinación de lo razonable o no razonable de una distinción no debe entenderse como una manifestación de una especie de relativismo cultural; no es que una política misógina sea más razonable en aquellos lugares donde las mujeres son culturalmente relegadas. Se hace referencia al carácter progresivo del derecho de los derechos humanos y al surgimiento y reconocimiento de la legitimidad de situaciones nuevas. Por ejemplo, hace algún tiempo se entendía que el vocablo “familia” hacía referencia a un grupo de personas ligadas por vínculos de parentesco y organizadas sobre la base de un matrimonio heterosexual. Hoy en día ha perdido fuerza este concepto restringido con la aparición de familias uniparentales, así como familias nucleares donde la pareja base no se encuentra ligada por un vínculo matrimonial, ya sea por opción, ya sea por obligación como es el caso de parejas homosexuales que quisieran contraer matrimonio pero no pueden, debido a normas internas restrictivas. Distinciones en el trato otorgado a familias basadas en la existencia o no de vínculo matrimonial pudieron haber sido consideradas razonables en el pasado pero resultan más cuestionables hoy.

Otro componente del requisito de razonabilidad de una distinción para que sea considerada legítima, es aquella que guarda relación con la necesidad de una relación de proporcionalidad entre la medida distintiva y el propósito perseguido.

El Comité, a pesar de no haber especificado el contenido de la razonabilidad en materia de discriminación, sí interpretó dicho concepto en relación con su exigencia para justificar violaciones al derecho a la intimidad en el caso *Toonen* de 1994²⁰. En el contexto de la injerencia estatal en la vida privada de un hombre homosexual, afirmó que:

“El Comité interpreta que el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso”²¹.

Ahora bien, una gran orientación para la determinación de la razonabilidad de determinadas distinciones ha sido el consenso universal en cuanto a que hay ciertas categorías reconocidas como “sospechosas” para estos efectos. Se trata de criterios de distinción

¹⁹ Mckean, Warwick. “Equality and Discrimination Under International Law” Editorial Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 4. Traducción propia.

²⁰ CCPR/C/50/D/488/1992.

²¹ *Ibidem*, párrafo 8.3.

que son tan generalmente rechazados que resulta muy poco probable que una distinción basada en ellas pueda ser legítima. Se afirma que el rechazo a distinciones fundadas en estas “categorías sospechosas” se ha convertido en norma de *jus cogens* internacional. Hasta el momento el referido consenso se ha centrado en el rechazo a diferenciaciones de trato basadas en la raza, el sexo o la religión de la persona²². De esta manera se puede decir que hay una carga probatoria más pesada para aquellos que pretenden legitimar una medida que implica una desventaja para, por ejemplo, mujeres, africanos o judíos. O sea, *prima facie* hay menos posibilidades de que un tribunal internacional acepte como justificada una distinción basada en un criterio racial que uno basado, por ejemplo, en la profesión del afectado.

Como se verá más adelante, el Comité ha explicitado que, una vez que se demuestre que ha habido una diferenciación de trato, corresponde al Estado demostrar que dicha diferenciación se basa en criterios objetivos y razonables²³. Sin embargo, esta jurisprudencia, por cierto de naturaleza pro-personae se ha visto amenazada por dos dictámenes de 2004 en donde el Comité ha rechazado reclamos de discriminación por considerar que los autores no han logrado probar la falta de objetividad y de razonabilidad de la diferenciación en cuestión²⁴.

1.4 Críticas al Concepto Tradicional de Discriminación.

Las críticas más enérgicas en contra de la forma en que la mayoría de los órganos internacionales (incluido el Comité) ha conceptualizado el problema de la discriminación, han surgido de sectores preocupados de la defensa de los derechos de la mujer. Juristas feministas han llamado la atención de la doctrina hacia la evidente incongruencia que resulta al aplicar a grupos postergados de la sociedad la idea de que las situaciones iguales se deben tratar en forma igual. A su parecer el requerir que estos grupos desaventajados se encuentren en una situación comparable con aquellos que no lo sean es absurdo; afirmar que el pobre está en condiciones de igualdad con el adinerado o que el discapacitado lo está comparado con el que no es discapacitado es una ficción, por cierto cómoda, pero ficción después de todo.

Esta teoría ha cobrado fuerza entre grupos feministas, justamente porque el grupo postergado más numeroso que existe en todas las sociedades del mundo es aquel conformado por mujeres.

“En la mayoría de los países del mundo, si es que la igualdad para mujeres es siquiera reconocida legalmente, se entiende en sentido

²² Bayefsky, *op. cit.* nota 12, p. 19. Sin embargo, hay esfuerzos jurisprudenciales por ampliar dicho listado. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.2.2, Müller y Engelhardt v. Namibia.

²³ Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 7.5, Kavanagh v. Irlanda. Esta postura difiere de aquella adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos, véase en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Nachova and Others v. Bulgaria*, Applications Nos. 43577/98 and 43579/98, sentencia de la Gran Cámara del 6 de Julio de 2005.

²⁴ *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria* CCPR/C/81/D/1160/2003 y *Borzov v. Estonia* CCPR/C/81/D/1136/2002.

aristotélico. Las normas de igualdad requieren que los parecidos sean tratados de la misma manera y permiten que los dispares sean tratados en forma distinta. O sea, la ley de la igualdad es una ley de parecidos y diferencias. Este es un problema para las mujeres porque su realidad social consiste de una negación sistémica de poder, recursos y respeto. Los hombres no experimentan acondicionamiento social extensivo y a largo plazo en subordinación sistémica como lo hacen las mujeres. La mayoría de las veces, la ciudadanía de segunda clase que las mujeres soportan asegura su diferencia de los hombres, entonces no tiene sentido requerir que sean “parecidas” a hombres socialmente aventajados para que tengan derecho a que se les trate igualitariamente. Es más, el modelo parecido/diferencia no permite cuestionamiento acerca de las formas en que la ley ha mantenido y construido la desventaja de las mujeres, ni tampoco permite un examen del grado en que la ley es definida por lo masculino y construido sobre concepciones masculinas de problemas y daños. Dicho en forma simple, no permite la implementación efectiva de derechos de igualdad cuando su infracción surge de circunstancias específicamente femeninas. (...) El modelo parecido/diferencia es una de las razones por las cuales la violación de mujeres en condiciones de guerra nunca ha sido enjuiciada como un crimen de guerra, mientras que la tortura, el genocidio y otros crímenes “de género neutro” lo han sido. (...) Además del problema del comparado masculino, cuando la igualdad se define de acuerdo con el modelo parecido/diferencia, se supone que la igualdad es la regla y que, de vez en cuando, se discrimina en contra de individuos autónomos. No se contempla la desventaja sistémica y persistente”²⁵.

Esta postura se encuadra dentro de una crítica amplia que se ha formulado en contra del enfoque marcadamente masculino que se da al derecho, y en especial al derecho de los derechos humanos, por parte de legisladores e intérpretes. Persiste la idea de que “las normas internacionales en materia de derechos humanos en general (...) no han protegido a las mujeres en contra de las violaciones de sus derechos”²⁶. Un ejemplo de la manera en que se han relegado los derechos humanos de la mujer a un segundo plano es que muchos no consideran a la violencia basada en el género, por ejemplo la violencia intrafamiliar, como tortura aunque se den los presupuestos fácticos de este crimen. La tolerancia por parte del Estado del maltrato físico, psicológico o sexual perpetuado en

²⁵ Mahoney, Kathleen E., “Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts”, en Cook, Rebecca ed. “Human Rights of Women. National and International Perspectives”, University of Pennsylvania Press, Filadelfia 1994, p. 442. Traducción propia.

²⁶ Medina, Cecilia, “Do International Human Rights Laws Protect Women?” en Kerr, Joanna ed. “Ours By Right; Women’s Rights as Human Rights”, North-South Institute, Londres, 1993, p. 79. Traducción propia.

contra de la mujer, el establecimiento de penas rebajadas para los agresores basado en su relación con la víctima y la presión ejercida en contra de ésta para llegar a una conciliación entre las partes, ha sido entendido por algunos como tortura y, por cierto, discriminación. Sin embargo, hasta la fecha, esta interpretación no ha sido aceptada por la mayoría.

Ahora bien, los que toman esta postura en contra de la prueba parecido/diferencia proponen un proceso intelectual alternativo para efectos de determinar si es que las circunstancias particulares de un caso determinado constituyen o no discriminación. Se plantea que el juez debe tomar en cuenta las condiciones reales en que se encuentra la supuesta víctima y la respuesta por parte del Estado ante la desventaja en que se encuentra, si es que tal desventaja existe.

“Si un miembro de un grupo persistentemente desaventajado puede demostrar que una ley, política o comportamiento continúa o empeora dicha desventaja, entonces dicha ley, política o comportamiento es discriminatoria (...) no se requiere de comparación, ni masculina ni otra. La adopción de la prueba de la “desventaja” en lugar de la prueba de “parecido y diferencia” requiere que los jueces vean a las mujeres en la forma en que están ubicadas en el mundo real para poder determinar si es que cualquier abuso sistémico y privación de poder que experimentan las mujeres se debe a su lugar en la jerarquía sexual”²⁷.

1.5 Medidas Especiales.

En abril de 2004, el Comité definió la llamada discriminación indirecta como “...una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas”²⁸. Más tarde el mismo año, completó la definición al decir que “...una discriminación indirecta puede resultar de no tratar situaciones diferentes en forma diferente si los resultados negativos de esto afectan exclusivamente o desproporcionadamente a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica u otra condición social”²⁹. Lo que se intenta ilustrar con este concepto es que muchas veces no basta el tratamiento igualitario para lograr vencer los efectos de la discriminación en nuestra sociedad. Por ejemplo, en términos prácticos no sirve de mucho que el Estado asegure a todos el acceso igualitario a la educación superior si es que la educación primaria y secundaria de ciertos sectores postergados no es de la calidad necesaria como

²⁷ Cook, Rebecca J. refiriéndose a la postura tomada por Mahoney, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, en *op. cit.* nota 25, p. 12. Traducción propia.

²⁸ *Derksen v. los Países Bajos*, CCPR/C/80/D/976/2001, párrafo 9.3.

²⁹ *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria* *op. cit.* nota 24, párrafo 9.4.

para que el alumno apruebe los exámenes de admisión. Igualmente, el decir que las personas con discapacidad deben gozar de las mismas oportunidades laborales que el resto de la población se convierte en letra muerta si es que, por ejemplo, una persona en silla de ruedas no puede pagar el vehículo especial que requiere para trasladarse todos los días a trabajar o si es que la empresa donde puede trabajar una persona sorda no puede o no quiere invertir dinero para capacitar al resto de su personal en lenguaje de señas.

Habiendo ya establecido que no todas las diferencias de trato constituyen discriminación, hay que añadir ahora que hay casos en que el otorgar tratamiento distinto preferencial a diversos grupos poblacionales desaventajados, resulta necesario para paliar las circunstancias que los mantienen en esa situación.

De acuerdo con el profesor Zalaquett, un principio general de nuestra organización social es que, dentro de un Estado de derecho, cada cual debe valerse por sí mismo en la medida de lo posible, para lo cual se asegura a todos un conjunto de herramientas mínimas, fruto de la llamada solidaridad social, consistentes en, por ejemplo, una buena educación, cobertura de salud adecuada, derechos laborales y prestaciones de seguridad social. Sin embargo, a pesar de este piso mínimo establecido para todos, algunas personas permanecen en una situación de desventaja con respecto a los demás ya sea debido a razones objetivas (por ejemplo, personas con discapacidad), una fase de vida (por ejemplo, niños y niñas, adultos mayores), razones histórico-culturales (por ejemplo, mujeres, indígenas), razones de pobreza endémica o una combinación de cualquiera de estas situaciones³⁰.

El principio de igualdad exige, respecto de las personas que se encuentran en desventaja por estas razones, un esfuerzo especial por parte del Estado para superar la situación de marginación o exclusión en la que se encuentran respecto del goce de sus derechos. Esto, que es una aplicación del principio que exige que los iguales sean tratados de forma igual y que los desiguales sean tratados de forma desigual, se logra a través de medidas especiales.

En el ámbito jurídico internacional, ya en 1958 el Convenio N°111 de la OIT eximía del concepto de discriminación a aquellas “medidas especiales destinadas a satisfacer las medidas particulares de las personas que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.”³¹ Sin embargo, no fue hasta el año 1965, con la adopción de la CERD, que las Naciones Unidas fue escenario de la aprobación de una norma internacional que estableciera que estas medidas no sólo debían ser toleradas sino que llegaban a ser necesarias. Sus artículos 1.4 y 2.2 establecieron que:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas

³⁰ Zalaquett, José, entrevista personal, 26 de agosto de 2003.

³¹ Convenio N°111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), artículo 5.2, OIT, 25 de junio de 1958. www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm consultado el 25 de mayo de 2006.

personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”³².

“Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Estas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”³³.

Por su lado, en 1979, el artículo 4.1 de la CEDAW estableció que:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”³⁴.

A partir de estas normas Bayefsky dedujo que los requisitos del tratamiento diferente preferencial para que sea considerado no sólo como no discriminatorio, sino que además como medida especial, serían:

1. Que el propósito de la medida sea asegurar el avance del grupo o persona para efectos de asegurar el igual disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, o sea, el aceleramiento de la igualdad *de facto*.
2. Que la medida tenga carácter temporal.
3. Que la medida cese en cuanto se logre el objetivo que lo justificó.

³² Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1.4, Naciones Unidas, 21 de diciembre de 1965. www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm consultado el 25 de mayo de 2006.

³³ *Ibidem*, artículo 2.2.

³⁴ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4.1, Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979. www.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm consultado el 25 de mayo de 2006.

4. Que la aplicación de la medida no resulte en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados³⁵.

La mal denominada “discriminación positiva” (son términos contradictorios e incompatibles), implementada por gobiernos a través de programas de “acción afirmativa”, ha sido tal vez el aspecto más controvertido del principio de no discriminación. Ejemplos históricos que han provocado gran oposición dentro de sectores más aventajados han sido el establecimiento de cuotas necesarias de mujeres, discapacitados, personas de minorías raciales, etc., dentro de la fuerza laboral de empresas o en cargos públicos; la fijación de estándares de ingreso a las universidades distintos para mujeres, personas de minorías raciales o étnicas, etc. Los argumentos en contra de la acción afirmativa vienen de los sectores que sienten o creen que pierden oportunidades en favor de personas que, en el papel, resultan ser menos calificadas o aptas para ellas. A nivel básico, el argumento resulta entendible, más aún si se considera junto con una preocupación por el desmoronamiento de la meritocracia y la mediocrización de la clase profesional; sin embargo, esto no se ha comprobado y se debe comprender que el vencimiento de la discriminación pasa por más que una sola declaración de principios. Para verdaderamente superar los viejos estereotipos sociales y dejar atrás inequidades aparentemente arraigadas en nuestra forma de vivir en sociedad, es necesario asegurar que la igualdad de oportunidades que ofrecemos sea efectiva y no sólo una pantalla, aun si eso significa postergar momentáneamente a aquellos que nunca han sufrido esa postergación. Por otro lado las sociedades se benefician con la diversificación de sus profesionales; muchas veces las desigualdades no son rectificadas debido a que los que toman las decisiones no las perciben; se podría argumentar, por ejemplo, que mientras más mujeres haya en el congreso, mejor será la sensibilidad de ese órgano en cuanto a la problemática de género.

Las cláusulas de no discriminación contenidas en el Pacto no hacen referencia explícita a medidas especiales, pero el Comité, siguiendo el ejemplo del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁶, los ha interpretado en el sentido de requerir dichas medidas cuando se dan sus presupuestos de legitimidad:

“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. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trata un cierto trato preferencial

³⁵ Bayefsky, *op. cit.* nota 12, p. 27.

³⁶ Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, “Recomendación General N°5: Medidas Especiales Temporales”, Naciones Unidas, 4 de marzo de 1988.

en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.”³⁷

Como veremos más adelante, en dictámenes sobre comunicaciones individuales, en varias oportunidades el Comité ha rechazado reclamos que buscaban impugnar la aplicación de medidas especiales, de este modo, validando el actuar del Estado³⁸.

2. Jurisprudencia Internacional Clave

2.1 Los casos del Sudoeste Africano (Segunda Fase) de la Corte Internacional de Justicia, 1966³⁹

Los casos del Sudoeste Africano se refieren a dos demandas en contra de la República de Sudáfrica interpuestas en la Corte Internacional de Justicia por el Imperio de Etiopía y la República de Liberia en 1960. Los demandantes intentaban lograr la condena de un tribunal internacional a la práctica del apartheid en Sudáfrica y su estrategia para lograr ese fin fue plantear ante la Corte que las obligaciones contraídas por el Estado demandado, bajo la Convención de la Liga de las Naciones, seguían vigentes pese a la desaparición de dicho organismo internacional.

Se trataba de establecer si es que aún existía el llamado Mandato sobre el Sudoeste Africano establecido bajo el Art. 22 de la Convención de la Liga de las Naciones y las consiguientes obligaciones de la República de Sudáfrica en su calidad de Mandataria de la Liga. El antes mencionado artículo hablaba del “fideicomiso sagrado de la civilización” y establecía un sistema de mandatos por medio de los cuales “naciones avanzadas” se encargaban de tutelar el bienestar y el desarrollo de aquellos pueblos que “aún no eran capaces de erguirse por sí solos”. Los demandantes postulaban que subsistía la obligación de Sudáfrica para con sus habitantes de cumplir con el artículo 22, en nombre de la Liga, y que la práctica del apartheid era una flagrante violación de este mandato, específicamente de su obligación de promover al máximo el bienestar material y moral y el progreso social de los habitantes del territorio, entre otras.

“El demandado, mediante leyes y reglamentos, y métodos y medidas oficiales, que son expuestos en las peticiones siguientes, ha practicado el apartheid, o sea ha distinguido por raza, color, origen nacional o tribal en el establecimiento de derechos y obligaciones de los habitantes del Territorio; que dicha práctica es una violación de sus obligaciones contenidas en el Artículo 2 del Mandato y el Artículo 22 de

³⁷ Comité de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 15, párrafo 10.

³⁸ Ver *infra*, Segunda Parte, Capítulo Tercero.

³⁹ Casos del Sudoeste Africano (segunda fase), Corte Internacional de Justicia, Rep. 1966.

la Convención de la Liga de las Naciones; y que el demandado tiene el deber de cesar inmediatamente la práctica del apartheid en el Territorio”⁴⁰.

La Corte nunca llegó a fallar sobre el fondo del asunto, pues su sentencia de 1966 desestimó que los demandantes tenían un derecho legal o un interés en la materia y por ende rechazó sus peticiones. Vale la pena notar que la votación de la Corte fue de siete votos a favor y siete en contra, siendo el voto del Presidente, Sir Percy Spender, el decisivo. Los siete jueces que votaron en contra adjuntaron opiniones individuales disidentes pero, de todos ellos, fue la exposición del Juez Tanaka la que estableció uno de los antecedentes más importantes en la jurisprudencia internacional sobre discriminación.

La defensa sudafricana a los argumentos de los demandantes fue hacer equivalente el apartheid a otras prácticas diferenciadoras como por ejemplo tener baños públicos diferentes para hombres y mujeres. Ante esto el Juez Tanaka afirmó:

“El principio de igualdad no significa igualdad absoluta, sino que reconoce la igualdad relativa, es decir un trato distinto proporcional a circunstancias individuales concretas. El trato distinto no debe ser arbitrario; requiere razonabilidad, o debe ser conforme con la justicia, así como el trato a las minorías, el distinto trato de los sexos en materia de baños públicos, etc. En estos casos, el propósito de la distinción es la protección de aquellos involucrados, y no es perjudicial y por ende no va en contra de su voluntad”⁴¹.

El Juez estableció la razonabilidad como elemento determinante a la hora de hablar de una diferenciación de trato permitida y por consiguiente la falta de razonabilidad como propio de la diferenciación discriminatoria. Con esta base establecida, dejó en claro la pertenencia del criterio racial al grupo de criterios sospechosos: “La igualdad siendo un principio, y el trato diferente una excepción, aquellos que se refieren al trato diferente deben probar su *raison d’être* y su razonabilidad”⁴². Según Tanaka, cualquier distinción hecha sobre la base de la raza es contraria al principio de la igualdad”⁴³.

Luego, en cuanto a la irrelevancia de la intención discriminatoria:

“Consecuentemente, la práctica del apartheid es fundamentalmente no razonable e injusta. La no razonabilidad y la injusticia no dependen de la intención o motivo del Mandatario, es decir su *mala fides*”⁴⁴.

⁴⁰ Presentaciones finales de los demandantes. CR 65/35, p. 69. Citado por McKean, *op. cit.* nota 19, p. 258. Traducción propia.

⁴¹ Opinión Disidente del Juez Tanaka, CIJ, *op. cit.* nota 39, p. 313, citado por McKean, *op. cit.* nota 19, p. 262. Traducción propia.

⁴² *Ibidem*, p. 307, citado por McKean, *op. cit.* nota 19, p. 260. Traducción propia.

⁴³ *Ibidem*, p. 314, citado por McKean, *op. cit.* nota 19, p. 261. Traducción propia.

⁴⁴ *Ibidem*, citado por Bayefsky, *op. cit.* nota 12, p. 68. Traducción propia.

Tanaka, entonces, al basar su rechazo a la práctica sudafricana del apartheid en lo no razonable y lo injusto de la distinción hecha por motivos de raza, dejó en claro que el trato diferente no era necesariamente discriminatorio, siempre que tal distinción fuera justa y razonable. Incluso fue más allá al afirmar que en determinados casos, una diferenciación en el trato podía llegar a ser necesaria.

“Tratar de igual manera a materias distintas de un modo mecánico sería tan injusto como tratar materias iguales en forma diferente”⁴⁵.

De esta manera pudo afirmar que el principio de igualdad, y el consiguiente principio de la no discriminación, obligaban al Estado Sudafricano a asegurar el igual goce de derechos a todos los habitantes de la república, sin distinción de raza, y a la vez a tomar las medidas necesarias para proteger las necesidades de las minorías que, sin la intervención estatal, difícilmente podían ver satisfechas sus necesidades ante el dominio de los grupos más poderosos. En este sentido, el juez subrayó la legitimidad de adoptar medidas especiales para lograr la eliminación de desigualdades *de facto*, siempre y cuando estas medidas no fueran impuestas contra la voluntad de aquellos a quienes debían proteger y tuvieran carácter temporal.

“En razón de la protección de la minoría esta protección no puede ser impuesta sobre miembros de grupos minoritarios, y consecuentemente ellos tienen la opción de aceptarla o no”⁴⁶.

En resumen, la opinión individual del Juez Tanaka en este caso, a pesar de no influir en el resultado del litigio, constituyó un hito a nivel internacional porque, además de contener un enérgico rechazo al apartheid, fue uno de los primeros pronunciamientos de tribunales del sistema universal en los que se plasmó el principio de que el trato diferente debe ser razonable y justo para no ser considerado discriminación. Se debe subrayar, además, el respaldo a las medidas especiales, aplicable al caso sudafricano y que aparecieron respaldadas internacionalmente sólo un año antes en el artículo 1, inciso 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas.

2.2 El “Caso Relativo a Ciertos Aspectos de las Leyes Referentes al Uso de Idiomas en la Educación en Bélgica” de la Corte Europea de Derechos Humanos, 1968⁴⁷

Un año después de la sentencia relativa a los casos del Sudoeste Africano, la Corte Europea de Derechos Humanos fue llamada a resolver su primer gran caso relativo a la

⁴⁵ *Ibidem*, p. 305, citado por McKean, *op. cit.* nota 19, p. 263. Traducción propia.

⁴⁶ Gómez y Figueroa, *op. cit.* nota 11, p. 78.

⁴⁷ Corte Europea de Derechos Humanos. “Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” Eur. Court H.R. Series A. Vol. 6, Decisión de 23 de Julio de 1968. También conocido como el caso *Belgian Linguistics*.

discriminación. El requerimiento fue presentado en contra del Reino de Bélgica por los padres de más de ochocientos niños cuya lengua materna era el francés, pero que eran educados en holandés debido a que sus familias vivían en regiones en donde la ley establecía que el idioma oficial, para efectos de la educación, era precisamente el holandés.

El problema de los efectos de la elección de idiomas oficiales es común tanto en Europa como en las antiguas colonias europeas⁴⁸. En aquella se trató de unificar varios pueblos de idiomas diversos en un mismo territorio estatal; en éstas, colonizadores impusieron su idioma sobre una población resistente que siguió cultivando su lengua en ámbitos no oficiales.

El Reino de Bélgica agrupa tres distintos pueblos idiomáticos: belgas que hablan francés, alemán, y holandés. Históricamente el país vio una prevalencia del idioma francés, en desmedro de los grupos poblacionales que hablaban otro idioma, razón por la cual el Estado buscó maneras de fortalecer a las minorías lingüísticas a través de legislación diseñada para protegerlas de una posible asimilación a los grupos francoparlantes. El gobierno, para fines educacionales y reconociendo que el rendimiento escolar se potencia cuando se enseña en la lengua de origen del niño o la niña, dividió el país en distritos en donde la educación estatal se impartía en un idioma determinado, la de la mayoría de los habitantes de ese distrito. En el presente caso, los hijos de los demandantes vivían en un distrito en donde la educación secundaria se impartía en holandés y, siendo francoparlantes, si no deseaban ser educados en holandés, sus opciones se limitaban a viajar distancias considerables para estudiar en escuelas públicas del distrito francoparlante o bien estudiar en escuelas privadas de su distrito, que no recibían subsidio estatal y cuyos certificados de egreso no eran homologados por el Estado.

Los demandantes alegaron violaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de noviembre de 1950, específicamente de los artículos 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 14 (derecho a la no discriminación)⁴⁹, y del Protocolo N°1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que asegura ciertos derechos y libertades además de aquellos ya incluidos en la Convención, específicamente de su artículo 2 (derecho a la educación).

Según los padres de los niños y las niñas afectados, las violaciones de estos artículos eran causadas por las siguientes acciones u omisiones del Estado Parte:

- No se impartía educación francoparlante en las municipalidades donde vivían o tal educación era deficiente.

⁴⁸ Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 3.1, en especial *Bretones v. Francia* y *Diergaardt v. Namibia*.

⁴⁹ El artículo 14 del Convenio Europeo establece: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación."

- El Estado negaba subsidios a cualquier establecimiento educativo del distrito que no cumpliera con las normas lingüísticas contenidas en la legislación referente a educación.
- El Estado se negaba a homologar los certificados de egreso otorgados por dichas instituciones.
- El Estado no permitía a los hijos de los demandantes asistir a clases de francés impartidas en ciertos lugares.
- El Estado por ende obligaba a los padres a inscribir a sus hijos en escuelas locales o a enviarlos a otros distritos en donde podían estudiar en francés⁵⁰.

Los padres de los niños afectados alegaron que, dado que la educación primaria es obligatoria en Bélgica, el tratamiento a que eran sujetos constituía discriminación prohibida por el Convenio Europeo, específicamente discriminación por razones de idioma y por medios económicos (debido a que no podían pagar educación privada para sus hijos ni enviarlos a estudiar a distritos francoparlantes).

Tema central de los argumentos tanto de los demandantes y el Estado Parte como de la Comisión Europea de Derechos Humanos fue qué se debía entender por discriminación⁵¹, cuestión que finalmente zanjó la Corte Europea al establecer su interpretación del artículo 14 de la siguiente manera:

“A pesar de la formulación muy general de su versión francesa *“sans distinction aucune”* (sin distinción alguna), el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe leerse a la luz del texto, más restringido, de la versión inglesa *“without discrimination”* (sin discriminación). Además, y sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, la interpretación extensiva arriba citada no puede adoptarse.

⁵⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 47, exposición de hechos, párrafo 3.

⁵¹ Es preocupante notar que la Comisión, autoridad en materia de Derechos Humanos, afirmó que: un Estado no discrimina si se limita a conferir una “ventaja”, un “privilegio” o un “favor” a un grupo particular o individuo y lo niega a otros. La posible discriminación surge sólo si la diferencia de trato en efecto se traduce en una “privación” impuesta a ciertas personas. Además, es necesario que la llamada “privación” no se justifique por “consideraciones basadas en el bien común” y, en especial, por “necesidades administrativas o económicas”. *Ibidem*, Análisis de La Ley, párrafo 4.

“Importa, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el artículo 14. A este respecto, el Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, considera que la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

“Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada. Al proceder así, no ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio. El control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio”⁵².

Ante la pregunta de si la negativa del Estado a establecer o a subsidiar escuelas que no cumplieran con la legislación lingüística vigente violaba en alguna manera lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Europeo (en conjunto con el artículo 8 o el artículo 2 de su Protocolo Nº1), la Corte Europea (así como la Comisión Europea) determinó que no existía tal violación porque:

“El artículo 14 [...] no prohíbe diferencias de trato que se basan en una evaluación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente distintas y que, fundándose en el interés público, logran un equilibrio justo entre la protección de los intereses de la comunidad y el respeto a los derechos y libertades resguardadas por la Convención”⁵³.

Se estimó que la medida era basada en el hecho objetivo que era la composición poblacional de la región y que su objetivo era compatible con el interés público, por

⁵² *Ibidem*, Interpretación de la Corte, párrafo 10. Traducción propia.

⁵³ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 7. Traducción propia.

cuanto perseguía que la educación de la región unilingüe se impartiera en el idioma de esa región.

La Corte usó el mismo razonamiento para estimar que el retiro de subsidios estatales a escuelas que no cumplían con la legislación lingüística tampoco constituía una violación al artículo 14, aunque sí fue una medida dura (“*a harsh measure*”)⁵⁴. Esta opinión iba en contra de lo expuesto por la Comisión en esta materia, la mayoría de los integrantes de la cual estimaron que hubo discriminación y que la medida constituía un castigo⁵⁵.

Tampoco la Corte encontró discriminación en la situación particular de un distrito belga (aledaño a la capital) en donde, debido a la masiva llegada de francoparlantes provenientes de Bruselas, se había establecido un sistema bilingüe (holandés/francés) para asuntos administrativos y en donde se podía impartir educación en francés, siempre y cuando fuera la lengua de origen o usual del niño o la niña y siempre que se estudiara en profundidad el idioma holandés, siendo que para los niños y niñas educados en holandés no existía la obligación de estudiar el francés al mismo nivel de profundidad⁵⁶.

En este distrito, y en cinco otros, todos aledaños a Bruselas, las escuelas que impartían clases en francés eran abiertas solamente a niños y niñas provenientes de familias que vivían en esas zonas y por ende prohibían la inscripción de niños cuyas familias vivían en, por ejemplo, distritos donde el idioma oficial era el holandés. En cambio, las escuelas de estos distritos que impartían educación en holandés eran abiertas a niños y niñas de todo el país. En este punto, el tribunal encontró una violación del artículo 14 de la Convención en conjunto con el artículo 2 del Protocolo N°1, ya que la condición de residencia en la zona no obedecía a razones administrativas o financieras sino que se basaba exclusivamente en el idioma. Además, se encontró que esta medida no guardaba proporción con el propósito de la legislación y por ende resultaba discriminatoria⁵⁷.

Distinto fue el caso de ciertas escuelas ubicadas en distritos holandeses a las que se le permitió continuar con la educación en francés, limitando el acceso a sólo cierta categoría de niñas y niños; los que habían estudiado allí el año anterior, los hijos de funcionarios y estudiantes de una universidad bilingüe cercana, los hijos extranjeros de funcionarios de organizaciones internacionales y, los hijos de belgas francoparlantes si es que el jefe de familia vivía fuera del distrito holandés. Se daba el absurdo entonces de la existencia de una escuela francoparlante que no era abierta a niños francoparlantes de la zona en donde se ubicaba dicho establecimiento. Los padres de los niños excluidos afirmaron que eran objetos de discriminación no sólo por idioma sino que también por razones de sexo (una de las escuelas en cuestión sólo impartía clases a niñas), nacionalidad, profesión y pertenencia a minoría nacional o lingüística. Sin embargo, la Corte desestimó

⁵⁴ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 13.10.

⁵⁵ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 12.2.

⁵⁶ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafos 19.5, 19.6 y 19.7.

⁵⁷ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafos 19.8.

estas afirmaciones diciendo que la existencia del acceso restringido a estas clases francesas se justificaba ya sea para mantener el carácter bilingüe de la universidad, ya sea por cortesía internacional.

Desde mi punto de vista, las justificaciones aludidas resultan ilusorias cuando se toma en cuenta que una de las escuelas en cuestión era una escuela de niñas. En relación con este caso en particular, es lógico suponer que los profesores de la universidad y los funcionarios internacionales tenían hijos francoparlantes además de hijas francoparlantes, y si la excepción a la regla general lingüística se justificaba para las niñas, no se ve por qué los niños debían estudiar en holandés.

Otro tema polémico fue el hecho de que en la legislación vigente, dentro del distrito mayor de Bruselas, lugar donde debían viajar para estudiar en francés muchos de los niños afectados, existía una presunción que establecía que a la hora de inscribir en un colegio a un niño proveniente de afuera del distrito, se entendería que sería educado en el idioma propio de la región de donde provenía, salvo declaración en contra del jefe de la familia, avalada por la Inspectoría de Idiomas. La referida declaración debía establecer que el idioma materno o usual del niño era aquel en que se deseaba que el niño fuere educado. Esto fue objetado por los demandantes, debido a que la presunción no se aplicaba sólo si se probaba la existencia de un hecho, no bastando la mera expresión del deseo de los padres ya que sólo podían ser educados en francés los niños provenientes de familias francoparlantes, y no los niños cuyas familias querían que fueran educados en francés. Esto llegaba a ser problemático, en especial para familias compuestas por personas de diversos grupos lingüísticos⁵⁸.

Este tema plantea interrogantes sumamente interesantes en materia de discriminación, pero lamentablemente no fue resuelto por la Corte debido a que se dictaminó, correctamente, que el caso hipotético descrito no se ajustaba a los hechos, ya que todos los reclamantes eran francoparlantes que deseaban que sus hijos fueran educados en francés y por ende, no eran víctimas⁵⁹.

El último tema que debió resolver la Corte fue aquel relativo a la legitimidad o ilegitimidad de la negativa absoluta del Estado belga a homologar los certificados de egreso emanados de escuelas que no cumplían con las normas de la legislación lingüística vigente.

Resultaba que, al final de cada año escolar, el establecimiento educacional debía entregar un certificado que establecía que el alumno había completado los estudios correspondientes a ese nivel. De la misma manera, al terminar la educación secundaria se entregaba un certificado de egreso que debía ser homologado por una comisión nacional para que produjera efectos legales. El más importante de estos efectos legales era la posibilidad de acceder a la educación superior universitaria. Aquellos que no poseían un

⁵⁸ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 22.1.

⁵⁹ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafos 25.4.

certificado homologado podían estudiar ciertas materias universitarias y obtener un “título universitario no reconocido”, pero no uno “legalmente reconocido”, cuestión que cobra mayor importancia cuando se toma en cuenta que ciertas profesiones, como por ejemplo la de abogado o médico, exigían la tenencia de títulos legalmente reconocidos.

Los alumnos cuyos certificados de egreso no eran homologados podían acceder a carreras universitarias con títulos legalmente reconocidos sólo si aprobaban un examen impartido por una Comisión Central que cubría todas las materias que debían ser cubiertas en la educación secundaria oficial, examen que debía ser pagado por el postulante.

El sistema en cuestión es relevante aquí por cuanto una de las razones por las cuales el Estado negaba la homologación de certificados era que el establecimiento educacional no cumpliera con las normas lingüísticas vigentes. Por ende los demandantes no tenían una real opción de educar a sus hijos en escuelas privadas francoparlantes dentro de su distrito, ya que tenían la certeza de que sus certificados de egreso no serían homologados por el Estado, truncando así sus posibilidades de acceder a la educación universitaria de su elección.

Luego de la enérgica y a ratos desvergonzada defensa del Estado Parte⁶⁰ y una convincente condena de la medida por parte de la Comisión como discriminatoria, la Corte encontró que la medida en cuestión no infringía el artículo 14. La razón detrás de esta conclusión la encontró el tribunal en el hecho de que las escuelas que otorgaban certificados no homologables, no estaban sujetas a supervisión estatal y que las que otorgaban certificados sí lo estaban. Por ende, hubo trato desigual otorgado a dos situaciones desiguales⁶¹.

Habiendo encontrado una finalidad legítima a la medida y cierta proporcionalidad, la Corte estimó que no se trataba de un actuar generalmente discriminatorio. Sí reconoció que en ciertos casos determinados se podía llegar a infringir el derecho a la educación en condiciones igualitarias, pero que en este caso no se había comprobado que los hijos de los demandantes se encontraban precisamente en esas circunstancias⁶².

Me parecen más ajustadas a los objetivos del Convenio Europeo las conclusiones que en este punto expuso la Comisión en cuanto a que la educación ya no era un fin en sí mismo y que “el derecho a la educación sería una mera ilusión si no incluyera el derecho a obtener los beneficios completos de esa educación”⁶³. La Comisión encontró que se negaba la homologación solamente sobre la base del idioma en que se estudió en conjunto con el lugar donde se estudió y llamó la atención al hecho de que dos alumnos

⁶⁰ El Estado llegó a afirmar que los efectos de la medida no eran de mayor gravedad debido a que la mayoría de los alumnos de escuelas cuyos certificados no eran homologados eran niñas cuyos padres deseaban que “estuvieran ocupadas” “desde la edad de doce años hasta la edad de dieciocho años” “en labores decentes y apropiadas” y que por ende “no necesitaban diploma alguno”. *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 40.3.

⁶¹ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 42.8.

⁶² *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafos 42.9, 42.11 y 42.12.

⁶³ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafo 41.8.

provenientes de regiones lingüísticas distintas podían recibir idéntica instrucción en francés, pero que sólo el que estudió en la región francesa podía acceder a los beneficios de un certificado homologado. En ojos de la Comisión, esto constituía discriminación⁶⁴.

La conclusión a la que llegó la Corte en esta materia es, en opinión de la autora, solo parcialmente acertada ya que es cierto que se trata de dos situaciones desiguales, pero tal desigualdad provino precisamente de la implementación de la legislación impugnada en este proceso. Vale decir, la razón por la cual las escuelas francesas no eran supervisadas, era precisa y únicamente porque impartían educación en francés, lengua que, a pesar de no ser el idioma educativo regional, era una de las lenguas oficiales del Reino de Bélgica.

A modo de conclusión, el caso *Belgian Linguistics* ilustra el esfuerzo de un Estado para proteger una minoría lingüística a través de una legislación que impone ventajas que ciertamente pueden ser calificadas como medidas especiales. Ahora bien, una vez reconocida la legitimidad del objetivo de esta legislación (evitar la asimilación de la minoría en cuestión) habría que preguntarse si es que los medios empleados son necesarios para lograr esa finalidad y proporcionales al daño que se busca reparar. Aquí el Estado optó por un régimen lingüístico territorial para asegurar que la población francoparlante no arrollara a las minorías y en ese contexto es posible (no sin serias dudas) justificar la ausencia de escuelas públicas francesas, siempre y cuando se permita la existencia de escuelas privadas francoparlantes. Ahora bien, menos convincente resulta ser el retiro de subsidios a escuelas privadas francesas, ya que impone un gravamen económico a familias únicamente en razón de su idioma. La negativa a supervisar y a homologar los certificados de egreso de estas instituciones privadas parece ser más dudosa aún, dado que esta medida no beneficia a la minoría lingüística protegida sino que sólo impone una desventaja seria a niños y niñas que desean preservar su lengua de origen.

El gran interés que despierta este fallo no se centra en lo resuelto para el caso particular, sino en la interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo y en el desglose de los requisitos de las diferencias de trato justificadas. No sólo se reafirmó lo expresado por Tanaka en cuanto a la prueba de lo razonable, sino que se amplió y detalló la lista de exigencias que debían cumplirse para entender que la diferenciación impugnada no violaba el principio de no discriminación, a saber:

- Un propósito legítimo;
- Una justificación objetiva y razonable;
- Proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad buscada;

Para determinar lo anterior, la Corte exigió tomar en cuenta las circunstancias de hecho y derecho características de la sociedad existente en el Estado Parte y el carácter subsidiario del control internacional⁶⁵.

⁶⁴ *Ibidem*, Las Seis Preguntas Hechas a la Corte, párrafos 41.6 y 41.7.

⁶⁵ *Ibidem*, Interpretación de la Corte, párrafo 10.

2.3 Opinión Consultiva “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984⁶⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”) fue llamada a pronunciarse sobre la discriminación en 1984, luego de una solicitud de opinión consultiva formulada por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica en 1983. En esa época, y debido al incremento agudo y prolongado de inmigración a Costa Rica, especialmente proveniente de los demás países centroamericanos⁶⁷, escenarios de fuertes conflictos internos y economías muy deprimidas, el poder legislativo costarricense estudiaba una reforma constitucional que haría más exigente la normativa referente a la naturalización de extranjeros, por ende restringiendo fuertemente las posibilidades de acceder a la nacionalidad costarricense.

Las normas sujetas a reforma eran aquellas contenidas en los artículos 14 y 15 de la Constitución costarricense que establecían que eran costarricenses por naturalización: los que habían adquirido esta calidad en virtud de leyes anteriores; los nacionales de los otros países de Centro América, de buena conducta y con un año de residencia en la República por lo menos, que manifestaran ante el Registro Civil su decisión de ser costarricenses; los españoles o iberoamericanos por nacimiento que obtuvieran la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hubieran tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud; los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo fueran por nacimiento y los demás extranjeros que habían estado domiciliados en Costa Rica por el término mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indicaba la ley; la mujer extranjera que al casar con costarricense perdía su nacionalidad, o que manifestara su deseo de ser costarricense, y los que recibían la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

Además, el artículo 15 exigía al postulante a la naturalización acreditar su buena conducta, demostrar que tenía oficio o medio de vivir conocido y prometer que residiría en la República de modo regular⁶⁸.

La Comisión Especial de la Asamblea Legislativa que estudiaba la materia, sometió a la Corte Interamericana el proyecto de reforma y, consciente de los posibles conflictos con la Convención Americana de Derechos Humanos, le solicitó su opinión respecto de la compatibilidad de las propuestas con dicho tratado.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.” Reproducida en “Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1984”, OEA/Ser.LV/III.10, Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 15 de agosto, 1984.

⁶⁷ Véase Skidmore, Thomas y Smith, Peter, “Modern Latin America”, tercera edición, Oxford University Press, Nueva York, 1989, pp. 316-318.

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 66, párrafo 7.

La propuesta de reforma específica era la siguiente:

“Artículo 14.- Son costarricenses por naturalización:

- 1) Los que han adquirido esa calidad en virtud de leyes anteriores;
- 2) Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
- 3) Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente por un término mínimo de siete años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley;
- 4) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad; y
- 5) Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

“Artículo 15.- Quien solicite naturalizarse debe acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. Se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores, debiendo, asimismo, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República.

“Por medio de ley se establecerá los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización”⁶⁹.

Como se puede apreciar, la reforma propuesta por un lado equiparaba a los españoles e iberoamericanos por nacimiento con los centroamericanos por nacimiento y por otro los españoles e iberoamericanos por naturalización y demás extranjeros con los centroamericanos por naturalización. Además, aumentaba en forma drástica los plazos de residencia oficial exigidos para todos ellos, introduciendo este requisito para la cónyuge de un costarricense. En el artículo 15 se introducían nuevas exigencias lingüísticas y educacionales en reemplazo de la anterior definición de “domicilio”, estableciéndose asimismo juramentos de lealtad y buena conducta.

Un grupo de legisladores, anticipándose a la previsible crítica de la Corte Interamericana al artículo 14.4 de la reforma propuesta, anexó su alternativa a ese inciso, a fin de eliminar la evidente discriminación por razón de sexo allí contenida, en los siguientes términos:

“...MOCIÓN DE REFORMA al inciso 4 del artículo 14 de la Constitución que presentan los diputados dictaminadores:

⁶⁹ *Ibidem.*

La persona extranjera que al casarse con costarricense pierda su nacionalidad y luego de estar casada dos años con costarricense y de residir durante ese mismo período en el país, manifiesta su deseo de adquirir la nacionalidad del cónyuge⁷⁰.

La consulta concreta de los legisladores en este caso se refería a la compatibilidad de las reformas propuesta con el Pacto de San José de Costa Rica en tres aspectos: la protección a la familia (art. 17), el derecho a la nacionalidad (art. 20) y, la igualdad ante la ley (art. 24). En este análisis, sólo se verá lo concerniente al último punto.

Debido a que esta era la primera vez en que la Corte Interamericana trataba el tema de la igualdad, los jueces consideraron apropiado dejar en claro su noción del concepto, su fundamento y consecuencias:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza⁷¹.”

Habiendo ubicado el origen de la igualdad en la naturaleza y dignidad humana, postura muy propia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷², la Corte dio un paso importantísimo en la consolidación de la jurisprudencia internacional al adoptar lo expuesto por la Corte Europea en cuanto a la prueba de lo objetivo y lo razonable, en el contexto del caso *Belgian Linguistics*⁷³.

“Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discrimi-

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo 55.

⁷² Véase Gros Espiel, Héctor, “La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano”, en “Revista IIDH, Número Especial en Conmemoración del Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1989, pp. 56-57.

⁷³ Véase *supra*, Primera Parte, punto 2.2.

natoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” (Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34). Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁷⁴.

Sobre la base de estas consideraciones, y luego de reconocer el derecho soberano de la República de Costa Rica a decidir los criterios según los cuales otorgará su nacionalidad a extranjeros, la Corte identificó los siguientes conflictos a analizar en cuanto al principio de no discriminación: el trato preferencial dado a centroamericanos, españoles e iberoamericanos por sobre los demás extranjeros; el trato preferencial dado a las personas con dichas nacionalidades por nacimiento por sobre los naturalizados; la exigencia de pruebas de lengua e historia para la naturalización y; el trato preferencial de la cónyuge extranjera mujer por sobre el hombre.

En el primer caso la Corte estimó que, para los efectos de la naturalización, la distinción entre centroamericanos, españoles e iberoamericanos, por un lado, y los demás extranjeros por otro lado, podía ser considerado como objetivo y razonable dado los “lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar”⁷⁵.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 66, párrafos 56 y 57.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 60.

La opinión consultiva en cuestión considera que esta distinción, basada en el origen nacional del postulante, es justificable dentro del contexto de América Central de la época pero, en mi opinión, hay dos aspectos adicionales a considerar. En primer lugar, la Corte ha supuesto la uniformidad cultural y espiritual del país (al parecer como hispanoparlante y católica) supuesto que no es efectivo cuando se considera la población indígena de la zona y la población angloparlante de origen africano y jamaicano que habita la zona norte del país⁷⁶. Ni el texto vigente de la constitución, ni la reforma hacen mención de trato preferencial para africanos ni angloparlantes, lo que hace pensar que el Estado no habría querido incentivar la inmigración de este grupo poblacional, por cierto minoritario.

En segundo lugar, reconociendo que en la época referida la mayor parte del resto de América Latina era más foco de emigración que de inmigración y que por ende se podría concluir que el grueso de los postulantes a la naturalización en Costa Rica eran efectivamente españoles e iberoamericanos, la autora se pregunta si es que este trato diferencial se podría justificar tratándose de un país más cosmopolita. Es decir, ¿el razonamiento de la Corte se podría aplicar a, por ejemplo, un país europeo que favoreciera la naturalización de arios por sobre árabes debido a mayores lazos históricos, culturales y espirituales? Por cierto, la evaluación de lo objetivo y lo razonable es un ejercicio que ha de llevarse a cabo tomando en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, pero habrá que preguntarse si es que la calidad de categoría sospechosa que tiene la diferenciación por raza se podría extender a origen nacional en casos en que se agrupan la totalidad de países con predominancia de una raza en particular, para favorecerlas. En el presente caso se podría argüir que la distinción se ha hecho a favor de personas de origen latino y no a favor de nicaragüenses, mexicanos, españoles, chilenos, etc. Esta idea se refuerza cuando se toma en cuenta la exigencia de pruebas del idioma español y un examen de los valores del país. El llamado “deber” del Estado a preservar su cultura ¿llega a ser tan importante como para discriminar en razón de la raza?

Más controvertida fue la opinión de la Corte Interamericana respecto al segundo punto; el trato preferencial dado a centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento por sobre aquellos naturalizados. El tribunal identificó la diferenciación de trato correctamente como basada en el lugar de nacimiento y no en la cultura del aspirante, pero estimó que el razonamiento detrás de dicha diferenciación, podría tener que ver con la desconfianza del Estado hacia los procesos de naturalización empleados por los demás países, sin entrar a detallar cómo ni por qué llegó a suponer eso. En base a eso, se concluyó que no se podía establecer que el proyecto tuviera una “orientación inequívocamente discriminatoria”⁷⁷, dado que la materia en cuestión caía dentro de la reserva del Estado respecto a las exigencias impuestas a los postulantes a la naturalización. Eso dicho, la Corte aprovechó de aclarar que su opinión no podía entenderse como aproba-

⁷⁶ *Ibidem*, Opinión Individual Juez Rodolfo Piza E., párrafo 23.

⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 61.

toria de la restricción exagerada e injustificada de los derechos políticos de los naturalizados, nuevamente sin elaborar mayormente.

Fue respecto a este punto que el juez Thomas Buergenthal anexó una opinión disidente en donde declaró que:

“...la distinción que se pretende establecer es discriminatoria, ya que es desproporcionada y no guarda una relación razonable con los fines estatales que se persiguen con el proyecto de reforma... cuando se clasifica de manera distinta a centroamericanos, españoles e iberoamericanos con base en si son nacionales por nacimiento o por naturalización, me veo obligado a preguntar, aplicando las normas de interpretación adoptadas por la Corte, qué tan razonable y proporcionada es esa clasificación, teniendo presentes los legítimos fines estatales que se persiguen con el proyecto de reforma”⁷⁸.

Buergenthal subrayó, correctamente en mi opinión, el carácter desproporcionado de la medida, al manifestar que la posibilidad de que un pequeño porcentaje de postulantes haya adquirido su nacionalidad anterior de forma fraudulenta, no justificaba el perjuicio causado por el plazo extendido a la gran mayoría de extranjeros que actuaron de buena fe.

El tercer posible conflicto del proyecto con el principio de no discriminación plasmado en el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica, la exigencia de pruebas de lengua e historia para la naturalización, no se consideró como discriminatoria *per se* por la Corte. Sin embargo, nuevamente se advirtió acerca del posible mal uso de tales pruebas para fines discriminatorios:

“...no puede considerarse irrazonable e injustificado que se exija demostrar aptitud para la comunicación en la lengua del país, ni tan siquiera, aunque con menor claridad, que se llegue a exigir “hablar, escribir y leer” la misma. Lo mismo puede decirse del “examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”. No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación”⁷⁹.

Este fue uno de los puntos respecto de los cuales el juez Rodolfo E. Piza E. emitió un voto disidente. Piza hizo referencia a la población indígena y angloparlante del país

⁷⁸ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente del Juez Thomas Buergenthal párrafo 4.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 63.

para justificar su parecer en cuanto a que no sería discriminatorio exigir conocimiento del idioma español en términos suficientes como para la comunicación verbal, pero el requerir saber leer y escribir en español, además de un examen de historia constituiría una diferenciación por nivel educativo, claramente no razonable y desproporcionada con los objetivos de la reforma⁸⁰.

El último punto conflictivo del proyecto en materia de no discriminación, fue lo relacionado con la adquisición por naturalización de la nacionalidad costarricense en el caso de las mujeres extranjeras casadas con hombres de dicho país. Este fue el único numeral del proyecto en donde la Corte encontró que efectivamente habría una discriminación prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en materia de sexo.

El razonamiento detrás de la disposición constitucional en cuestión, intentaba proteger la unidad familiar por medio del amparo a la potestad marital. La idea era que todos los miembros de una familia debían tener la misma nacionalidad, y donde los cónyuges y/o padres eran de nacionalidades distintas o donde la mujer era apátrida, se optaba por privilegiar la nacionalidad del hombre. Ahora bien, al analizar este punto, la Corte se refirió a la práctica de la adquisición automática de la nacionalidad por matrimonio de la mujer en términos de que “el privilegio femenino para la obtención de la nacionalidad se presenta como una consecuencia de la desigualdad conyugal”⁸¹, calificación que, en mi opinión, resulta cuestionable. En este punto es importante aclarar que me parece claro que el artículo 14.4 de la propuesta de reforma (aun cuando se podría leer de otra forma) establece dos situaciones diversas. En la primera la mujer convertida en apátrida adquiere la nacionalidad costarricense en forma automática mientras que en la segunda la mujer extranjera no apátrida, luego de esperar dos años, debe manifestar su voluntad de ser naturalizada costarricense⁸².

Es cierto que la norma original y su homólogo en el proyecto son abiertamente discriminatorios por sexo, porque ofrecen la posibilidad de naturalización a mujeres y no a hombres. En el segundo caso no parece haber problema con el dictamen de la Corte

⁸⁰ *Ibidem*, Opinión Individual del Juez Rodolfo Piza E. párrafos 25 y 26.

⁸¹ *Ibidem*, párrafo 64.

⁸² El sentido de la disposición materia de estudio se aclara aún más cuando se compara con la norma original que establecía que: “[s]on costarricenses por naturalización: (...) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que manifieste su deseo de ser costarricense;” El Juez Piza Escalante entendió esta disposición de la misma manera en su opinión individual parcialmente disidente, en cuyo párrafo 29 afirma que: “En resumen, tanto la norma constitucional vigente como la contenida en el proyecto de reforma, aparte de limitar a la mujer el derecho al privilegio de la naturalización por matrimonio, establecen dos hipótesis diferentes:

a) la ‘forzosa’, de la mujer extranjera que, al casar con costarricense, pierde su nacionalidad, a la cual en ambos casos se le otorga una naturalización incondicionada y automática;

b) la ‘voluntaria’, de la mujer extranjera que no pierde su nacionalidad, a la cual ambos textos le confieren una opción de naturalización. En esta hipótesis, el proyecto de reforma simplemente agrega requisitos nuevos, de dos años de matrimonio y de residencia en el país, concurrentemente [v. opinión principal, párr. 44];”. *Ibidem*, Opinión Individual del Juez Rodolfo Piza E. párrafo 29.

que estableció que el problema de la discriminación contenida en la disposición se remediaría con la adopción del segundo proyecto de reforma que reemplaza “mujer extranjera” por “persona extranjera”. Sin embargo, en el primer caso, la adquisición forzosa de una nacionalidad por matrimonio, no sólo implica una discriminación al hombre extranjero al ser excluido de la hipótesis y, por ende, obligado a permanecer en condición de apátrida, sino que implica una discriminación de la mujer, en razón de su sexo, en el goce de su derecho a la nacionalidad, al imponerle una nacionalidad cuando ella no ha manifestado su intención de adquirirla. Esta situación fue tratada al hablar de posibles violaciones al derecho a la nacionalidad, pero la Corte estimó que el proyecto de reforma “no pretende privar de su nacionalidad a ningún costarricense ni prohibir o restringir su derecho a adquirir una nueva”⁸³ y por ende, no entraba en conflicto con el artículo 20.3 de la Convención Americana, que plantea el derecho en esos términos tan escuetos.

Eso sí, más adelante en la Opinión Consultiva, la Corte consideró apropiado citar, para fines orientadores, el artículo 3 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada⁸⁴ y el artículo 9 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece:

“Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge”⁸⁵.

Aun si se concluye que los términos restringidos del artículo 20.3 de la Convención Americana no permitieron a la Corte declarar que la adquisición forzosa de la nacionalidad costarricense, por parte de la mujer extranjera, constituía una violación al derecho a la nacionalidad, no hay razón por la cual no se pudiera declarar que la disposición en cuestión, atentaba contra el principio de no-discriminación establecido en el artículo 1.1 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella sin discriminación por motivos de sexo, entre otros.

Podría argüirse que, por medio de esta disposición, el Estado de Costa Rica, lejos de actuar de manera perjudicial, estaba protegiendo a la mujer extranjera que se encontraba en la condición lamentable de apátrida, y que por ende cumplía con su deber de amparar a una persona jurídicamente indefensa, siendo que siempre es mejor tener una nacionalidad que no tenerla. Sin embargo aquí hay que preguntarse, en primer lugar, si es que es

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 66, párrafo 42.

⁸⁴ Convención Sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, Naciones Unidas, 29 de enero de 1957. www.unhchr.ch/html/menu3/b/78 consultado el 25 de mayo de 2006.

⁸⁵ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *op. cit.* nota 3, artículo 9, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 66, párrafo 51.

legítimo actuar de manera paternalista e imponer dicha protección a alguien que no ha manifestado ese deseo (tomando en cuenta además que la nacionalidad otorga deberes además de derechos) y, en segundo lugar, por qué el Estado costarricense estimó necesario proteger a mujeres solamente, siendo que los perjuicios de la apatridia son iguales para personas de ambos sexos. En mi opinión, valdría la pena cuestionar el fondo de la disposición constitucional, no sólo respecto al derecho a la nacionalidad sino también habría que preguntarse si es que el supuesto “privilegio” otorgado a las mujeres extranjeras, en verdad ocultaba una discriminación paternalista del Estado en contra de ellas en razón de su sexo.

La segunda moción de reforma eliminaba la discriminación por sexo al reemplazar las palabras “mujer extranjera” por “persona extranjera”, pero introducía graves problemas con el derecho a la nacionalidad, al eliminar la naturalización voluntaria del cónyuge de nacionalidad extranjera e imponer al apátrida de sexo masculino requisitos de residencia que lo obligaban a permanecer en la apatridia durante dos años, problemas que no son pertinentes a este estudio pero que fueron desarrollados por el Juez Rodolfo Piza E. en su opinión individual anexada.

En conclusión, esta Opinión Consultiva es de gran utilidad para la doctrina y jurisprudencia internacional posterior a ella, dado que los jueces de la Corte Interamericana se preocuparon de detallar los fundamentos de la igualdad ante la ley y de dejar en claro que dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se seguiría la línea ya impuesta por el Juez Tanaka⁸⁶ y más específicamente por la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a la exigencia de objetividad y razonabilidad para justificar diferencias de trato⁸⁷. Además, es un ejemplo de la a veces difícil tarea de aplicar esa prueba de lo objetivo y lo razonable a circunstancias concretas, y la necesidad de analizar cada caso en forma individual.

3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas

3.1 Historia y Antecedentes

La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptada sin votos en contra el 10 de diciembre de 1948⁸⁸, fue el primer instrumento en que se logró un consenso internacional acerca de la conceptualización general de los derechos humanos. Concebida bajo la sombra de las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial, vino a concretar un mandato de la Carta de Naciones Unidas pero, sin desesti-

⁸⁶ Véase *supra*, Primera Parte, punto 2.1.

⁸⁷ Véase *supra*, Primera Parte, punto 2.2.

⁸⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, www.unhcr.ch/udhr/lang/spn.htm referencia hecha el 24 de abril de 2006.

mar su enorme aporte, quedó corta en su objetivo de ser el documento autoritativo en la materia debido a su naturaleza jurídica de declaración⁸⁹ y su falta de organismos directos de control.

La idea de redactar un instrumento de derechos humanos en la forma de un tratado internacional surgió enseguida después de la adopción de la Declaración Universal, al mismo tiempo en que el Consejo de Europa se encontraba elaborando su propia versión que, debido a diferentes razones contingentes, fue aprobada dieciséis años antes que el Pacto. Aun cuando algunos ya daban a la Declaración Universal carácter de *ius cogens*, se pensaba en darle más firmeza a la protección universal de derechos humanos por medio de una convención, un instrumento internacional dotado de mayor exigibilidad y de mecanismos de control internacional de su cumplimiento por parte de los Estados Partes.

En un principio se pensó en un tratado único, comprensivo tanto de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo las contingencias políticas de la época llevaron a que se optara por adoptar dos tratados independientes. A medida que iban progresando los estudios de la proyectada convención, se iba agudizando la guerra fría y profundizando la división entre las dos superpotencias de la época. Los llamados Estados occidentales se expresaron a favor de un tratado que contuviera sólo derechos y libertades civiles y políticos, una especie de salvaguarda contra la intervención del Estado en la esfera individual de la persona. En cambio, los Estados socialistas buscaron la consolidación en el ámbito internacional de la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales debían considerarse equivalentes en valor a los civiles y políticos y rechazaron la idea de cualquier control internacional sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el tratado⁹⁰. Luego de mucha discusión, se aprobaron dos documentos, recalando de esta manera una visión separatista de los derechos humanos. Por otro lado, la idea de subrayar la diferencia de exigibilidad entre ambas especies de derechos tampoco prosperó, ya que el mecanismo de control del cumplimiento del Estado de sus obligaciones, concebido como un sistema de estudio de comunicaciones individuales por parte del Comité de Derechos Humanos, quedó excluido del mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹¹ (en adelante “el

⁸⁹ El preámbulo de esta Declaración establece que se “Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...”. En años posteriores surgieron autores que sostuvieron que este instrumento se había elevado a la calidad de *ius cogens*, mientras que otros afirmaron que debido a que cumplía un mandato específico de la Carta de Naciones Unidas debía entenderse como parte de ella. Además, la Proclamación de Teherán, adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 13 de mayo de 1968, afirma en su párrafo 2 que: “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.” Sin embargo, la Proclamación de Teherán es otra declaración de principios y por ende no solucionó el problema de la validez jurídica de la Declaración Universal, www.unhchr.ch/html/menu3/b/b_tehern consultado el 24 de abril de 2006.

⁹⁰ Véase Nowak, Manfred, “U.N. Covenant on Civil and Political Rights; CCPR Commentary”, Editorial N.P Engel, 1993, p. xix.

⁹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm consultado el 24 de abril de 2006.

Pacto”) y relegado a un protocolo facultativo⁹². De este modo, el Comité sólo estaba facultado para conocer de comunicaciones individuales de personas que alegaban una violación de los derechos incluidos en el Pacto cuando el Estado Parte había ratificado dicho protocolo.

Finalmente, el 16 de diciembre de 1966, un año después de la aprobación de la CERD, se votó por aprobar, en forma separada, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹³, el Pacto y el Protocolo Facultativo del Pacto⁹⁴.

3.2 Contenido

El Pacto y sus protocolos⁹⁵, junto con la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conforman lo que se conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos, el eje central que le da forma a todo el sistema universal de protección de derechos humanos.

Así como se han superado las viejas contingencias que llevaron a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a redactar dos Pactos independientes, también se ha superado la vieja idea de separación entre derechos de primera y de segunda generación. Hoy se entiende que todos los derechos humanos son interdependientes y universales; por ejemplo, no se entiende correctamente el derecho a la vida sin un buen sistema de protección de la salud.

Sin embargo, dado que esta no era la visión dominante al redactarse el Pacto, conviene hacer alusión a lo que se entiende por derechos civiles y políticos.

“...los derechos civiles y políticos tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como su derecho a participar en la vida pública. Por lo mismo, ellos se oponen a que el Estado invada o agreda ciertos atributos de la persona, relativos a su integridad, libertad y seguridad... Se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional”⁹⁶.

⁹² Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm consultado el 24 de abril de 2006.

⁹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966, www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm consultado el 24 de abril de 2006.

⁹⁴ Hasta la fecha han ratificado el Pacto 156 países, mientras que el Protocolo Facultativo ha sido ratificado por 105 países. Información proporcionada por los sitios web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm y www.ohchr.org/english/countries/ratification/5.htm actualizados hasta el 19 de abril de 2006. Referencias hechas el 24 de abril de 2006.

⁹⁵ Además del Protocolo Facultativo ya mencionado, se adoptó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, de Naciones Unidas, el 15 de diciembre de 1995, www.ohchr.org/spanish/law/ccpr-death.htm consultado el 24 de abril de 2006.

⁹⁶ Nikken, Pedro, El Concepto de Derechos Humanos, incluido en “Estudios Básicos de Derechos Humanos: Tomo 1”, Instituto Internacional de Derechos Humanos, San José, 1994, p. 28.

Nikken continúa su análisis diciendo que estos derechos de primera generación conllevan para el Estado obligaciones de respeto y garantía. Respeto en el sentido de adecuación del sistema jurídico a las exigencias de los derechos y en especial, el entendimiento que la trasgresión de ellos por funcionarios estatales o privados amparados por el Estado es un ilícito. Garantía, por su lado, implica que el Estado debe emplear sus recursos para efectos de asegurar que el goce de estos derechos sea efectivo, en especial a través de la prohibición de transgresiones, la prevención, la investigación de posible violaciones, el establecimiento de recursos simples y efectivos, el reestablecimiento de derechos violados y la reparación⁹⁷.

La diferencia más importante que se esgrimía entre esta clase de derechos y los económicos, sociales y culturales tiene que ver con el grado de exigibilidad que tienen. Así, se ha dicho que los derechos de segunda generación, el conjunto de “condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana”⁹⁸, generan la obligación estatal de satisfacción, concepto que varía según la disponibilidad de recursos. Se dice, entonces, que los derechos económicos, sociales y culturales no son inmediatamente exigibles ante el Estado y esto se nota en el ámbito internacional con la relativa falta de organismos de control de supuestas violaciones de estos derechos. Más adelante se verá que la jurisprudencia internacional ha logrado vencer esta idea, por lo menos parcialmente, a través de, entre otras disposiciones, las cláusulas de no discriminación.

Estructuralmente, el Pacto está compuesto por un preámbulo (idéntico al preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año) y seis partes.

La primera parte, que contiene un artículo, también resulta ser idéntica a aquella contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La particularidad del derecho allí encontrado es que no resulta ser civil, político, económico, social o cultural. El derecho a la libre determinación, como se denomina en los Pactos, es un derecho ejercido por una colectividad, en este caso, un “pueblo”. Su ubicación dentro de estos instrumentos resulta ser fruto de la contingencia histórica de la época; las décadas de los 50 y 60 vieron las grandes luchas por la independencia de las colonias africanas y asiáticas y la inclusión de este artículo, que cae fuera de la competencia del Comité, obedece a presiones del bloque soviético y países del tercer mundo de entonces⁹⁹.

La segunda parte del Pacto establece obligaciones generales para los Estados partes en relación con la aplicación doméstica de la misma, mediante cuatro artículos. Contiene disposiciones relativas a las obligaciones de respeto y garantía, la no discriminación, los recursos efectivos, la interpretación y los estados de excepción.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁹ Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 9.

En su tercera parte, el Pacto detalla los derechos que reconoce como civiles y políticos y las obligaciones estatales que cada uno genera, mediante veintidós artículos. Aquí encontramos, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y al sufragio, las libertades de reunión y de asociación y el derecho a la no discriminación.

La cuarta parte del Pacto, que corresponde a los artículos veintiocho a cuarenta y cinco, se encarga de establecer la institución que monitorea el cumplimiento de las disposiciones del tratado por parte de los Estados Partes, específicamente el Comité de Derechos Humanos, y de regular los procedimientos mediante los cuales lleva a cabo su función.

La quinta parte del Pacto establece reglas especiales de interpretación del mismo y la sexta incluye normas de firma, ratificación, vigencia y enmienda.

El Pacto se encuentra complementado por dos Protocolos Facultativos. El primero, firmado el mismo día que el Pacto, establece la competencia del Comité de Derechos Humanos para conocer de comunicaciones individuales de personas que aleguen violaciones a los derechos contenidos en el Pacto por los Estados partes del Protocolo. El segundo, que data del año 1989, se refiere al tema de la pena de muerte y se enmarca dentro del esfuerzo de los organismos del sistema universal de protección de los derechos humanos de abolir este castigo, ya que a la fecha de la aprobación del Pacto no se obtuvieron los votos necesarios para ello.

3.3 La No Discriminación como Principio Rector del Pacto

El preámbulo del tratado, además de dejar en claro que el pleno goce de los derechos humanos implica necesariamente la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales, habla en su primer párrafo de la importancia del reconocimiento de “derechos iguales e inalienables”. De esta manera, sienta las bases de una línea teórica que recorre e inspira todo el Pacto, explicitándose tanto en la parte general como dentro del detalle de los mismos derechos. A continuación se ilustrará someramente lo expuesto mediante una mirada breve a los artículos que contienen referencias al principio de no discriminación.

Artículo 2.1

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.

El artículo 2.1 se ubica dentro de la parte general del tratado y establece, por lo tanto, una obligación estatal con respecto a los derechos contenidos en la tercera parte de

la misma. Se trata de una cláusula abierta¹⁰⁰ y subordinada¹⁰¹ de no discriminación, subordinada porque sólo tiene sentido cuando se liga a uno de los derechos reconocidos en la tercera parte del Pacto. La discriminación que es prohibida por este artículo es aquella relativa específicamente a los derechos civiles y políticos contenidos en el mismo Pacto. En este sentido el Comité ha sido claro en señalar que no existe la infracción independiente del artículo 2.1, vale decir, no se puede violar dicha norma en sí misma, sino que su violación siempre es en relación con otro artículo¹⁰².

Ahora bien, no se debe entender que se requiere necesariamente una violación del derecho contenido en el artículo con la que se relaciona el artículo 2.1, aunque tal situación tiende a darse. Por ejemplo, si el Estado reconoce el derecho a sufragio de toda su población, pero establece una edad mínima mayor para mujeres que para hombres, en lugar de una violación aislada del artículo 25 del Pacto, dado que el reconocimiento del derecho está teñido por la discriminación, existe una violación del artículo 25 en relación con el artículo 2.1.

La gran diferencia que existe entre el artículo 2.1 y el artículo 26, que establece la cláusula autónoma de no discriminación, es justamente que éste no requiere ser vinculado a otro artículo del Pacto para que se entienda que ha sido violado. En efecto, se debe entender (para evitar la redundancia) que el propósito de la norma contenida en el artículo 26 es justamente asegurar la no discriminación en materias no cubiertas por el Pacto. Esto se verá en mayor profundidad en el párrafo 3.4.1 más abajo.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

El artículo 3 del Pacto nació de una iniciativa chilena en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁰³ y en un principio fue formulado en términos más amplios que los que resultó tener. Al igual que el artículo 2.1, esta norma es accesoria o dependiente en el sentido de que requiere ser vinculada con una norma de la tercera parte del Pacto para que pueda concebirse una violación de ella. A primera vista este artículo parece ser una repetición del anterior; sin embargo, Nowak la interpreta en el sentido de que al parecer entrañaría obligaciones positivas mayores para el Estado Parte en cuanto al logro de una igualdad *de facto* entre hombres y mujeres, interpretación que es compartida por el Comité¹⁰⁴. De esta manera se podrían producir casos en que la discriminación prohibida implicara una violación del artículo 3 y no del 2.1. Sin embar-

¹⁰⁰ Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.2.

¹⁰¹ Bayefsky, *op. cit.* nota 12.

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *op. cit.* nota 15, párrafo 12. Además, SG v. Francia, CCPR/C/43/D/347/1988, párrafo 5.4.

¹⁰³ Para la historia del artículo véase Nowak, *op. cit.*, nota 90, p. 67.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 69.

go, el mismo Comité ha exigido medidas especiales para el logro de la igualdad de facto en relación con todos los criterios de discriminación prohibidos por el Pacto¹⁰⁵ y por ende, resulta cuestionable que éste sea el punto diferenciador de ambas normas, más aún ante el peligro de dar a entender que el hecho de que el artículo 3 autorice medidas especiales significa que el 2.1 no lo hace.

Artículo 4.1

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El artículo 4.1, también ubicado dentro de la parte general del Pacto, se encarga de prohibir la discriminación en los casos en que se suspenda el goce de ciertos derechos durante estados de excepción constitucional. La cláusula de no discriminación aquí contenida presenta diferencias marcadas con aquellas contenidas en los artículos 2.1 y 26.

En primer lugar, se trata de una cláusula de no discriminación cerrada, vale decir, limitada a los criterios de diferenciación allí establecidos, en este caso raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Se ha omitido, entonces, la categoría “cualquier otra condición social” que encontramos en los artículos 2.1 y 26. Además, se han excluido las categorías “opinión política” y “origen nacional” probablemente dado que en casos de guerra externa o interna se hacen diferenciaciones basadas en estos criterios en aras de la seguridad nacional. Sin embargo, tal exclusión no parece ser necesaria a la luz de lo que la gran mayoría de la literatura entiende por discriminación. Hemos visto en este trabajo que se afirma que no toda diferenciación constituye discriminación, sino que las diferencias de trato pueden ser justificadas siempre y cuando se fundamenten en criterios objetivos y razonables. En mi opinión, la prueba de lo objetivo y lo razonable hubiera bastado para determinar los casos en que se podrían justificar distinciones de trato hacia personas de diferentes orígenes nacionales o de determinadas tendencias políticas durante un estado de excepción, tomando en cuenta las particularidades del caso y, en especial, los parámetros del estado excepcional en cuestión. De esta forma, se podría determinar como razonable la mayor rigurosidad de exigencias para otorgar visas a personas provenientes de un país con que el Estado en cuestión se encuentra en guerra, pero no la restricción a la libertad de reunión de militantes de un determinado partido político luego de un terremoto.

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *op. cit.* nota 15, párrafo 10.

Esta cláusula de no discriminación se restringe aún más con la exigencia de que la discriminación se funde “únicamente” en los criterios señalados. Se entiende por esto que se podría permitir una discriminación por raza siempre que no sea el único criterio que justifica la distinción. Un ejemplo; en un país en donde parte de la población indígena milita en un determinado partido político ligado con grupos armados opositores al gobierno, si se declarara un estado de excepción, basado en el conflicto armado interno, podrían establecerse distinciones de trato en contra de los simpatizantes del partido opositor, aun cuando sean todos de minorías raciales. Tal restricción al ámbito de aplicación de la norma parece extrema y peligrosa, especialmente considerando la cantidad y la gravedad de las violaciones de derechos humanos cometidas bajo estados de excepción. Nuevamente me parece que hubiera bastado la prueba de lo objetivo y lo razonable aquí para determinar cuáles distinciones de trato constituyen discriminaciones prohibidas.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia...

El artículo 14 del Pacto trata el tema del derecho al debido proceso y al hacerlo hace varias referencias a la igualdad. En efecto, el principio de igualdad es de vital importancia dentro de esta materia y por ello se justifica que el artículo comience con una declaración de igualdad de todas las personas ante los tribunales de justicia, declaración que resulta algo más categórica que lo expuesto en el artículo 2.1 (aunque técnicamente innecesaria dada la aplicación general del 2.1 a todos los artículos del Pacto). La resolución de conflictos por terceros imparciales es un pilar de la sociedad moderna que no se entiende sino sobre la base de la igualdad de seres humanos; de ahí que la noción de debido proceso lleva intrínseca las de independencia e imparcialidad, ambos conceptos corolarios de la de igualdad.

El artículo 14 establece reglas mínimas para la sustanciación del debido proceso, y a su vez se preocupa de establecer algunas diferencias de trato justificadas. La primera de éstas la encontramos en el inciso primero al tratarse el principio de publicidad de los asuntos judiciales; aquí se establece la posibilidad de llevar procesos sin atender a este principio en casos especiales en donde la publicidad podría perjudicar la administración de justicia o los intereses de las partes o afectados, entre otros. La necesidad de la diferenciación de trato es evaluada por el tribunal y, aunque el artículo no lo dice específicamente, una interpretación lógica y sistemática nos lleva a concluir que esta evaluación se debe basar en criterios de razonabilidad¹⁰⁶.

El inciso tercero del artículo 14 recalca una vez más el principio de no discriminación al especificar, respecto de los procesos penales, que las garantías mínimas que enu-

¹⁰⁶ En este caso la publicidad sería la regla general y la privacidad sería la excepción, una diferenciación de trato que se justificaría en casos especiales. Ahora bien, hoy la doctrina discute quién es el favorecido o el perjudicado por este trato diferenciado; si los beneficiados por la publicidad de los procesos son las partes o bien las personas ajenas al proceso. La resolución de esta discusión será clave para efectos de determinar si es que ha existido discriminación en cada caso específico.

mera deben ser reconocidas a “toda persona acusada de un delito”, “en plena igualdad”. Además, los derechos reconocidos en este artículo están precisamente encaminados a mitigar la enorme desigualdad existente entre el acusado y los órganos estatales encargados de llevar la acción criminal.

El inciso cuarto del artículo señala una diferenciación de trato justificada a favor de niños y niñas sometidos a procesos penales. La letra de la disposición es vaga puesto que sólo obliga al Estado Parte a tener en cuenta la menor edad del acusado y la importancia de estimular su readaptación social, sin especificar que los niños y las niñas son sujetos de protección especial por parte del Estado y por ende, las medidas tomadas a su respecto en materia penal deben ser precisamente medidas de protección.

Artículo 20.2

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

No cabe duda que la fuente material de este artículo la encontramos en el deseo de la comunidad mundial de evitar una repetición del holocausto nazi. La norma obliga a los Estados Partes a prohibir ciertas conductas de las personas sujetas a su jurisdicción, conductas que estarían, en principio, cubiertas por el derecho a la libertad de expresión (contenida en el artículo anterior). La norma contenida en el artículo 20.2, entonces, no sólo permite al Estado establecer restricciones a la libertad de expresión sino que requiere que lo haga, estableciendo por ende efectos horizontales dado que la prohibición de la apología al odio no sólo va dirigida contra el aparato estatal, sino que también en contra de los particulares.

Ahora bien, siguiendo a Nowak en su comentario respecto a esta disposición, es lamentable que sólo se está prohibiendo la apología al odio nacional, racial o religioso (seguramente dada la antes mencionada fuente material de la norma) pero nada dice con respecto al odio dirigido en contra de mujeres, minorías sexuales y otros, que incite a la discriminación, hostilidad o violencia en su contra¹⁰⁷, omisión que deja en evidencia la grave insuficiencia de la norma.

Artículo 23.4

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Lo dispuesto en este artículo es otro ejemplo de una reafirmación de lo ya expuesto en el artículo 2.1, esta vez aplicada específicamente al ámbito del matrimonio y de las

¹⁰⁷ Nowak, *op. cit.*, nota 90, p. 365.

relaciones de familia. La razón de ser de esta repetición es que algunas de las discriminaciones más persistentes y nocivas en contra de las mujeres se han visto en la normativa y práctica matrimonial. El artículo no entra a detallar cuáles serían las “medidas apropiadas”, por ende dejando al Estado en relativa libertad para decidir cómo logra la igualdad entre cónyuges, pero sí especifica que esta igualdad debe referirse tanto a derechos como a responsabilidades. Por lo tanto estarían incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma el acceso igualitario al divorcio vincular, las pensiones alimenticias y la custodia de hijos, entre otras materias.

Dada la materia objeto de este trabajo, resulta interesante notar que la letra de la disposición parece indicar que el Pacto sólo reconoce el derecho a contraer matrimonio a parejas heterosexuales¹⁰⁸. Por otro lado, Nowak indica que el artículo 23 no prohibiría la poligamia siempre que no entrara en conflicto con otras disposiciones del Pacto¹⁰⁹. Estaría de acuerdo con Nowak en el entendido que la poligamia fuera una posibilidad abierta a cónyuges de ambos sexos, y no sólo otra forma de explotación de la mujer, como ha sido la esencia de la práctica en la mayoría de los casos hasta ahora.

Artículo 24.1

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En este artículo encontramos una cláusula autónoma y cerrada de no discriminación dirigida especialmente a la protección de niños y niñas. Con él, el Pacto ha identificado un grupo vulnerable de la sociedad y ha impuesto al Estado la obligación, ya sea difusa, de brindarle “las medidas de protección que su condición de menor requiere”. Interesante de notar es que aquí nuevamente estamos frente a un ejemplo de efectos horizontales dentro de este tratado internacional, ya que la obligación de proteger a los niños y las niñas no sólo corresponde al Estado sino que también a la familia y a la sociedad.

La obligación contenida en la norma no es de no discriminar a los niños y niñas sino de brindarles protección sin discriminación. Ha de notarse que los criterios de diferenciación prohibidos al tratar con niños y niñas son básicamente iguales a los contenidos en los artículos 2.1 y 26 con dos salvedades importantes. En primer lugar se eliminó el criterio “opiniones políticas o de cualquier índole”, presumiblemente porque se quiso adaptar la norma a las necesidades de los destinatarios de la protección. Sin embargo, si este es el caso, opino que este razonamiento parte de una base estereotipada al presumir o que los niños y niñas no tienen opiniones, o que sus opiniones no tienen valor o que en

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 410. Además, véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.3.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 412.

la práctica no se discrimina en contra de ellos en razón de sus opiniones, todas estas afirmaciones falsas.

Por otro lado, no se incluyen criterios de discriminación muy propios de la infancia y la juventud como por ejemplo, la apariencia física, la conducta o la condición de embarazada y al eliminar la cláusula abierta “cualquier otra condición social” se limita la posibilidad de usar este artículo especializado para reclamar por discriminaciones basadas en criterios no allí incluidos, como por ejemplo la orientación sexual, la nacionalidad o la calidad de portador de VIH. Ahora bien, siendo este el caso, una interpretación lógica del Pacto nos lleva a concluir que los casos no cubiertos por este artículo, caerían dentro del ámbito de protección del artículo 2.1 o del artículo 26, ambas cláusulas abiertas que sirven para salvar las falencias de esta disposición.

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El artículo 25 del Pacto establece reglas de igualdad para efectos del sufragio universal, base de cualquier sistema democrático de gobierno. Ahora bien, el artículo 25 no asegura el derecho a voto a todas las personas sino a todos los ciudadanos, y deja abierto al criterio del Estado la determinación de quiénes son ciudadanos sin otra restricción que aquella establecida en el artículo 2.1. El primer inciso reitera que los derechos reconocidos allí lo serán sin las distinciones mencionadas en el artículo 2, declaración que resulta innecesaria dado que el mismo 2.1 establece que ella misma se aplica a todos los derechos reconocidos en el Pacto.

Luego, en la letra b) establece que el sufragio debe ser “universal e igual”; universal por cuanto todos los ciudadanos deben tener derecho a voto, sin distinción, por ejemplo de sexo o de propiedad; igual por cuanto todos los votos deben tener el mismo valor.

La letra c) nuevamente hace referencia al principio de igualdad al tratar el acceso a funciones públicas; sin embargo, no se trata de una igualdad absoluta, sino que el Pacto usa el término difuso “condiciones generales de igualdad” para impedir que se reserven puestos públicos para personas de grupos privilegiados y, a la vez, dejar abierta la puerta a los Estados para establecer ciertas restricciones razonables como serían, por ejemplo,

que los candidatos sean mayores de edad o que no estén cumpliendo condenas criminales¹¹⁰.

Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El reconocimiento y la protección de minorías es una de las bases esenciales de un sistema democrático de gobierno que se nutre de la diversidad de los integrantes de la sociedad. Además, el tema de la protección de minorías está íntimamente ligado a la problemática que surge de la discriminación, razón por la cual se ha incluido en este análisis. Ahora bien, esta protección de minorías no parece ser uno de los puntos fuertes del Pacto, debido a que, a primera vista, este artículo sólo establece para el Estado obligaciones negativas o de abstención en relación con estos grupos¹¹¹. Es en este contexto que el artículo 27 del Pacto nos plantea la obligación del Estado de no obstaculizar a las personas pertenecientes a minorías en el ejercicio de su propia cultura. Por otro lado, sólo se reconoce esta obligación respecto de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, seguramente por razones atinentes a la época en que se dictó la norma, cuando las minorías más visibles eran precisamente éstas.

A primera vista, el derecho contenido en el artículo 27 podría parecer un derecho colectivo, a la par con el artículo 1, sin embargo este no es el caso ya que la norma no habla de “minorías” sino de “personas pertenecientes a minorías” dejando en claro que es un derecho individual, criterio que ha sido sostenido por el Comité al declarar inadmisibles comunicaciones interpuestas en nombre de colectividades¹¹².

El Comité ha establecido en su Observación General N°15 que los extranjeros residentes en un Estado pueden constituir minorías y que si ese es el caso, el Estado está obligado por el artículo 27 a su respecto¹¹³. Por otro lado, al evaluar la pertinencia del actuar del Estado respecto de minorías, el Comité ha usado la misma prueba que usa respecto del artículo 26, vale decir la determinación de criterios objetivos y razonables que justifican el otorgamiento o negación de medidas especiales a favor de minorías¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 450.

¹¹¹ Sin embargo, esta primera percepción del artículo debe ser desechada cuando se toma en cuenta que el artículo 2 del Pacto, que sí establece obligaciones positivas para el Estado, se debe entender como parte integrante de él.

¹¹² *Lubicon Lake Band v. Canadá*, CCPR/C/38/D/167/1984, párrafo 32.1, respecto de la inadmisibilidad de reclamos colectivos basados en el artículo 1 del Pacto.

¹¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, 11 de abril de 1986, párrafo 7.

¹¹⁴ *Kitok v. Suecia*, citado por Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 501.

3.4 El Artículo 26

Artículo 26

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.

En el artículo 26 del Pacto encontramos el derecho autónomo a la no discriminación, materia de este libro. Es el penúltimo derecho reconocido por el Pacto, fruto de una iniciativa del bloque oriental en conjunto con países tercermundistas¹¹⁵, que se opuso a la postura occidental que afirmaba que lo dispuesto en el artículo 2.1 bastaba en cuanto derecho a la igualdad.

Esta disposición contempla tanto la igualdad ante la ley como la igual protección de la ley o igualdad en la ley. Recordemos que ésta se refiere a la obligación del legislador de abstenerse de dictar normas generales que discriminan y de asegurarse de dictar normas legales que protegen contra la discriminación, mientras que aquella se refiere a la prohibición de trato discriminatorio en la aplicación de la ley. La segunda oración del artículo es la que impone al Estado, y específicamente al legislador, el deber de tomar las medidas positivas necesarias para proteger a todas las personas contra la discriminación, vale decir que el Pacto exige que la discriminación sea prohibida y que se proteja a las personas de ella a través de normas de rango legal.

3.4.1 Su Carácter Autónomo: El Propósito del Artículo 26 en tanto Herramienta Para Lograr la Igual Protección de Derechos No Incluidos en el Pacto

La jurisprudencia del Comité con respecto a este artículo ha afirmado en varias oportunidades que el artículo 26 no es una mera repetición del artículo 2.1 sino que es un derecho independiente¹¹⁶. Esto se reafirma con una interpretación lógica del Pacto ya que parece evidente que, debido a que el artículo 2.1 se aplica en forma accesoria o dependiente a todos los derechos contenidos en la tercera parte del Pacto, no habría necesidad de repetirla.

Nowak, en su Comentario sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que, cuando se aplica una ley en forma discriminatoria se viola el artículo 26 del Pacto “aun si la consecuencia legal específica (...) no guarda relación alguna con

¹¹⁵ Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 463.

¹¹⁶ Véase *Broeks v. los Países Bajos y Zwaan de Vries v. los Países Bajos op. cit.* nota 17, párrafos 12.3 común. Además, Nowak, *op. cit.*, nota 90, pp. 465-466.

cualquier otro derecho del Pacto”¹¹⁷. Sin embargo, la antes mencionada interpretación lógica del Pacto parece ir más allá e indicar que la intención detrás del artículo 26 es precisamente que sea aplicado sólo a derechos no incluidos en el Pacto. En mi opinión, las cláusulas de no discriminación contenidas en los artículos 2.1 y 26 tienen ámbitos de aplicación claramente diferenciados e independientes, y no cabe otra explicación que sea coherente con la ubicación de ambas disposiciones en el tratado. Así, el 2.1 se aplica al trato discriminatorio que surge en el reconocimiento o el ejercicio de los derechos contenidos en la tercera parte del Pacto mientras que el artículo 26 se aplicaría a casos que no caen bajo la protección del 2.1. Entonces, dado que los criterios de diferenciación prohibidos son iguales en ambas normas y por ende no es lógico que se podría encontrar una violación del 2.1 en conjunto con el 26¹¹⁸, se sigue que tampoco habría casos en donde un mismo conjunto de hechos llevara a la violación de ambos artículos en relación con otro derecho¹¹⁹.

Por ejemplo, podría alegarse que el impedimento que sufren los presos para efectos de sufragar sería una violación del artículo 25 del Pacto en conjunto con el artículo 2.1, porque se está discriminando en el ejercicio de un derecho reconocido por el Pacto. Aquí la discriminación es relativa al sufragio que es un derecho contenido en una norma que incluye el artículo 2.1 como una especie de último inciso. Entonces no hay razón o necesidad de encontrar también una violación del artículo 26 en este caso, no porque no se ha discriminado, sino porque tal discriminación ya se ha alegado en forma correcta. En cambio, si un Estado implementa un sistema tributario por medio del cual personas extranjeras están obligadas a pagar mayores tasas de impuesto a la renta que personas nacionales, se debe alegar discriminación usando el artículo 26 ya que el derecho que se ha afectado es el derecho de propiedad, que no encuentra reconocimiento en el Pacto.

Por ende, me parece que lo dicho por Nowak sería más acertado sin la palabra “aun”, o sea que cuando se aplica una ley en forma discriminatoria se viola el artículo 26 del Pacto si la consecuencia legal específica (...) no guarda relación alguna con cualquier otro derecho del Pacto.

Lamentablemente la jurisprudencia del Comité no ha sido constante en esta materia, por ejemplo en *Aumeeruddy-Cziffra v. Mauricio* y *Ato del Avellanal v. Perú*¹²⁰, ambos

¹¹⁷ Nowak, *op. cit.*, nota 90, pp. 465. Traducción propia.

¹¹⁸ En cuanto cláusulas de no discriminación. Recordemos que el artículo 2.1 también consagra las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos del Pacto que se entienden violados cada vez que se encuentra una violación de un derecho sustantivo, aun cuando el Comité, a diferencia de los órganos del sistema interamericano, no ha sentido la necesidad de explicitarlo en sus dictámenes.

¹¹⁹ Véase por ejemplo *Wackenheim v. Francia*, CCPR/C/75/D/854/1999, párrafo 6.6 que establece: “En lo que respecta a la denuncia del demandante de discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto, el Comité ha tomado nota de la observación del Estado Parte según la cual el Consejo de Estado considera que el ámbito de aplicación del artículo 26 se limita a los derechos protegidos por el Pacto. Sin embargo, el Comité desea recordar su jurisprudencia según la cual el artículo 26 no recoge simplemente la garantía enunciada ya en el artículo 2, sino que prevé por sí mismo un derecho autónomo. En otras palabras, la aplicación del principio de no discriminación enunciado en el artículo 26 no se limita a los derechos estipulados en el Pacto.”

¹²⁰ CCPR/C/12/D/35/1978 y CCPR/C/34/D/202/1986 respectivamente.

resueltos antes de 1989 cuando el Comité estaba formando su línea jurisprudencial respecto de la no discriminación y, más inexplicablemente, en 2003 en el caso *Yong Joo-Kang v. la República de Corea*¹²¹.

En el Capítulo Segundo de la Segunda Parte de este libro se analizará la jurisprudencia del Comité desde el punto de vista de los derechos no incluidos en el Pacto que se han intentado tutelar a través de la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 26; así por ejemplo la seguridad social y la propiedad.

3.4.2 Su Carácter Abierto

De la misma manera que el artículo 2.1, y a diferencia de las cláusulas de no discriminación contenidas en el artículo 24.1 del Pacto y el artículo 1.1 de la CERD, el artículo 26 es una cláusula abierta de no discriminación. Esta calidad es dada por las palabras “toda discriminación”, “cualquier discriminación” y, al final de los criterios de diferenciación prohibidos, “cualquier otra condición social”. De este modo se concluye que la lista de criterios que precede la de “otra condición social” es no taxativa, meramente ilustrativa y no restrictiva del derecho a la igualdad.

El Comité, en *Gueye et al. v. Francia*, dejó establecido que la nacionalidad era un criterio que se debía entender incluido dentro de “cualquier otra condición social”¹²², mientras que en *Toonen v. Australia* afirmó que la orientación sexual no cabía en tal concepto sino dentro del criterio sexo¹²³. En otras ocasiones el Comité no ha hecho declaraciones tajantes al respecto, pero ha declarado admisibles comunicaciones que alegan discriminaciones basadas en criterios no especificados en el artículo como son por ejemplo el estado civil¹²⁴, la edad¹²⁵, y la profesión¹²⁶.

En esta materia destaca un error grave del Comité al declarar inadmisibles, en 1987, la comunicación de *R. T.Z. v. los Países Bajos* en donde el autor alegaba un trato diferente

¹²¹ CCPR/C/78/D/878/1999. Aún más inexplicable es que veintidós días más tarde, en *Veriter v. Francia* CCPR/C/78/D/1088/2002 el Comité insinúa (correctamente) que el artículo 2 no puede ser violado en sí mismo y que el autor debió haber presentado su comunicación basándose en el artículo 26, la cláusula autónoma.

¹²² CCPR/C/35/D/196/1985 párrafo 9.4. Además el Comité declaró admisibles los siguientes casos en donde se reclamó discriminación por nacionalidad, *Simunek et al. v. La República Checa* CCPR/C/54/D/516/1992, *Adam v. La República Checa* CCPR/C/57/D/586/1994, *Blazek, Hartman y Krizek v. La República Checa* CCPR/C/72/D/857/1999, *Des Fours Walderode y Kammerlander v. La República Checa* CCPR/C/73/D/747/1997, *Marik v. La República Checa* CCPR/C/84/D/945/2000 y *Kriz v. La República Checa* CCPR/C/85/D/1054/2002.

¹²³ *Toonen v. Australia*, op. cit. nota 20, párrafo 8.7. El Comité utiliza el término “inclinación sexual”.

¹²⁴ *Danning v. los Países Bajos* CCPR/C/21/D/180/1984, *Sprenger v. los Países Bajos* CCPR/C/44/D/395/1990, *Snijders v. los Países Bajos* CCPR/C/63/C/651/1995, *Hoofdman v. los Países Bajos* CCPR/C/64/D/602/1994 y *Derksen v. los Países Bajos* CCPR/C/80/D/976/2001.

¹²⁵ *J.G v. los Países Bajos* CCPR/C/39/D/306/1988, *Schmitz-de-Jong v. los Países Bajos* CCPR/C/72/D/855/1999, *Anatolievich Cheban et al. v. La Federación Rusa* CCPR/C/72/D/790/1997 y *Love, Bone, Craig e Ivanoff v. Australia* CCPR/C/77/D/983/2001.

¹²⁶ *Debreczny v. los Países Bajos* CCPR/C/53/D/500/1992, *García Pons v. España* CCPR/C/55/D/454/1991, *Torregruesa Lafuente et al. v. España* CCPR/C/72/D/866/1999, *Marín Gómez v. España* CCPR/C/73/D/865/1999.

injustificado entre civiles y conscriptos. En esa oportunidad la razón dada para la declaración de inadmisibilidad fue que el autor no había invocado un criterio prohibido por el artículo 26¹²⁷. Lamentablemente, luego de diecisiete años, el Comité volvió a cometer el mismo error al rechazar o declarar inadmisibles cuatro comunicaciones individuales porque los autores no habían demostrado cómo las distinciones de las que reclamaban se encuadraban dentro de los criterios prohibidos del artículo 26, incluyendo la de “otra condición social”¹²⁸. Lo que más preocupa es la posibilidad de que, lejos de ser un error, estos últimos dictámenes podrían significar un giro en la jurisprudencia *pro-personae* establecida del Comité en cuanto a que el criterio “otra condición social” no tiene un contenido definido y que, en teoría, abarca cualquier diferencia basada en circunstancias de hecho no enumeradas específicamente en el artículo 26.

El carácter abierto de la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 26 le da fuerza y permanencia a la norma. A medida que van pasando los años, los Estados Partes han ido adaptando sus normativas internas para proteger a las personas contra la discriminación por los conceptos prohibidos por el artículo 26 y cambios culturales en el ámbito social han significado una mayor integración de grupos tradicionalmente marginados. Sin embargo, el avance del tiempo ha traído el surgimiento de nuevas minorías y grupos excluidos y la visibilización de otras anteriormente ocultas que pueden beneficiarse del artículo 26 (y del 2.1) para hacer valer su derecho a la igualdad. El carácter abierto del artículo 26 lo perpetúa en el tiempo y lo hace flexible para adaptarse a nuevas realidades, convirtiéndolo de esta manera en una herramienta vital para la protección universal del derecho a la no discriminación.

3.4.3 Los Criterios de Diferenciación Prohibidos

El artículo 26 del Pacto establece nueve criterios de diferenciación prohibidos y una cláusula abierta. Los criterios mencionados resultan ser exactamente los mismos que aquellos mencionados en el artículo 2.1. Sin embargo, el Pacto no define sus contenidos, ni en un artículo ni en el otro. Es por ello que el desarrollo de qué se debe entender por cada criterio ha sido mayormente jurisprudencial, siendo el Comité el encargado de especificarlo en cada caso.

Raza: No hay un orden jerárquico explícito entre los criterios de diferenciación prohibidos en el artículo 26; sin embargo el hecho que se mencione primero a la raza y el color es un reflejo de la importancia dada por Naciones Unidas al tema de la discriminación racial, y de los problemas de discriminación racial que enfrentó el mundo en las décadas de los 30 a 60 del siglo pasado. Para efectos de la interpretación del vocablo “raza” existe el artículo 1 de la CERD¹²⁹ que prohíbe la discriminación por motivos de

¹²⁷ *R.T.Z. v. los Países Bajos*, CCPR/C/31/D/245/1987.

¹²⁸ *Pohl, Pohl, Mayer y Wallmann v. Austria op. cit. nota 24, Deisl y Deisl v. Austria* CCPR/C/81/D/1060/2002, *Gallego Díaz v. España* CCPR/C/82/D/988/2001, *M. de Vos v. Los Países Bajos* CCPR/C/84/D/1192/2003 y *Jongenburger-Veerman v. los Países Bajos* CCPR/C/85/D/1238/2004.

¹²⁹ Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.2.

“raza, color, linaje u origen nacional o étnico” y que nos indica que los órganos de Naciones Unidas interpretarán el término como comprensivo de a lo menos los cinco elementos mencionados en este artículo. La raza es una categoría sospechosa de diferenciación y por ende conlleva una carga probatoria mayor para el Estado en cuanto a su justificación.

Se han presentado varias comunicaciones individuales al Comité alegando discriminación racial, pero el Comité nunca ha encontrado una violación del artículo 26 basada específicamente en este concepto. Las razones de esto son diversas. La mayoría de las comunicaciones pertinentes han sido infundadas; en otras, el Comité ha encontrado violaciones del artículo 26 pero ha precisado que el criterio diferenciador ha sido otro¹³⁰; por último, ha habido casos en que se ha discriminado a personas cuyas comunicaciones sobreponen varios criterios simultáneamente. Dentro de este último supuesto se encuentran los casos en donde los reclamantes han sido discriminados porque son judíos. Las víctimas de la discriminación en estos casos han presentado comunicaciones invocando los criterios de raza, religión y origen nacional. Aun cuando todos estos criterios corresponden, ninguno *per se* parece suficiente (se ha discriminado a judíos que son de la misma raza de los discriminadores, a judíos no religiosos y a judíos nacionales). Ante estos casos, presentados recientemente, el Comité ha dictaminado a favor de los autores de las comunicaciones, pero por alguna razón no ha indicado el criterio diferenciador, limitándose sólo a señalar la discriminación¹³¹.

Color: Este criterio no se ha invocado separado al de raza en la historia de la jurisprudencia del Comité respecto del artículo 26. Es un término mucho más informal que el de raza y bastante impreciso y poco científico, tal vez producto de la época de redacción del Pacto en el que existía el apartheid en África y la segregación racial en partes de Estados Unidos y en el que algunos hablaban de “*coloured people*”. Se puede presumir que el término se refiere a diferencias de trato que afectan a personas cuya tez difiere de la del que hace la distinción, usualmente porque es más oscura. Queda claro que el criterio muchas veces se confunde con el de raza y, al igual que con ese criterio, el Comité nunca ha encontrado responsable a un Estado Parte del Pacto por una discriminación hecha en base al color.

Sexo: A primera vista éste sería el criterio de diferenciación de más fácil interpretación, dado que se trata de un hecho objetivo, fácil de determinar y siendo, además, que para la gran mayoría de los seres humanos, sólo existen dos variables: hombres y mujeres¹³². Sin embargo, un hito en la jurisprudencia del Comité fue dado por la resolución de la comunicación *Toonen v. Australia*¹³³, en donde se dejó en claro que la homosexua-

¹³⁰ *Gueye v. Francia*, *op. cit.* nota 122.

¹³¹ Por ejemplo, *Fábryová v. La República Checa* CCPR/C/73/D/765/1997 y *Brok y Brokova v. La República Checa* CCPR/C/73/D/774/1997.

¹³² Un pequeño porcentaje de los seres humanos presentan características biológicas de ambos sexos. Esto de ningún modo impediría que invocaran este criterio en reclamos por discriminación en su contra por causa de su condición.

¹³³ *Toonen v Australia*, *op. cit.* nota 20, párrafo 8.7, véase *infra* Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.3.

lidad del autor debía entenderse incluida dentro de la categoría sexo. Ahora bien, hay quienes afirman que la orientación sexual poco tiene que ver con el sexo de la persona, además, a partir de este dictamen, para el Comité, cada persona se encuentra simultáneamente dentro de dos de las ahora múltiples variables que contempla el criterio (mujeres heterosexuales, hombres homosexuales, mujeres bisexuales, etc.). Se podría afirmar, entonces, que la orientación sexual tiene una cabida más lógica, gramaticalmente, dentro de la categoría amplia de “otra condición social”.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la orientación sexual de las personas no fue incluida dentro del catálogo de criterios prohibidos por el Pacto y que hoy en día constituye una importante fuente de discriminación, a medida que avanza la visibilización de personas pertenecientes a minorías sexuales dentro de la sociedad. El Comité, al incluir la orientación sexual dentro del criterio de “sexo”, lo que hizo fue determinar que era una categoría sospechosa¹³⁴, fortaleciendo de esta manera su protección. Recordemos que, dado que el sexo es una categoría sospechosa, resulta mucho más difícil justificar una distinción basada en él; no así la categoría de “otra condición social” cuya carga probatoria es menor para el Estado demandado. En mi opinión, la incompatibilidad conceptual entre la orientación sexual y el sexo es de menor importancia que el beneficio que resulta de entender aquel criterio de diferenciación como categoría sospechosa.

Las primeras comunicaciones individuales recibidas por el Comité en materia de discriminación, fueron presentadas por mujeres que alegaban discriminación por sexo en casos más bien poco complicados, ya que se reclamaba por perjuicios sufridos únicamente por mujeres que por lo general resultaba difícil de justificar por parte del Estado¹³⁵. Más adelante, y a medida que los Estados Partes conformaban sus ordenamientos jurídicos internos a las exigencias del Pacto, decayeron notablemente las comunicaciones presentadas por mujeres para dar lugar a aquellas presentadas por hombres, algunos de los cuales impugnaban el trato preferencial dado a mujeres, por ejemplo en materia de seguridad social, familia e indultos. Más tarde aún, y luego de *Toonen*, comenzaron a conocerse comunicaciones individuales presentadas por personas que consideraron que habían sido discriminadas por causa de su orientación sexual.

Idioma: La problemática de las distinciones basadas en el idioma original (llamado “materno”) o preferido de las personas predota la jurisprudencia del Comité; recordemos que el caso *Belgian Linguistics* fue un hito a nivel europeo¹³⁶. El tema está íntimamente ligado a las distinciones basadas en raza, color, origen nacional y, en ciertos casos, religión, debido a que las distinciones se dan generalmente respecto a minorías étnicas, ya sean nacionales o extranjeras residentes en un Estado Parte. En definitiva, se trata de diferenciaciones de trato entre personas, basadas en el idioma que hablan generalmente, ya sea su lengua original u otra. Casos examinados por el Comité incluyen reclamos por

¹³⁴ Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.3.

¹³⁵ Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.

¹³⁶ Véase *supra*, Primera Parte, punto 2.2.

la obligatoriedad del uso del idioma oficial en trámites públicos, especialmente en juicio, y la prohibición del uso de ciertos idiomas en avisos publicitarios.

Religión: Este criterio agrupa diferenciaciones de trato basadas en las creencias de las personas, sean o no estas creencias parte de religiones organizadas. La religión además constituye una categoría sospechosa dentro de los criterios de diferenciación prohibidos¹³⁷, o sea, va a resultar muy difícil para un Estado Parte justificar una distinción basada en criterios religiosos, especialmente dado que algunas de las más atroces violaciones de derechos humanos se han cometido bajo pretextos religiosos. Casos vistos por el Comité han incluido preferencias por personas que profesan ciertas creencias por sobre otras personas, la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en colegios y la falta de medidas especiales excepcionales para personas de ciertas religiones¹³⁸. Íntimamente relacionado con este tema está la discriminación por opiniones políticas o de cualquier índole, especialmente en lo que respecta a los reclamos por discriminación presentados por objetores de conciencia.

Opiniones políticas o de cualquier índole: La discriminación por opinión está íntimamente ligada a la libertad de expresión y a la libertad de culto. Dentro de este criterio de distinción se encuentran los perjuicios sufridos por opositores políticos (en la jurisprudencia del Comité, por lo general han sido opositores a regímenes dictatoriales), pero también los perjuicios sufridos por quienes sustentan opiniones no políticas. Tal es el caso de los objetores de conciencia quienes, luego de una resolución del Comité, tanto inexplicable como inexcusable, en 1987, que declaró inadmisibles una comunicación por no invocar un criterio específicamente prohibido por el artículo 26¹³⁹, comenzaron a fundamentar sus comunicaciones por discriminación en el criterio “opiniones políticas o de cualquier índole”¹⁴⁰.

Origen nacional: Se trata de un término cuyo contenido es difícil de precisar debido a que muchas veces se puede confundir con los criterios de raza y color. Parece que de los tres criterios, la de “origen nacional” es la más amplia, siempre y cuando se trate de personas que no nacieron en el Estado Parte. El Comité, por su parte, ha dejado en claro que el origen nacional no es sinónimo de nacionalidad¹⁴¹, aseveración que implica que diferenciaciones basadas en la nacionalidad caen dentro de la categoría abierta “otra condición social”. La distinción está bien hecha ya que el reconocimiento de nacionalidad poco tiene que ver con consideraciones de tipo étnico, y no necesariamente se relaciona con el lugar de nacimiento. Otra implicancia de la ubicación de la nacionalidad dentro del criterio “otra condición social” y no dentro de una categoría sospechosa¹⁴² es

¹³⁷ Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.3.

¹³⁸ Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 4.

¹³⁹ *R.T.Z. v. los Países Bajos*, *op. cit.* nota 127.

¹⁴⁰ *Järvinen v. Finlandia*, CCPR/C/39/D/295/1988, *Foin v. Francia* CCPR/C/67/D/666/1995, *Maille v. Francia* CCPR/C/69/D/689/1996, *Venier y Nicolás v. Francia* CCPR/C/69/D/690/1996 y CCPR/C/69/D/691/1996.

¹⁴¹ *Gueye v. Francia*, *op. cit.* nota 122, párrafo 9.4.

¹⁴² Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.3.

que los Estados pueden defender las distinciones entre nacionales y extranjeros con una carga probatoria menor en cuanto a lo objetivo y lo razonable de sus fundamentos, alcance que resulta de vital importancia en estos días para los países que buscan limitar al máximo la inmigración.

Origen social: Respecto de esta categoría no hay jurisprudencia del Comité, pero una interpretación gramatical nos lleva a entender que se trataría de lo que comúnmente se ha conocido como “clase”. Vale decir que este criterio se usaría para referirse a las diferenciaciones de trato basadas en el lugar que ocupa la persona dentro de una sociedad regida por un sistema de clases. Esta ubicación puede depender, entre otros factores de su filiación, su nivel de acumulación de bienes económicos, su educación, etc. Ahora bien, también es factible que se haga referencia a este criterio para tratar diferenciaciones de trato producidas dentro de un sistema de castas religiosas como las que existen en ciertos países asiáticos.

Posición económica: Al hacer referencia a esta categoría de diferenciación hay que llamar la atención a la aparente discrepancia que existe entre las versiones inglesa y francesa del Pacto por un lado y la versión en español. Aquéllas usan los vocablos “*property*” y “*fortune*” respectivamente (que corresponden a “propiedad” y “fortuna” en español), mientras que ésta habla de “posición económica”. Puede que el alcance parezca trivial, especialmente desde que Nowak opta por tratar esta categoría junto con el nacimiento y el origen social para denominarlas “status o clase”¹⁴³; sin embargo, me parece que “posición económica” y “propiedad” no son sinónimos, y además me parece apresurado agrupar las tres categorías mencionadas en una sola. “Posición económica” es un término más bien vago que intenta agrupar las discriminaciones basadas en la capacidad adquisitiva de la persona, en un ámbito puramente económico, mientras que “propiedad” se puede interpretar como un criterio que agrupa discriminaciones basadas en lo que una persona tiene o no tiene; la diferencia es sutil pero importante, ya que el primer término admite una interpretación gramatical más amplia.

En todo caso, hay que señalar que hasta este momento la discusión carece de relevancia, ya que el Comité nunca ha resuelto una comunicación respecto del artículo 26 que se base en una discriminación por posición económica. Casos hipotéticos posibles dignos de analizar serían restricciones al derecho a sufragar basados en la fortuna de la persona y la gradación ascendente del impuesto a la renta.

Nacimiento: El criterio “nacimiento” se refiere a las diferencias establecidas entre personas debido a su filiación, más notablemente, las distinciones hechas entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Nowak hace referencia a las distinciones, de todas maneras arbitrarias, existentes entre estos hijos en materia de sucesión y deja en claro que en este caso el artículo 26 sería el único aplicable, debido a que la falta de

¹⁴³ Nowak, *op. cit.*, nota 90, p. 52.

protección al derecho a la propiedad dentro del Pacto hace improcedente el uso del artículo 2.1¹⁴⁴.

Cualquier otra condición social: La cláusula abierta, puesta al final del artículo para permitir que se reclamen discriminaciones basadas en criterios no incluidos en el catálogo mencionado, dota al artículo de la flexibilidad necesaria para ser efectiva¹⁴⁵. Comunicaciones individuales al Comité que se han basado en esta cláusula abierta han incluido reclamos de discriminación fundamentados en estado civil, nacionalidad y edad, entre otros.

Resulta interesante en relación con este criterio notar otra incongruencia entre los textos inglés y francés del Pacto y la versión en español. En efecto, aquéllos lo denominan “*other status*” y “*toute autre situation*” respectivamente, mientras que el español restringe gramaticalmente el término al agregarle el condicionamiento “social”. En un plano meramente gramatical resulta que la versión francesa es la más amplia, tal vez ilógicamente amplia, al referirse a “toda otra situación”, mientras que la española impone una restricción curiosa por no existir indicio de ello en los términos empleados en las otras versiones. El tema resulta merecedor de atención siempre que se interpreta el vocablo “social” en su sentido natural y obvio. Si ese es el caso, se puede afirmar que existen diferenciaciones de trato posibles que no son “sociales”; por ejemplo, con los recientes avances en la biogenética es lógico prever que en el futuro cercano se harán diferenciaciones de trato basadas en el código genético de las personas, caso hipotético que claramente cae dentro de la cláusula abierta de las versiones inglesa y francesa del Pacto, y sólo muy discutiblemente dentro de la española. Pareciera que, aunque los tres idiomas son oficiales dentro de Naciones Unidas, resultaría más apropiado guiarse por la terminología inglesa o francesa ya que ambos resultan más *pro-personae* que la española.

4. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

4.1 Información General

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes del Pacto. Al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité es un órgano cuyo origen se encuentra en un tratado

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 52. Además, véase *supra*, Primera Parte, punto 3.4.1. El Comité dictaminó a favor de la hija no matrimonial de la autora en *Derksen v. los Países Bajos*, *op. cit.* nota 124, sin embargo no explicitó que estaba aplicando el criterio “nacimiento”. Por otro lado, en 2005 un peticionario intentó usar el criterio “nacimiento” en rechazo de la práctica legal del aborto en Canadá, argumentando que se discriminaba en la protección de los derechos humanos de las personas según si habían nacido o no. El Comité declaró inadmisibles la comunicación *ratione personae*, sin entrar a detallar si era compatible *ratione materiae* con el Pacto. *Queenan v. Canadá*, C/PR/C/84/D/1379/2005.

¹⁴⁵ Véase *supra*, Primera Parte, punto 3.4.2.

internacional, específicamente el artículo 28 del Pacto¹⁴⁶, vale decir que su ámbito de acción se limita a la vigilancia de Estados Partes del Pacto y sólo en lo que respecta a las obligaciones contraídas bajo ese Pacto. El principal propósito del Comité es velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto por los Estados Partes, y para esos efectos se encuentra investido de funciones de diverso carácter. Como se verá, el Comité tiene facultades para examinar informes de los Estados Partes sobre la situación general de los derechos contenidos en el Pacto en su país, dirimir conflictos entre Estados Partes, conocer comunicaciones individuales y emitir Observaciones Generales interpretativas de disposiciones del Pacto.

En lo que se refiere a la recepción de comunicaciones individuales, materia de este libro, el Comité se diferencia de los tribunales mencionados debido a que sus decisiones no son propiamente sentencias apoyadas por algún tipo de exigibilidad internacional, por débil que sea. En este sentido Nowak postula que su nombre indica que los redactores del Pacto nunca tuvieron la intención de crear un tribunal propiamente tal¹⁴⁷. El Comité no dicta sentencias, entonces, sino que emite “observaciones”¹⁴⁸ que, a pesar de ser incluidas en los informes anuales del Comité a la Asamblea General, no tienen mayor fuerza jurídica.

Eso dicho, Bayefsky postula que:

“...el artículo 2 del Pacto obliga jurídicamente a los Estados ratificantes a proporcionar una solución efectiva para aquellas personas cuyos derechos bajo el Pacto han sido violados, y por más de dos décadas el Comité ha ejercido su competencia y responsabilidad bajo el Protocolo Facultativo para determinar si es que ha habido una violación. Por lo tanto, aunque el Protocolo Facultativo se refiere a las decisiones del Comité como “Observaciones”, la negativa a implementar esas Observaciones es claramente incompatible con el espíritu y el propósito del Protocolo”¹⁴⁹.

Para efectos de ejercer presión sobre los Estados Partes en contra de los cuales se ha dictaminado, el Comité ha implementado la práctica de otorgar al Estado infractor el plazo de hasta 90 días para informar sobre las medidas tomadas para remediar situaciones violatorias del Pacto. Por otro lado, el informe anual del Comité incluye información proporcionada por un *Rapporteur Especial* sobre los Estados que acatan los dictámenes

¹⁴⁶ Tribunales internacionales creados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969).

¹⁴⁷ Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 507.

¹⁴⁸ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *op. cit.* nota 92, artículo 5.4.

¹⁴⁹ Bayefsky, Anne, *The United Nations Human Rights Treaties, How to Complain About Human Rights Treaty Violations, Follow Up*. Bayefsky.com www.bayefsky.com/complain/45_followup.php consultado el 15 de mayo de 2006, traducción propia.

del Comité y aquellos que no lo hacen¹⁵⁰. Además el Comité ha estipulado que el informe anual que se exige a los Estados partes bajo el artículo 40 del Pacto, debe incluir las medidas tomadas por dicho Estado para implementar los respectivos dictámenes desfavorables¹⁵¹.

4.2 Marco Jurídico y Funciones

La existencia y las reglas básicas que rigen el funcionamiento del Comité se encuentran en los artículos 28 a 45 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, las reglas relativas a la recepción y estudio de comunicaciones individuales se encuentran en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otro lado, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, también contiene disposiciones aplicables al Comité.

El 26 de julio de 1989 el Comité consolidó como definitivas las Reglas de Procedimiento (“*Rules of Procedure*”) que había usado desde el comienzo de sus funciones. Estas reglas, una colección detallada de normas más bien administrativas que fijan los detalles del quehacer del Comité, fueron reformuladas el 24 de abril de 2001.

De esta manera podemos decir que el Comité cumple funciones establecidas tanto en el Pacto como en sus dos Protocolos Facultativos. A saber, estas funciones son:

Funciones bajo el Pacto:

- Art. 40.1 y 40.2: examen de informes presentados por los Estados Partes respecto al cumplimiento de las disposiciones del Pacto.
- Art. 40.4: elaboración de informes sobre la base de la información recibida del Estado Parte.
- Art. 40.4: dictación de “Comentarios Generales” con respecto a la implementación del Pacto.
- Art. 41: recepción y consideración de comunicaciones interestatales, procedimiento aplicable cuando un Estado Parte alega el incumplimiento de las disposiciones del Pacto por otro Estado Parte.
- Art. 42: nombramiento de una Comisión Ad-hoc de Conciliación en caso de que no se resuelva la acusación materia de una comunicación interestatal.

¹⁵⁰ *Ibidem*, The Covenant on Civil and Political Rights, Description. Bayefsky.com www.bayefsky.com/complain/10_ccpr.php consultado el 15 de mayo de 2006.

¹⁵¹ *Ibidem*, The State Reporting System. Bayefsky.com www.bayefsky.com/complain/47_state_reporting.php consultado el 15 de mayo de 2006.

Funciones bajo el Primer Protocolo Facultativo:

- Art. 1: recepción y consideración de comunicaciones individuales de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de algún Estado Parte del Pacto y del Protocolo y que afirman ser víctimas de violaciones de derechos incluidos en el Pacto.

Funciones bajo el Segundo Protocolo:

- Art. 3: recepción de informes elaborados por los Estado Partes bajo el art. 40 del Pacto que dicen relación con la implementación de este Protocolo.
- Art. 4: recepción y consideración de comunicaciones interestatales que dicen relación con la implementación de este Protocolo.
- Art. 5: recepción y consideración de comunicaciones individuales de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de algún Estado Parte del Pacto y de ambos Protocolos, que afirman ser víctimas de violaciones de derechos incluidos en el Segundo Protocolo.

4.3 Observaciones Generales

Una de las actividades más importantes realizadas por el Comité es la redacción de Comentarios Generales, en la práctica llamados Observaciones Generales, función que emana de lo dispuesto en el artículo 40.4 del Pacto:

Artículo 40

4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

El mismo Comité en 1980 dejó en claro el sentido y el contenido de estas Observaciones Generales en su documento *Statement on the Duties of the Human Rights Committee Under Article 40 of the Covenant*¹⁵². En esa oportunidad, se estableció que el contenido de las Observaciones Generales eran fruto del estudio de los informes presentados por los Estados partes bajo el artículo 40 y una especie de sistematización de las conclusiones del Comité con respecto a problemáticas comunes en la implementación de las disposiciones del Pacto. Asimismo, se dejó en claro que las Observaciones Generales dictadas por el Comité, iban dirigidas a todos los Estados partes y no a Estados determinados como algunos habían afirmado¹⁵³.

¹⁵² CCPR/C/18 del 19 de Agosto de 1981.

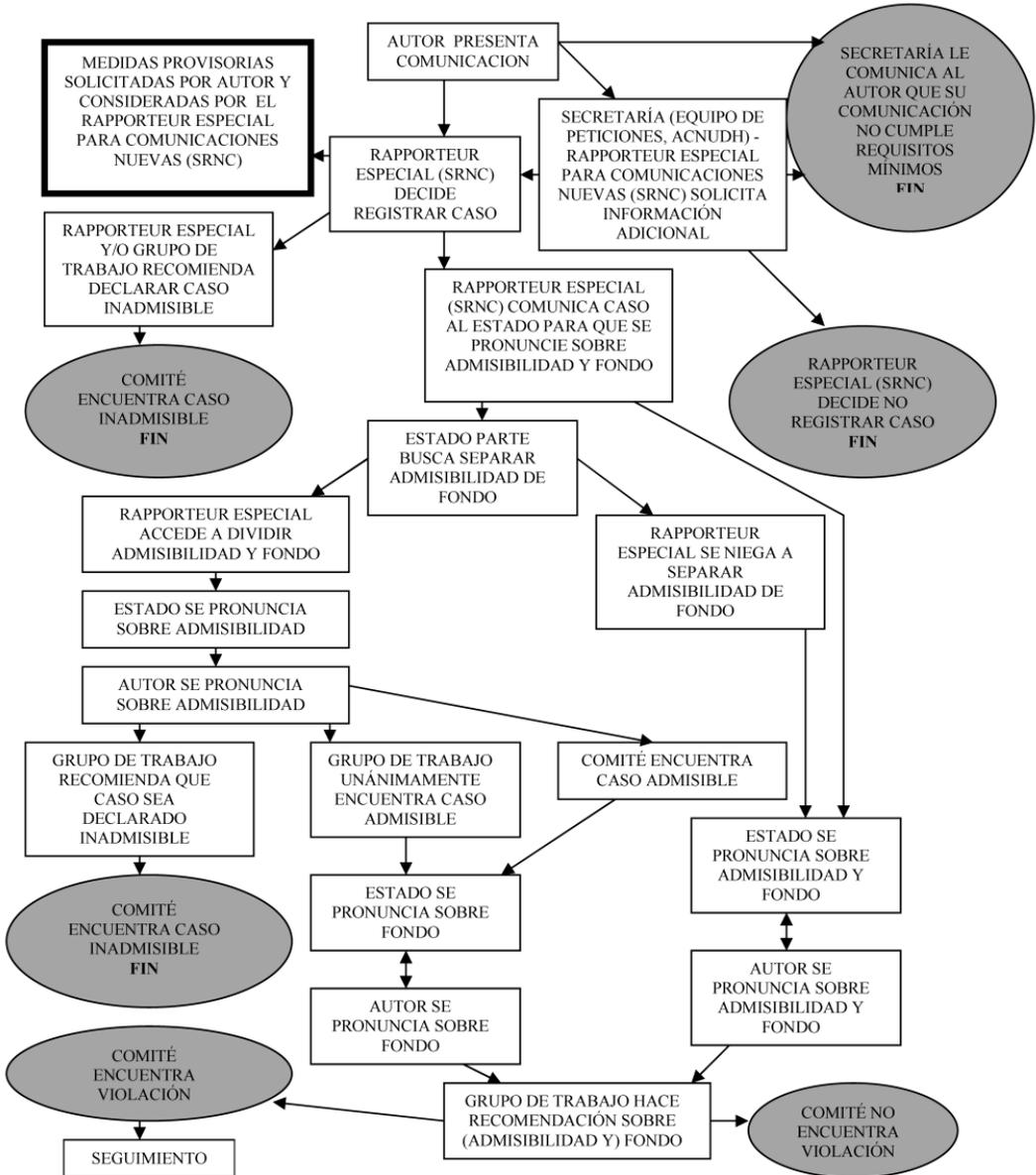
¹⁵³ Nowak, *op cit.* nota 90, p. 574.

Sin duda, la función más importante de estas Observaciones Generales es que contienen la interpretación de mayor autoridad que existe del Pacto; recogen las experiencias contenidas tanto en los Informes Estatales como en las Comunicaciones Individuales bajo el Protocolo Facultativo, para extraer conclusiones aplicables a todos los Estados Partes respecto a conductas estatales que el Comité considera violatorias de obligaciones contraídas bajo el Pacto, cumpliendo así además un claro rol preventivo.

Dentro de las Observaciones Generales, dictadas a través de los años, que revisten mayor importancia para efectos de este trabajo, se pueden nombrar las siguientes:

- Observación General N°11: Prohibición de Propaganda a Favor de la Guerra y Apología del Odio.
- Observación General N°13: Garantías Procesales en Juicios Civiles y Penales.
- Observación General N°15: Derechos de Extranjeros.
- Observación General N°17: Derechos del Niño.
- Observación General N°18: No Discriminación.
- Observación General N°19: Matrimonio y Familia.
- Observación General N°23: Derechos de Minorías.
- Observación General N°25: El Derecho a Participar en Asuntos Públicos, el Derecho a Voto y el Derecho al Acceso Igualitario al Servicio Público.
- Observación General N°28: Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres (artículo 3), que reemplaza a la Observación General N°4.

4.4 Reseña del Procedimiento Aplicable al Examen de Comunicaciones Individuales ante el Comité de Derechos Humanos¹⁵⁴.



¹⁵⁴ Bayefsky, Anne, How to Complain to the UN Human Rights Treaty System, Transnational Publishers Inc., Nueva York, 2002, pp. 60 y 61. Traducción propia.

En cuanto a la función del Comité relativa al procedimiento aplicable al examen de comunicaciones individuales recién detallado, hay que hacer algunas precisiones breves, debido a que este libro trata de la jurisprudencia que ha resultado justamente del ejercicio de esta función cuasi-judicial.

En primer lugar, en cuanto a la legitimación activa, hay que señalar que un proceso internacional que surge de un reclamo hecho por una persona individual es una clara excepción al principio de que sólo los Estados pueden ser sujetos de derecho internacional. El procedimiento en estudio va aún más allá al exigir que sólo personas individuales pueden someter comunicaciones individuales a la consideración del Comité, específicamente deben ser las víctimas de la supuesta violación, vale decir, deben haber sufrido personalmente las consecuencias perjudiciales de una infracción del Pacto por el Estado Parte. En caso de imposibilidad de la víctima de comunicarse con el Comité, se permite que lo haga una persona individual que compruebe tener una relación de cercanía con la víctima.

Por otro lado, el Comité ha interpretado el artículo 1 del Protocolo facultativo en el sentido de que aunque la supuesta víctima debe estar bajo la jurisdicción del Estado Parte, no necesita ser ciudadano o residente de ese Estado¹⁵⁵.

En lo relativo a la legitimación pasiva, el Estado contra el cual se dirige la comunicación individual debe ser parte tanto del Pacto como del Protocolo Facultativo (y del Segundo Protocolo si la supuesta violación se da bajo los supuestos contenidos en ella).

Las materias susceptibles de ser objeto de una comunicación individual son las supuestas violaciones de los derechos incluidos en los artículos 6 a 27 del Pacto y no otras. En el dictamen del caso *Lubicon Lake Band v. Canadá*¹⁵⁶, el Comité dejó en claro que las obligaciones estatales contenidas en los artículos 1 a 5 no eran susceptibles de revisión por el Comité. Esto deja fuera de la competencia del Comité casos donde se alegan violaciones autónomas de los artículos contenidos en la segunda parte del Pacto, que abarca obligaciones estatales susceptibles de ser incumplidas sólo en relación con algún derecho contenido en la tercera parte del Pacto. Además, deja fuera del ámbito de acción del Comité lo dispuesto en el artículo primero respecto a la libre determinación de los pueblos (derecho que se reclamaba en el caso *Lubicon Lake Band*).

Como se puede ver en el Tercer Anexo de este libro, muchas de las comunicaciones individuales presentadas al Comité son declaradas inadmisibles por contener defectos de forma. No hay una lista detallada y completa de las causales de inadmisibilidad en los instrumentos que rigen el actuar del Comité, siendo este uno de los puntos de mayor desarrollo jurisprudencial. Eso dicho, las causales más frecuentes por las que una comunicación individual puede ser declarada inadmisibles son:

¹⁵⁵ Véase los "casos de pasaporte" contra Uruguay N°s 31/1978, 57/1979, 77/1980, 106/1981, 108/1981 y 125/1982.

¹⁵⁶ *Lubicon Lake Band v. Canadá*, *op. cit.* nota 112. También véase *E.P et al. v. Colombia* C CPR/C/39/D/318/1988, párrafo 8.2.

- Ratione personae: el autor de la comunicación no ha sido personalmente víctima de la supuesta violación¹⁵⁷ o la comunicación se dirige en contra de un Estado que no es parte del Pacto y del Protocolo Facultativo (art. 1 Prot. Fac.).
- Ratione materiae: incompatibilidad con las disposiciones del Pacto, vale decir que se reclama un derecho no reconocido en el Pacto (art. 3 Prot. Fac.).
- Ratione temporis: la supuesta violación tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Pacto y del Protocolo para el Estado Parte y no se detectan efectos continuos de aquel hecho¹⁵⁸.
- No agotamiento de los recursos internos: el autor de la comunicación debe indicar los pasos tomados en el sistema jurídico del Estado Parte para remediar la situación y que todas las instancias han sido utilizadas sin que se haya enmendado la supuesta violación. Esto no se aplica en aquellos casos en que no existen recursos internos efectivos, se deniegan estos recursos al autor o están sujetos a una demora injustificada (art. 2 y art. 5.2.b Prot. Fac.).
- Anonimato del autor: toda comunicación debe individualizar tanto la víctima de la supuesta violación como el autor de la comunicación. Se puede solicitar al Comité que no se publiquen estos datos para la seguridad de los involucrados (art. 3 Prot. Fac.).
- Abuso del derecho a presentar comunicaciones: por ejemplo comunicaciones manifiestamente falsas o que contienen lenguaje ofensivo¹⁵⁹.
- Doble jurisdicción: el asunto está siendo conocido por otra instancia internacional (art. 5.2.a Prot. Fac.).
- Reserva del Estado: ya sea al artículo específico del Pacto cuya violación se alega, ya sea a que el asunto sea conocido por el Comité luego de ser examinado por otra instancia internacional.
- Falta de substanciación: una causal que ha surgido de la interpretación que ha hecho el Comité de sus obligaciones bajo el Protocolo Facultativo. Se aplica a comunicaciones que no contienen la información necesaria para siquiera fundamentar la petición del autor en esta etapa preliminar. Nowak lo asimila a la “manifiesta falta de fundamentos”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Por ejemplo *Aumeeruddy-Cziffra v. Mauricio op. cit.* nota 120, párrafo 9.2

¹⁵⁸ En *Singarasa v. Sri Lanka*, el Comité expresó que: “El Comité hace referencia a su jurisprudencia anterior y reitera que no puede dictaminar sobre una comunicación individual si las supuestas violaciones ocurrieron antes de la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo, a menos que las supuestas violaciones continúan o tienen efectos continuos que en sí mismos constituyen una violación del Pacto. Se debe entender una violación continua como una afirmación, luego de la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo, por acción o por clara implicancia, de violaciones previas por parte del Estado Parte”. CPCR/C/81/D/1033/2001, párrafo 6.3, traducción propia.

¹⁵⁹ Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 664.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 666.

El artículo 80 de las *Rules of Procedure* del Comité establece que el Secretario General puede solicitar al autor de una comunicación que clarifique ciertos datos proporcionados, y fija de esta manera, el mínimo de información que debe contener una comunicación individual¹⁶¹:

- Nombre, dirección, edad y profesión del autor.
- El Estado Parte contra el cual se dirige la comunicación.
- La materia objeto de la comunicación.
- El artículo o artículos del Pacto que supuestamente han sido violados.
- Los hechos que fundamentan la petición.
- Las medidas tomadas por el autor para agotar los recursos internos.
- Si es que el asunto está siendo conocido bajo otro procedimiento internacional de investigación o de conciliación.

Por último, el Comité ha adoptado la práctica de publicar sus dictámenes sobre admisibilidad y sobre el fondo de los asuntos sometidos a su conocimiento (pese a que inicialmente se privilegió el secreto como principio) en sus informes anuales y también en Internet a través de la base de datos de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. De esta manera los dictámenes del Comité pueden encontrarse en la página <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>, junto con los textos completos de los Comentarios Generales del Comité y demás documentación relevante a los órganos de protección de los derechos humanos cuyo origen se encuentra en tratados internacionales celebrados en el marco de Naciones Unidas.

¹⁶¹ *Rules of Procedure of the Human Rights Committee*, CCPR/C/3/Rev.6, 24 de abril de 2001, regla 80.

Segunda Parte

Introducción

En esta Segunda Parte se pasará a analizar la jurisprudencia del Comité en torno a comunicaciones que citan al artículo 26 del Pacto como objeto de violación por parte del Estado. Vale hacer notar en este contexto, que el objeto del estudio de jurisprudencia de este libro no son todos los casos de supuesta discriminación traídos ante el Comité, sino sólo los que alegan violaciones del artículo 26, o sea el derecho autónomo de no discriminación, y excluye los casos que aleguen únicamente violaciones del artículo 2.1 en conjunto con otra disposición del Pacto. Ahora bien, hay varios casos en que los autores citan ambos artículos 2 y 26 como objeto de violación y estos casos son incluidos aquí, con la correspondiente aclaración del Comité en cuanto a cuál disposición corresponde aplicar, ya que, como se explicó, la violación de ambos artículos debería ser mutuamente excluyente¹⁶².

Ahora bien, debe decirse que ha habido una mala práctica del Comité, primordialmente en los primeros años de su funcionamiento, de aplicar el 26 cuando ha correspondido el 2 y viceversa. A esto se suma la práctica del Comité de no resolver sobre todas las peticiones de los autores de las comunicaciones. Así por ejemplo, en el Tercer Anexo se podrán apreciar resoluciones de casos en donde al encontrar una violación de otro derecho reconocido en el Pacto, el Comité no ha considerado necesario resolver el problema de la supuesta discriminación, lo que ha dificultado en cierta medida el seguimiento de una clara línea jurisprudencial del Comité en materia de discriminación. Esto se ha visto agravado en ciertos casos por la escasa fundamentación dada a algunas resoluciones que declaran inadmisibles ciertas comunicaciones o las rechazan como infundadas.

Una de las razones de esta mala práctica puede ser la poca precisión de los autores en la presentación de sus comunicaciones. En los primeros años de funcionamiento del Comité los autores tendían a citar muchísimos artículos que ellos consideraban podían haber sido violados por las circunstancias particulares de sus casos. Las comunicaciones hechas al Comité no requieren ser patrocinadas por abogados, así es que se puede suponer que muchos de estos errores se deben a la falta de una debida asesoría legal.

Eso dicho, se puede afirmar en general que la calidad jurídica de las decisiones del Comité es del nivel más alto. La problemática de discriminación en el mundo ha ido progresando y consecuentemente, en el ámbito de instancias de derecho internacional encontramos comunicaciones que denuncian violaciones al artículo 26 que van desde lo

¹⁶² Véase *supra*, nota 119.

muy básico y claro hasta cuestiones mucho más complicadas. La complejidad de muchas de las comunicaciones presentadas hoy en día es evidente y se explica en parte porque las sociedades se están viendo forzadas a abrirse a nuevos grupos y minorías o a reconocer otros que se habían mantenido ocultos por muchos años.

La discriminación por parte del Estado es una de las quejas más frecuentes contenidas en las comunicaciones al Comité, por ello el siguiente estudio se limitará a los dictámenes de los casos más importantes para definir una línea jurisprudencial en esta materia.

Capítulo Primero

Jurisprudencia Referente a los Criterios de Diferenciación Prohibidos por el Artículo 26

1. Introducción

En este capítulo, los casos estudiados serán agrupados de acuerdo con los criterios de diferenciación prohibidos, tal como se enuncian en el artículo 26. La determinación de este criterio es dada por los hechos relatados por los autores o por el Comité, en caso de que el dictamen identifique el criterio en cuestión como diferente al citado por el autor¹⁶³.

Ahora bien, por razones obvias no se examinarán las más de trescientas comunicaciones individuales presentadas ante el Comité que afirman violaciones del artículo 26, sino sólo los más importantes para efectos de ver la evolución de la línea jurisprudencial al respecto.

Los criterios enumerados son aquellos utilizados por los redactores del Pacto, vale decir: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En el caso de ciertos criterios no existen casos resueltos hasta ahora (por ejemplo nacimiento); por otro lado, fue necesario, por la similitud de las circunstancias y la argumentación, juntar como una sola categoría a los criterios raza, origen nacional y nacionalidad¹⁶⁴. Dado que los primeros casos en que el Comité desarrolló su línea jurisprudencial fueron presentados por mujeres discriminadas por ser mujeres, comenzaré el análisis examinando la discriminación por razones de sexo.

2. Discriminación por Razones de Sexo

2.1 Discriminación de Mujeres

2.1.1 La Discriminación de Mujeres Casadas

La primera oportunidad en que el Comité de Derechos Humanos se pronunció en materia de discriminación fue al dictaminar en el caso *Aumeeruddy-Cziffra et al. v. Mau-*

¹⁶³ Por ejemplo en *Gueye v. Francia* CCPR/C/35/D/196/1985 y *Toonen v. Australia* CCPR/C/50/D/488/1992.

¹⁶⁴ La nacionalidad no es un criterio de discriminación reconocido expresamente en el artículo 26 del Pacto sino que se incluye dentro de la cláusula abierta "otra condición social".

*ricio*¹⁶⁵. La controversia se centró en torno a modificaciones en la ley de inmigración de Mauricio que estipularon que los hombres extranjeros casados con mujeres mauricianas perdían la residencia en el país, de la que gozaban en razón de su matrimonio, y debían solicitar un permiso de residencia que podía ser negado o revocado sin recurso judicial. Esta modificación legal no se aplicó a las mujeres extranjeras casadas con hombres mauricianos.

La razón de ser de la modificación legal era que en tiempos recientes se habían dado amenazas a la seguridad nacional, protagonizadas por hombres extranjeros y el gobierno buscaba controlar la inmigración y residencia de hombres potencialmente terroristas.

Lo curioso de este caso es que a primera vista la discriminación parece dirigida a los hombres; sin embargo, las autoras de la comunicación fueron mujeres, que además acusaron al Estado en su propio nombre y no en nombre de sus cónyuges. Además de la clara discriminación por sexo, alegaron que la medida interfirió arbitrariamente en su vida familiar y en sus posibilidades de ejercer cargos públicos al obligarlas a optar entre vivir sin sus cónyuges o emigrar.

Al dictaminar, el Comité sostuvo que:

“Las autoras que están casadas con nacionales extranjeros sufren las consecuencias adversas de las leyes descritas anteriormente sólo porque son mujeres. La situación precaria de residencia de sus maridos, que afecta a su vida familiar tal como se ha descrito, es producto de las leyes de 1977 que no aplican las mismas medidas de control a las esposas extranjeras. En este sentido, el Comité ha observado que, en virtud de la Sección 16 de la Constitución de Mauricio, el sexo no es uno de los motivos por los que se prohíbe la discriminación.

“En estas circunstancias, no es necesario que el Comité decida en los casos presentes hasta qué punto estas restricciones, u otras, impuestas a la residencia de los cónyuges extranjeros podrían ser contrarias al Pacto si se aplicaran sin discriminación alguna.

“(…) Siempre que se imponen restricciones a un derecho garantizado por el Pacto, esa limitación tiene que hacerse sin discriminación por motivos de sexo”¹⁶⁶.

Más adelante continúa:

“El Comité sostiene la opinión de que la protección o las medidas legales que una sociedad o un Estado han de conceder a la familia pueden variar de un país a otro y dependen de condiciones y de tradiciones sociales, económicas, políticas y culturales distintas.

¹⁶⁵ CCPR/C/12/D/35/1978.

¹⁶⁶ *Ibidem* párrafos 9.2b)2.i)6 a 9.2b)2.i)8.

“No obstante, una vez más se aplica el principio de la igualdad de trato de los sexos en virtud del párrafo 1 del artículo 2 y de los artículos 3 y 26, el último de los cuales tiene también pertinencia porque se refiere particularmente a la ‘igual protección de la ley’”¹⁶⁷.

En concreto, el Comité encontró discriminatoria la modificación legal por razones de sexo y encontró una “violación del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 3 y 26 del Pacto, juntamente con el derecho de las tres autoras casadas, con arreglo al párrafo 1 del artículo 23”¹⁶⁸. Aquí parecer haber una equivocación de forma por parte del Comité. El razonamiento de fondo que encuentra las medidas discriminatorias es sólido, sin embargo, el dictamen final respecto del artículo 26 parece indicar que la disposición tiene el mismo carácter accesorio que los artículos 2 y 3, al encontrar una violación conjunta con el artículo 23 (protección a la familia). Lo que habría correspondido en este caso es encontrar violaciones del artículo 2.1 en conjunto con los artículos 17 y 23, en lugar de ocupar la cláusula autónoma de discriminación contenida en el 26.

En el siguiente período de sesiones del mismo año, 1981, el Comité dictaminó en el caso *Lovelace v. Canadá*¹⁶⁹ en donde una mujer indígena reclamó una violación del artículo 26, debido a la distinción por sexo incluida en ciertas disposiciones de la ley indígena vigente en ese momento en Canadá. Dicha ley establecía la calidad de “indígena”, que otorgaba ciertos privilegios a quienes la sustentaban, como por ejemplo el derecho a vivir en una reserva indígena. En concordancia con disposiciones de esta misma ley, la autora perdió su estatus de “indígena” al casarse con un hombre no indígena y no lo recuperó al divorciarse. La supuesta discriminación es evidente al señalar que un hombre indígena no pierde esa calidad al casarse con una mujer no indígena. La razón de ser de estas disposiciones eran las obligaciones contraídas por el Estado para con los pueblos indígenas en cuanto a la protección de sus tierras.

Al parecer, la presunción bajo la cual se dictó la ley era que la entrada de un hombre no indígena a la administración de tierras indígenas por medio del matrimonio, amenazaba la integridad de estas reservas. No hace falta decir que se dio por entendido que la entrada de una mujer no indígena a la comunidad por medio de matrimonio no ofrecía semejante peligro.

Aquí es posible ver cómo entra a jugar la obligación del Estado de proteger dos derechos humanos en este caso; por un lado el derecho a la no discriminación por sexo y por otro la protección de minorías étnicas (consagrada en el artículo 27 del Pacto). El asunto se complicaba aún más cuando el Estado demandado sostuvo que para cambiar la ley indígena era necesaria la aprobación de las comunidades indígenas, quienes estaban divididas con respecto a la materia.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrafos 9.2b)2ii)1 y 9.2b)2ii)2.

¹⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 9.2b)2ii)4.

¹⁶⁹ CCPR/C/13/D/24/1977.

A pesar de que la autora basó su comunicación en el derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de sexo, el Comité dictaminó en base al artículo 27, esto es, protección de minorías, y consideró “innecesario” examinar posibles (y, a mi juicio, evidentes) violaciones al derecho a la no-discriminación.

Sin embargo, resulta muy importante notar que el argumento usado por el Comité para afirmar que en los hechos hubo una violación al artículo 27, se parece bastante a la prueba de lo objetivo y lo razonable aplicada en materia de discriminación:

“...el Comité opina que las restricciones legales del derecho de una persona que pertenece a la minoría del caso a residir en una reserva deben tener una justificación razonable y objetiva y ser compatible con las demás disposiciones del Pacto...”¹⁷⁰.

Al encontrar esta violación del artículo 27, el Comité consideró sumamente importante el hecho de que la Sra. Lovelace ya estaba divorciada y que por ende, no había razón de temer por la integridad de la comunidad indígena merecedora de protección al dejarla regresar a la reservación. Sin embargo, pareciera que esta línea de pensamiento obvia totalmente los problemas de discriminación que se destacan en este caso. Según esta argumentación ¿qué hubiera pasado si la Sra. Lovelace hubiera seguido casada y hubiera querido que sus hijos se criaran en un ambiente indígena? La respuesta es que no hubiera podido entrar a la reservación sólo por el hecho de ser una mujer casada con un hombre no indígena. En mi opinión, la discriminación es un tema inherente y esencial a este caso y debió ser resuelto por el Comité en el sentido de exigir al Estado cambiar la legislación en cuestión para eliminar la discriminación por sexo. Resulta evidente que la prohibición de entrar a la reserva indígena no es proporcional a la finalidad legítima de proteger la integridad de las tierras indígenas y que este propósito se pudo lograr con medidas que no discriminaban a las mujeres.

Una opinión individual del Sr. Bouziri afirma, más acertadamente, que además del artículo 27, también se violan los artículos 2.1, 3, 23.1, 23.4 y 26. Me inclino sin dudas por esta opinión, porque aunque es efectivo que se infringieron los derechos de Sandra Lovelace en cuanto integrante de una comunidad indígena, la violación ocurrió debido a su sexo y por ende es un caso de discriminación. Ahora bien, la discriminación se dio respecto de derechos cubiertos por el Pacto y por tanto corresponde aplicar el artículo 2.1. La pregunta que queda sin responder es cuál o cuáles derechos no incluidos en el Pacto han sido infringidos como para ameritar la aplicación simultánea del artículo 26¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 16.

¹⁷¹ Tres años más tarde el Comité empezó a conocer el caso *L.S.N. v. Canadá* CCPR/C/21/D/94/1981, fundamentada en básicamente los mismos hechos que *Lovelace*, pero luego de declararse la comunicación admisible, la autora la retiró debido a que el Estado Parte derogó la disposición legal pertinente.

2.1.2 La Discriminación de Mujeres en el Ámbito de la Seguridad Social

La jurisprudencia del Comité en torno a la discriminación de la mujer en el ámbito de la seguridad social es clave para entender la evolución de su interpretación del artículo 26. De hecho, aquí es donde se aplica por primera vez el artículo en su verdadero sentido autónomo y se deja en claro que su *raison d'être* es diversa a la del artículo 2.1. Esto porque el derecho a recibir prestaciones de seguridad social no está reconocido en el Pacto, ya que es un derecho económico, social y cultural y por ende no corresponde aplicar el artículo 2.1 sino el 26 como cláusula independiente de no discriminación.

Todos los casos que se citarán fueron interpuestos en contra de los Países Bajos y tal fue el revuelo causado en su razón que fueron motivo para que ciertos sectores, al interior de ese país, llamaran a denunciar el Pacto y a ratificarlo nuevamente con una reserva al artículo 26¹⁷².

Los primeros dos casos considerados en esta materia fueron *Broeks v. los Países Bajos* y *Zwaan de Vries v. los Países Bajos*¹⁷³. Los hechos de ambos casos son básicamente iguales: ambas autoras dejaron de recibir prestaciones de seguridad social por concepto de desempleo pues la ley pertinente en los Países Bajos exigía que las mujeres casadas comprobasen su calidad de “sostén de familia” (en inglés “*breadwinner*”) para seguir recibiendo pagos, mientras que esta comprobación no se exigía a los hombres, ni casados ni solteros. Las autoras sostuvieron ser víctimas de discriminación en razón de su sexo y de su estado civil. El presupuesto básico del trato diferenciado aquí era que, por lo general, los hombres sobrellevaban las responsabilidades económicas de una familia solos o en una parte mayoritaria, mientras que las mujeres, si es que aportaban económicamente, lo hacían en forma excepcional y en menores cantidades.

El Estado Parte impugnó la admisibilidad de la comunicación aduciendo que los reclamos por violación de derechos de seguridad social eran materia del Pacto Internacional de Derecho Económicos Sociales y Culturales, por lo que caían fuera de la competencia del Comité. Además, afirmó que sus obligaciones con respecto de estos derechos económicos, sociales y culturales eran de realización gradual y no inmediata. A este respecto el Estado afirmó:

“El Gobierno de los Países Bajos estima que el artículo 26 del Pacto implica una obligación de evitar discriminaciones, pero que este artículo sólo puede invocarse de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto en la esfera de los derechos civiles y políticos, aunque sin limitarse necesariamente a los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto...”¹⁷⁴.

¹⁷² Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 461.

¹⁷³ CCPR/C/29/D/172/1984 y CCPR/C/29/D/182/1984 respectivamente.

¹⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 8.3 común.

Frente a esta argumentación el Comité sentó uno de los precedentes más importantes con respecto a la discriminación:

“A los efectos de determinar el alcance del artículo 26, el Comité ha tenido en cuenta el “sentido corriente” de cada elemento del artículo en su contexto y a la luz de su objeto y fin (Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El Comité observa primeramente que el artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2. Se deriva del principio de la protección igual de la ley, sin discriminación, contenido en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquiera de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma.

“Aunque el artículo 26 exige que la ley prohíba la discriminación, dicho artículo no contiene en sí mismo ninguna obligación con respecto a las cuestiones que pueda regular la ley. Así, no exige, por ejemplo, a ningún Estado que promulgue una ley estableciendo la seguridad social. Sin embargo, una vez que esta ley haya sido aprobada en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, deberá ajustarse al artículo 26 del Pacto.

“El Comité observa a este respecto que la cuestión que se discute no es si en los Países Bajos debe o no establecerse progresivamente la seguridad social, sino más bien si la legislación por la que se establece la seguridad social viola la prohibición contra la discriminación contenida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las garantías que concede este artículo a todas las personas por lo que respecta a una protección igual y eficaz contra la discriminación”¹⁷⁵.

El segundo precedente importantísimo que se estableció en este dictamen fue la utilización por parte del Comité de la prueba de lo objetivo y lo razonable para la identificación de posibles situaciones de discriminación:

“El derecho de la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en unos criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 12.3 a 12.5 comunes.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 13 común.

El débil argumento del Estado referente a que la legislación reflejaba una realidad socio-cultural en la Holanda de la época, argumento que se asemeja sospechosamente a una especie de relativismo cultural, fue desestimado completamente por el Comité en su tajante dictamen final cuando declaró que en ambos casos, *Broeks y Zwaan de Vries*, el Estado había infringido el Pacto en cuanto a sus obligaciones bajo el artículo 26:

...para recibir las prestaciones de desempleo, la mujer casada tenía que probar que era el “sostén de la familia” -lo cual no se exigía al hombre casado-. Esta diferenciación, que parece basarse solamente en el estado civil, constituye de hecho una diferenciación por razón de sexo, ya que coloca en situación de desventaja a la mujer casada en relación con el hombre casado. Esta diferenciación no es razonable...”¹⁷⁷.

Ambos casos, *Broeks y Zwaan de Vries*, fueron invocados como base para los siguientes casos presentados en contra de los Países Bajos en materia de discriminación por sexo en el ámbito de la seguridad social como lo fueron *A.P.L.v.d.M. v. los Países Bajos*¹⁷⁸, *Calvacanti Araujo-Jongen v. los Países Bajos*¹⁷⁹ y *J.A.M.B.-R v. los Países Bajos*¹⁸⁰ en 1993 y 1994.

En el primero de estos casos la autora se encontraba en las mismas condiciones de *Broeks y Zwaan de Vries*, o sea, se le habían negado pagos de desempleo debido a que no podía comprobar que era sostén de familia. Ahora bien, en 1991 el gobierno holandés enmendó la ley de seguridad social que contenía la discriminación y estableció un sistema por medio del cual las mujeres agraviadas podían cobrar retroactivamente las prestaciones que les fueron denegadas. Sin embargo, se estableció como condicionante a la emisión de estos pagos retroactivos que las mujeres estuvieran desempleadas a la hora de solicitarlos. En el caso de la autora, pese a haber estado sin trabajo durante largo período, sucedió que en 1991 ella sí estaba trabajando y por ende no calificaba para recibir sus pagos retroactivos destinados a mitigar la pérdida económica sufrida por la discriminación anterior. Ella afirmó en su comunicación que en su caso los efectos de la discriminación no habían cesado. Sin embargo el Estado y el Comité estuvieron de acuerdo en el hecho de que la autora no podía ser considerada como víctima en los términos del Protocolo Facultativo, debido a que la cláusula discriminatoria había sido removida de la ley pertinente y por otro lado no era poco razonable exigir que una persona esté desempleada al solicitar pagos de desempleo, requisito que se aplicaba a hombres y mujeres por igual. Por ello, la comunicación fue declarada inadmisibile.

El caso *Calvacanti Araujo-Jongen*, cuyos hechos son básicamente los mismos que el caso anterior, logró pasar la barrera de la admisibilidad. Sin embargo, al discutir el fondo

¹⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 14 común.

¹⁷⁸ CCPR/C/48/D/478/1991.

¹⁷⁹ CCPR/C/49/D/418/1990.

¹⁸⁰ CCPR/C/50/D/477/1991.

del asunto el Estado nuevamente aludió a una especie de relativismo socio-cultural al tratar de explicar el porqué del requisito de ser sostén de familia. El Comité dictaminó en contra de la autora por las mismas razones por las cuales encontró inadmisibile el caso anterior, vale decir, que la disposición discriminatoria había sido removida y no era poco razonable exigir que una persona esté desempleada al cobrar pagos por desempleo.

En la siguiente sesión del Comité, se declaró inadmisibile el caso *J.A.M.B.-R. v. los Países Bajos*, que se diferenció de los anteriores sólo en que la autora sí estaba desempleada al solicitar los pagos retroactivos pero durante el período en que estuvo desempleada hubo un período de 14 meses en que no solicitó los beneficios reclamados. El Comité declaró que no hubo discriminación, porque era razonable que se le negaran pagos correspondientes a un período en que no los solicitó.

En una opinión anexa a este dictamen el miembro del Comité Bertil Wennergren hace la observación de que no hay una diferencia significativa entre los casos *Zwaan de Vries*, *Calvacanti Araujo-Jongen* y *J.A.M.B.-R.* y que por ende esta última debió ser declarada admisible, opinión con la cual estoy de acuerdo.

Opino tambien que todas las mujeres fueron perjudicadas económicamente por una disposición discriminatoria, por lo cual, todas tenían el derecho de ser resarcidas por haber sufrido ese daño. Los pagos retroactivos debían entenderse como una mínima forma de reparación del daño causado y no como pagos de desempleo, por tanto debió dar lo mismo si es que las autoras estaban o no desempleadas a la hora de solicitar reparación por haber sufrido discriminación.

El caso *Vos v. los Países Bajos*¹⁸¹ dictaminado por el Comité en 1989, dos años después de *Broeks* y *Zwaan de Vries*, parece contradecir los precedentes sentados por estos últimos. La autora de la comunicación era una mujer con discapacidad que había estado divorciada de su ex cónyuge durante veintidós años cuando éste falleció. Hasta ese momento la Sra. Vos había estado recibiendo pagos de seguridad social debido a su discapacidad pero, al morir su ex marido ella se hizo apta también para recibir una pensión por concepto de viudez. Siendo que en el sistema neerlandés la recepción de dos pensiones es incompatible, el Estado cesó en sus pagos por discapacidad y los reemplazó con pagos por viudez, que resultaron ser por un monto inferior de dinero.

La incompatibilidad de dos pensiones parece razonable, pero la razón de fondo tras el reemplazo automático de los pagos por discapacidad por pagos de viudez no lo es. Este reemplazo se daba porque la pensión de viudez se calculaba sobre la base de remuneraciones por trabajo de jornada completa, mientras que el monto de la pensión por discapacidad dependía de si el beneficiario trabajaba media jornada o jornada completa. El Estado alegó que lo normal era que las mujeres trabajaran sólo media jornada (si es que trabajaban) y por ende el cambio automático tendía a favorecerlas. Lamentó que en el caso de la Sra. Vos fuera la excepción, pero afirmó que no constituye discriminación la

¹⁸¹ CCPR/C/35/D/218/1986.

aplicación de una norma cuyo propósito fue favorecer a la mayoría de las mujeres y evitar la doble tributación por concepto de pagos de seguridad social.

El Comité desestimó nuevamente el argumento estatal de que los derechos económicos, sociales y culturales no caían bajo la protección del artículo 26 del Pacto, pero estuvo de acuerdo con el Estado al encontrar que la legislación en cuestión se basó en criterios objetivos y razonables:

“El derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26. Por otra parte, las diferencias que puedan resultar de la aplicación uniforme de la legislación no constituyen por sí mismas discriminación prohibida”¹⁸².

Una opinión individual disidente anexa hace la tímida observación que propone flexibilizar la legislación vigente pero, en mi opinión, la mejor crítica a este dictamen la realiza Bayefsky al decir:

“...la decisión omite completamente reconocer que esta distinción legislativa demostró las señales de la clásica estereotipización de las mujeres con las consecuentes secuelas de degradación y estatus de segunda clase. Se basó en presunciones anticuadas acerca de las mujeres y de su rol en la sociedad; presumió que las mujeres casadas no trabajan jornadas completas y castigó a aquellas mujeres casadas y discapacitadas que sí lo hacían. Clasificó a las mujeres en términos de sus relaciones con los hombres, y se negó a dirigirse a ellas como personas independientes, aun donde esas relaciones acabaron un cuarto de siglo antes”¹⁸³.

Concuerdo con Bayefsky, especialmente desde que se ha visto que no es necesaria una intención discriminatoria para que se constituya una violación al artículo 26. La actitud paternalista adoptada por el Estado frente a las mujeres no justifica el efecto discriminatorio del resultado de la legislación, así como tampoco lo hacen las supuestas tendencias socio-culturales de la época. El solo hecho de que la legislación no permitía a la mujer elegir cuál de los dos pagos de seguridad social le convenía más es muestra de la actitud condescendiente del legislador.

Por otro lado, no es cierto que los resultados de la aplicación uniforme de una norma no pueden constituir discriminación toda vez que el principio de no discriminación obliga a tratar como iguales a quienes se encuentran en condiciones similares y a tratar de forma diferente a aquellos que se encuentran en situaciones disímiles.

¹⁸² *Ibidem*, párrafo 11.3.

¹⁸³ Bayefsky, *op. cit.* nota 12, p. 15. Traducción propia.

La verdad es que si la Sra. Vos hubiera sido hombre, el Estado no habría alterado su pensión por discapacidad al morir su ex cónyuge, pues no existía la pensión por viudez para los hombres (lo que, por cierto, constituía una discriminación en razón del sexo en contra de ellos). Debido a ello, la Sra. Vos sufrió las consecuencias económicas de la legislación de seguridad social sólo por el hecho de ser mujer, situación claramente violatoria del artículo 26 del Pacto.

2.1.3 La Discriminación de Mujeres con Relación a su Capacidad

En octubre de 1988 el Comité dictaminó en el caso *Ato del Avellanal v. Perú*¹⁸⁴, caso íntegramente ligado a aquellos vistos en el punto 2.1.1 anterior. La Sra. Ato del Avellanal era dueña de dos edificios de departamentos y quiso cobrar judicialmente varias rentas atrasadas. La decisión de primera instancia la favoreció; sin embargo, este fallo fue revocado posteriormente por un tribunal superior debido a que la autora estaba casada en sociedad conyugal y de acuerdo con el Código Civil Peruano “el marido es el representante de la sociedad conyugal”, disposición que violaba incluso la propia Constitución peruana y que implicaba que las rentas atrasadas por concepto del arriendo de las propiedades de la autora debían ser cobradas judicialmente por su marido porque ella no tenía capacidad suficiente para ello.

El Comité encontró violaciones por parte del Estado peruano de los artículos 3, 14.1 y 26 del Pacto. El artículo 3 se viola en conjunto con el 14.1, esto es la violación de la igualdad ante las cortes de justicia por el hecho de ser mujer; sin embargo, no se explica por qué el Comité habría encontrado una violación separada del artículo 26, ya que éste es un artículo diseñado para proteger de la discriminación en ámbitos no incluidos en otras disposiciones del Pacto.

Una explicación de esto es que, sin decirlo, el Comité consideró que la discriminación se daba en el ámbito del derecho de propiedad de la autora que, al no ser incluido en el Pacto, debió tutelarse a través de la cláusula autónoma del artículo 26.

2.1.4 La Discriminación de Mujeres en la Herencia de Títulos Nobiliarios

Dos comunicaciones bastante poco usuales se declararon inadmisibles por el Comité en 2004 pero merecen ser mencionadas aquí. La primera fue *Carrión Barcaiztegui v. España*¹⁸⁵ en donde la autora reclamó que, pese a que ella ostentaba el mejor derecho, el título nobiliario de *Marquesa de Tabalosos* que poseyó su tía fallecida había pasado a su tío en razón de la preferencia reconocida a los hombres en la sucesión de títulos nobiliarios. En *Hoyos Martínez de Irujo v. España*¹⁸⁶, la autora, hija mayor del *Duque de Almodó-*

¹⁸⁴ CCPR/C/34/D/202/1986.

¹⁸⁵ CCPR/C/80/D/1019/2001.

¹⁸⁶ CCPR/C/80/D/1008/2001.

var del Río, reclamó porque el título nobiliario de su padre fue heredado por su hermano menor en razón de la misma preferencia.

En su defensa en el primer caso, el Estado afirmó que:

“... [Las reglas de sucesión para el título nobiliario] encierran una primera discriminación que se da por razones de nacimiento, ya que solo puede suceder en el título un descendiente; una segunda discriminación que se da por razones de progenitura, sobre la base de que antiguamente se creía en la mejor sangre del primer nacido, y finalmente, una tercera discriminación por razón de sexo. El Estado Parte alega que la autora acepta las dos primeras discriminaciones e incluso funda en ellas sus pretensiones, pero no acepta la tercera¹⁸⁷”.

Aunque el Estado parece, con lo anterior, reconocer la violación del principio de no discriminación, y por ende del Pacto, más adelante afirma que “...el respeto a las reglas históricas de las instituciones es reconocido por las Naciones Unidas y por 7 Estados europeos, los cuales admiten la institución de la nobleza con sus históricas reglas, ya que esto no significa alguna desigualdad ante la ley, pues la ley no concede ningún contenido jurídico-material al título nobiliario y por ende, no puede haber violación al artículo 26 del Pacto¹⁸⁸”.

Al declarar ambas comunicaciones como inadmisibles *ratione materiae*, el Comité señaló que:

“...[E]l artículo 26 no puede ser invocado como base para reclamar un título hereditario de nobleza, institución que, debido a su naturaleza indivisible y excluyente, está al margen de los valores subyacentes a los principios de igualdad ante la ley y no discriminación protegidos por el artículo 26. En consecuencia concluye que la denuncia de la autora es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto...¹⁸⁹”

Llaman la atención las opiniones individuales de los señores Rivas Posada y Solari-Yrigoyen a ambas comunicaciones y la de la señora Wedgwood a *Hoyos Martínez de Irujo* que abogan por la admisibilidad de la comunicación¹⁹⁰.

¹⁸⁷ *Carrión Barcaiztegui v. España*, op. cit. nota 185, párrafo 4.7.

¹⁸⁸ *Ibidem*, párrafo 4.8.

¹⁸⁹ *Carrión Barcaiztegui v. España* y *Hoyos Martínez de Irujo v. España*, op. cit. notas 185 y 186, párrafos 6.4 y 6.5 respectivamente.

¹⁹⁰ La señora Wedgwood parece ir más lejos y abogar en favor de la compatibilidad de los títulos nobiliarios con el Pacto al afirmar que “One hopes that the future jurisprudence of the Committee will give appropriate weight to the desire of many countries to preserve the memory of individuals and families who figured prominently in the building of the national state”. *Hoyos Martínez de Irujo v. España*, op. cit. nota 186, opinión Individual Sra. Ruth Wedgwood.

2.1.5 La Discriminación de Mujeres en el Ámbito de la Salud

En *Llantoy Huamán v. Perú*¹⁹¹, dictaminado en 2005, tres organizaciones no gubernamentales que abogan por los derechos humanos de las mujeres representaron a la autora, una joven de 17 años a quien le fue negado un aborto terapéutico, e intentaron demostrar que este tratamiento se debió a una discriminación por sexo.

Los argumentos de la autora en relación con la discriminación se construyeron en base al artículo 3 (discriminación en el acceso a servicios de salud, en el ejercicio de su derecho a obtener un aborto terapéutico y en el acceso a los tribunales de justicia) y el artículo 26 (igual protección de la ley, en este caso la ley criminal peruana que no penaliza el aborto terapéutico)¹⁹². De acuerdo con la jurisprudencia establecida con anterioridad por el Comité, podemos postular que la argumentación ofrecida por la autora pudo ser más sólida tomando en cuenta que el artículo 3 del Pacto, al igual que el artículo 2, no puede ser invocado en forma autónoma, vale decir, sin ser vinculado a otro derecho reconocido en la tercera parte del Pacto. Así, el acceso a servicios de salud no es un derecho reconocido en el Pacto, por lo que corresponde alegarse por el artículo 26; el derecho a obtener un aborto terapéutico puede encuadrarse dentro del artículo 6 ó 7 por lo que el artículo 3 se debió haber invocado en conjunto con dichos artículos (que fueron invocados separadamente por la autora) y; el acceso a los tribunales de justicia debió haberse alegado con el artículo 14 o bien con cualquiera de los otros artículos sustantivos invocados por la autora, en conjunto con el artículo 3 y 2.3.

En todo caso, el Estado parte no se defendió ante el Comité por lo que, de acuerdo con lo establecido por el mismo Comité en este mismo caso, en relación con los artículos 6, 7, 17 y 24, se debió dar el debido peso a los reclamos de la autora. Sin embargo, a pesar de que el Comité hizo justamente eso con los demás argumentos de la autora –encontrando violaciones a los artículos 7, 17 y 24 en conjunto con el artículo 2 (recurso efectivo)– declaró inadmisibles sus reclamos en relación con la discriminación sufrida pues no los encontró debidamente substanciados. Específicamente encontró que la autora no había producido prueba alguna de dicha discriminación¹⁹³.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer¹⁹⁴ establece en su artículo 12 que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

¹⁹¹ CCPR/C/85/D/1153/2003.

¹⁹² *Ibidem*, párrafos 3.2 y 3.8.

¹⁹³ *Ibidem*, párrafo 5.3.

¹⁹⁴ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979, www.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm consultado el 15 de mayo de 2006.

El Comité pudo haberse guiado por este artículo y por los párrafos 10 y 20 de su propia Observación General 28¹⁹⁵ para afirmar que la negativa de proporcionar a una mujer servicios de salud sexual y reproductiva constituye una discriminación en su contra. Estos antecedentes, sumado al hecho de que el Estado no se defendió en este caso y que el sexo constituye una categoría sospechosa en materia de discriminación hacen que la declaración de inadmisibilidad que hace el Comité sea tanto más incomprensible.

2.2 Discriminación de Hombres

2.2.1 La Discriminación de Hombres en el Ámbito de la Seguridad Social

El primer hombre en someter una comunicación a la consideración del Comité, basada en una supuesta discriminación por sexo fue Dietmar Pauger en *Pauger v. Austria*¹⁹⁶ dictaminado en 1992, cinco años después de *Broeks y Zwaan de Vries*. A la fecha de la muerte de la cónyuge del autor, en 1984, la legislación de seguridad social vigente establecía que las viudas recibían una pensión sin importar sus ingresos, mientras que los viudos sólo podían recibir una pensión si es que no tenían otra fuente de ingresos. El autor se encontraba empleado en esa fecha y por ende su solicitud de pensión de viudez fue denegada.

Al año siguiente (1985) el Estado de Austria modificó la referida legislación para contemplar pagos retroactivos a viudos a partir de ese momento. Sin embargo, el plan para igualar el status de viudas y viudos estaba programado para llevarse a cabo a lo largo de diez años. Los primeros cuatro años los viudos recibirían un tercio de la suma correspondiente y durante los siguientes seis años recibirían dos tercios, hasta completar el cien por ciento a partir de 1995. Pauger argumentó que la única razón por la cual no recibía una pensión completa era su sexo y que no había criterios objetivos y razonables para justificar eso.

El Comité, luego de hacer referencia a *Broeks y Zwaan de Vries* en cuanto a que: “[...] el artículo 26 no contiene en sí mismo ninguna obligación respecto de las cuestiones que deberían estar contempladas en la legislación. Por ejemplo, no exige a ningún Estado que promulgue una legislación en materia de pensiones. Sin embargo, esa legislación, cuando se aprueba, debe estar de acuerdo con el artículo 26 del Pacto”¹⁹⁷, dictaminó a favor del autor y encontró que el Estado de Austria había violado el artículo 26 del Pacto al establecer que:

“Ello significa en efecto que hombres y mujeres, cuyas circunstancias sociales son similares, son tratados de forma diferente simple-

¹⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 28, Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres (Artículo 3), (68ª Sesión, 2000).

¹⁹⁶ CCPR/C/44/D/415/1990.

¹⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 7.2.

mente por motivos de sexo. Esa diferenciación no es razonable, como implícitamente reconoce el Estado Parte cuando indica que el fin último de la legislación es lograr en 1995 la plena igualdad entre hombres y mujeres”¹⁹⁸.

Este dictamen sigue fielmente a *Broeks y Zwaan de Vries*, a pesar de haber sido emitido tres años después del desafortunado *Vos*, en el sentido de ratificar que las distinciones basadas puramente en el sexo de la persona no pueden ser consideradas razonables. De esta manera se empieza a sentar en la jurisprudencia del Comité la idea de que el sexo de la supuesta víctima es una categoría sospechosa en cuanto criterio de diferenciación.

Seis años después de su comunicación inicial, Pauger volvió a dirigirse al Comité, quien dictaminó su segundo caso en 1999¹⁹⁹. El autor se volvió a casar y de acuerdo a la legislación vigente sobre pensiones de viudez le correspondía un pago único de setenta pensiones mensuales. En el caso del autor, este monto fue calculado (en 1991) sobre la base de los dos tercios de la pensión completa que le correspondía de acuerdo con el dictamen anterior del Comité. Este caso se falló en 1999, cuatro años después de que se igualaron las condiciones entre viudas y viudos en Austria, por ende el Estado alegó que aquí no hubo violación del artículo 26 porque la disposición en cuestión se había modificado completamente.

Sin embargo, el Comité estimó que el Estado de Austria sí había infringido el artículo 26, de nuevo cometiendo discriminación por motivos de sexo, y que debía compensar al autor por los daños económicos sufridos.

Esto sigue la línea jurisprudencial ya establecida, pero llama la atención la similitud de este caso con *Calvacanti Araujo-Jongen, J.A.M.B.-R. y A.P.L.v.d.M.* que trataban de cobros posteriores de pagos originalmente denegados por el Estado por razones de discriminación sexual, todos los cuales fueron rechazados o declarados inadmisibles por el Comité²⁰⁰.

Una decisión lamentable fue dada por el Comité el año siguiente al dictamen en el primer caso de *Pauger*, en la comunicación *J.H.W. v. los Países Bajos*²⁰¹. El autor, un adulto mayor sin hijos, objetó el hecho de que se le cobraran impuestos destinados a contribuir a fondos de beneficios para niños considerando que a las mujeres sobre la edad de 45 que no tenían hijos, se eximían de este pago. Argumentó que la disposición tributaria carecía de razonabilidad porque las mujeres mayores de 45 podían adoptar hijos y porque los hombres mayores de 45 tenían pocas probabilidades de ser padres nuevos. La legislación tributaria en cuestión resulta bastante difícil de defender desde el punto de vista de la no discriminación, y por cierto de la lógica, pero el Estado Parte

¹⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 7.4.

¹⁹⁹ CCPR/C/65/D/716/1996.

²⁰⁰ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.1.2.

²⁰¹ CCPR/C/48/D/501/1992.

derogó la exención tres años antes de la comunicación del autor y por tanto el asunto carecía de importancia. Sin embargo, al declarar la comunicación inadmisibles (decisión correcta) las razones dadas por el Comité, en el párrafo 5.2 del dictamen, fueron las siguientes:

“...en 1989 el Estado Parte decidió derogar la exención impugnada en la presente comunicación. Teniendo en cuenta que, por lo general, la legislación en materia de seguridad social y su aplicación van a la zaga de la evolución socioeconómica de la sociedad y que el propósito de la exención suprimida no se consideraba usualmente discriminatorio durante la vigencia de ésta, el Comité considera que la cuestión planteada por el autor en su comunicación no es jurídicamente admisible y que el autor no tiene derecho a ningún recurso sobre la base del artículo 2 del Protocolo Facultativo.”

El hecho de que la legislación en materia de seguridad social y su aplicación vayan a la zaga de la evolución socioeconómica de la sociedad, o sea que la sociedad cambie más rápido que la ley, implica que, si la sociedad hubiera estado de acuerdo con la exención, se hubiera justificado una disposición posiblemente discriminatoria. ¿Una especie de aceptación tácita de la discriminación la justificaría? Eso es justamente lo contrario a lo que se trató de establecer en *Broeks y Zwaan de Vries*.

Además, el hecho de que el propósito de la exención suprimida no se consideraba usualmente discriminatorio durante la vigencia de ésta, no es relevante para el tema de si esa disposición era o no objetiva y razonable. No es primera vez que gran parte de la población de un Estado no se opone a medidas dictadas contra cierto grupo de personas, sin embargo ese no es argumento para justificar dichas medidas o decir que no son discriminatorias.

Conuerdo plenamente con la decisión de declarar la comunicación inadmisibles debido a que el asunto se resolvió tres años antes de que el autor recurriese al Comité; sin embargo, considero precaria la justificación de esta inadmisibilidad dada por el órgano.

En 1994 el Comité dictaminó en el caso *H.J. Pepels v. los Países Bajos*²⁰², en el que el autor enviudó en 1978 quedando con la responsabilidad de criar solo a sus cuatro hijos pequeños. En ese momento el Sr. Pepels no postuló para recibir un subsidio estatal a favor de sus hijos pues dicho subsidio se pagaba sólo a las viudas en su misma situación. En 1988 los tribunales de justicia neerlandesas encontraron que esta disposición era contraria al artículo 26 del Pacto y la ley se enmendó, ante lo cual el autor postuló para recibir pagos retroactivos. Luego de una extensa batalla judicial con el Estado respecto a si procedían o no pagos retroactivos, los tribunales internos fallaron que correspondían pagos retroactivos desde el 23 de diciembre de 1984, plazo final impuesto por la Comunidad Europea para la derogación de toda discriminación entre hombres y mujeres.

²⁰² C CPR/C/51/D/484/1991.

El autor de la comunicación argumentó ante el Comité que dicho fallo era arbitrario, debido a que la Comunidad Europea no tenía las facultades para decidir acerca de la aplicación de un pacto de Naciones Unidas. Además argumentó que los trece años entre que el Estado firmó el Pacto y lo ratificó eran bastantes como para ajustar la legislación interna a las exigencias del tratado.

El Estado contraargumentó que en la fecha de aplicación de la legislación (1978), la distinción entre viudos y viudas era objetiva y razonable y que no debía ser juzgado de acuerdo con estándares vigentes a la hora del dictamen del Comité (1994).

El Comité resolvió este caso extremadamente complejo de la siguiente manera: Primero, cuando el autor postuló para recibir los beneficios, la legislación discriminatoria ya había sido derogada y por ende no se le discriminó en ese momento: Segundo, a pesar de que la legislación en cuestión efectivamente era contraria al artículo 26 del Pacto, nunca se le aplicó al autor pues éste nunca postuló para recibir los beneficios durante su vigencia y por consiguiente el Comité no podía pronunciarse sobre los pagos retroactivos entre 1978 y 1987: Tercero, la retroactividad de los pagos se aplicó por igual a hombres y mujeres, por lo cual aquí tampoco hubo discriminación. Debido a todo esto, la comunicación fue rechazada, pues en opinión del Comité los hechos no divulgaron una violación del Pacto.

Cabe hacerse la pregunta, en relación con este caso, si es que el Comité estaba exigiendo que el autor postulara para recibir pagos en 1978, bajo una ley que claramente se los negaba para que se haya podido configurar una discriminación.

Por otro lado, el Comité parece no haber basado su dictamen en los argumentos de las partes, cuando habría sido de suma utilidad que resolviera tanto el argumento del autor respecto a la pertenencia del plazo fijado por la Comunidad Europea como el argumento del Estado respecto de la época tardía del fallo que evoca cuestionamientos respecto del relativismo cultural y de la calidad “*self executing*” del artículo 26.

El último caso que se examinará, en cuanto discriminación contra hombres en el ámbito de la seguridad social, es el de *A.P. Johannes Vos v. los Países Bajos*²⁰³, dictaminado cuatro meses después del segundo *Pauger*. El Sr. Johannes Vos sometió a la consideración del Comité una comunicación bastante complicada alegando discriminación en la forma de cálculo de las pensiones recibidas por funcionarios públicos casados, hombres y mujeres. Al parecer, se habría dado esta discrepancia en la forma de calcular los montos de los pagos, al intentar el Estado igualar los derechos de la mujer a los del hombre en esta materia. Al sobreponer los dos sistemas de pensiones a los que tenían derecho los funcionarios públicos, resultó que las mujeres casadas recibían una mayor pensión que los hombres casados.

²⁰³ CCPR/C/66/C/786/1997.

Al dictaminar, el Comité encontró que:

“La pensión pagada al autor como ex funcionario público casado, como pensión devengada antes de 1985, es inferior a la pensión pagada a una ex funcionaria pública casada, como pensión devengada en la misma fecha. El Comité opina que esto representa una violación del artículo 26 del Pacto”²⁰⁴.

2.2.2 La Discriminación de Hombres en Materia de Familia

El caso de *Balaguer Santacana v. España*²⁰⁵, no constituye el único caso en que el Comité ha fallado materias concernientes a la supuesta discriminación de un padre o madre en la determinación de la custodia de su hijo o hija, pero es el único en que el padre ha argumentado discriminación por razones de sexo.

Luego de la separación de su pareja, el autor de la comunicación fue autorizado por el juzgado pertinente para ver a su pequeña hija de un año de edad durante un día a la semana, mientras que su ex pareja obtuvo la custodia de la niña durante el resto del tiempo. Cuando, luego de una emergencia médica, el autor mantuvo a la niña en su custodia durante cuatro días, su ex pareja se negó a dejarlo verla nuevamente y desde esa época hasta la comunicación al Comité la pareja se había visto envuelta en un largo y engorroso proceso judicial que según el autor lo perjudicaba a él y a su hija. Concretamente, el autor sostuvo que la práctica de los tribunales españoles de entregar la custodia de un niño casi siempre a la mujer, constituía una preferencia a favor de las madres.

El Comité ligó este argumento al artículo 26 (aunque el autor no lo invocó directamente y tal vez hubiera correspondido más el 2.1) y al respecto dictaminó que:

“...Otra cuestión es si la decisión sobre la guarda y los derechos de acceso en este caso se han basado en distinciones hechas entre padres y madres y, de ser así, si estas distinciones se basan en criterios objetivos y razonables, en aplicación del artículo 26 del Pacto... después de examinar la documentación presentada, el Comité llega a la conclusión de que en las circunstancias del presente caso no se plantean las cuestiones previstas en el artículo 26. No hay indicios de que las autoridades españolas hayan tratado al autor arbitrariamente y sobre la base de criterios no razonables o de que el autor haya recibido un trato diferente al de otros que se encuentran en una situación análoga”²⁰⁶.

El fundamento, entonces, de este dictamen es que el trato dado por el Estado Parte al padre a la hora de decidir sobre la custodia de su hija, no es considerado como subje-

²⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 7.6.

²⁰⁵ CCPR/C/51/D/417/1990.

²⁰⁶ *Ibidem*, párrafos 10.1 y 10.6.

tivo, poco razonable o siquiera distinto al trato otorgado a otros en su misma situación. El caso es de suma importancia pues existe un movimiento mundial de padres que alegan mejores y mayores derechos en cuanto a la custodia de sus hijos. En mi opinión, este dictamen hubiera sido de mayor utilidad para los legisladores internos, si hubiera entrado a especificar las razones por las cuales la distinción entre la madre y el padre no constituye discriminación en las circunstancias de este caso.

En marzo de 2002 el Comité dictaminó en el caso *Müller y Engelhard v. Namibia*²⁰⁷, en donde los autores, una pareja matrimonial, argumentaron que las dificultades impuestas por la ley para que el hombre adoptara el apellido de su cónyuge mujer eran discriminatorias, en la medida de que la mujer podía adoptar el apellido de su cónyuge sin mayores trámites. Vale señalar que la comunicación fue interpuesta por ambos cónyuges pero se examinará en este apartado pues contiene una supuesta discriminación muy visible en contra del cónyuge masculino.

El Estado Parte accedió a que había en su legislación una distinción por sexo, pero argumentó que ésta era objetiva y razonable dado que apuntaba a lograr la seguridad jurídica y además formaba parte de una larga tradición social en Namibia.

Al dictaminar el Comité estableció que:

“...todo trato distinto que se base en los motivos enumerados en la segunda frase del artículo 26 del Pacto impone al Estado Parte la carga onerosa de explicar el motivo de la diferenciación”²⁰⁸.

Esto resulta de suma importancia pues reconoce la calidad de categoría sospechosa no sólo del criterio “sexo” sino de todos los motivos enumerados en el artículo 26 y explica las consecuencias de dicha determinación.

Finalmente, el Comité dictaminó que:

“Dada la importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, por lo general tampoco se puede invocar el argumento de una inveterada tradición para justificar un trato diferente entre hombre y mujer que es contrario al Pacto. No puede considerarse razonable supeditar la posibilidad de elegir el apellido de la mujer como apellido familiar a un procedimiento más riguroso y menos ágil que su alternativa (la elección del apellido del marido); sea como fuere, el motivo de la distinción no es lo suficientemente importante como para primar sobre el criterio del género que, por lo general, está excluido. En consecuencia, el Comité considera que los autores han sido víctimas de discriminación y de la violación del artículo 26 del Pacto”²⁰⁹.

²⁰⁷ CCPR/C/74/D/919/2000.

²⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 6.7.

²⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 6.8.

Vale notar, nuevamente, que se encontró una violación del artículo 26 no sólo con respecto al hombre sino también de la mujer, cuyo apellido resultó ser inapropiado para ser el denominador familiar. Parece claro que el origen de la discriminación en este caso es el rol de género asignado a cada sexo tanto en el contexto del matrimonio como en la sociedad en general. De otro modo no se explicaría por qué los argumentos de seguridad jurídica ofrecidos por el Estado para justificar el procedimiento de cambio de nombre aplicado al señor Müller, no se aplicarían a las mujeres que desean adoptar el apellido de sus cónyuges. El Estado afirmó que el hombre debía demostrar las razones por las que deseaba cambiar de apellido para efectos de asegurar la seguridad jurídica²¹⁰, razones que podían ser rechazadas por el Estado; la mujer no necesitaba demostrar razón alguna para cambiar su apellido al de su cónyuge y, al parecer, la seguridad jurídica en cuanto a la identidad de ella era irrelevante para el Estado.

2.2.3 La Discriminación de Hombres en Materia de Indultos

La base de la comunicación en el caso *Beresford Whyte v. Jamaica*²¹¹ y en lo concerniente a la discriminación, se refirió al otorgamiento de indultos a prisioneros condenados a la pena de muerte. El autor, uno de estos presos, alegó que el Gobernador General de Jamaica tenía la facultad de otorgar indultos y perdonar la vida a ciertos presos cuando lo estimaba conveniente. Sin embargo, los criterios con los que ejercía esta facultad eran muy poco precisos y resultó que hasta esa fecha siempre había otorgado indulto a mujeres y raramente lo había hecho con respecto a hombres. En este sentido el autor invocó el artículo 3 del Pacto aunque el Comité, al considerar la admisibilidad de la comunicación decidió referirse al artículo 26, probablemente debido a que el indulto no es un derecho reconocido en el Pacto (el artículo 6.4 reconoce el derecho a solicitar un indulto, no el derecho a recibir un indulto).

En todo caso la denuncia por discriminación no pasó el examen de admisibilidad debido a que el Comité consideró que le faltó sustanciación, o sea, no consideró que los antecedentes entregados fuesen suficientes como para ameritar un examen del fondo del asunto.

Me parece que, a pesar de que, al parecer, el otorgamiento del indulto es una facultad discrecional del Gobernador General de Jamaica, esto no permite que se discrimine entre presos, más aun en base a una categoría sospechosa. Dado lo anterior, hubiera sido interesante que el Comité se pronunciara sobre el fondo de esta comunicación, obligando de esta manera al Estado a probar que esta gravísima acusación carecía de fundamento.

²¹⁰ En su argumentación, el Estado afirmó que “El apellido sirve para determinar la identidad de la persona a efectos de seguridad social, seguros, licencias, matrimonio, herencia, votación, presentación de candidaturas, pasaporte, impuestos y expedientes públicos, y constituye por tanto un componente importante de la propia identidad. (...)El objeto de la distinción que se establece en la Ley de extranjería es lograr la seguridad jurídica y la certeza de la identidad y, por consiguiente, se funda en criterios justificados y objetivos”. *Ibidem*, párrafo 4.4.

²¹¹ C/PR/C/63/D/732/1997.

2.2.4 La Discriminación de Hombres en el Acceso a Cargos Públicos

El caso *Jacobs v. Bélgica*²¹², dictaminado en 2004, que versa sobre la legitimidad o no de cuotas a favor de mujeres para la elección a cargos públicos se tratará en profundidad en el Capítulo Tercero de la Segunda Parte de este trabajo al ser examinada la línea jurisprudencial del Comité en materia de medidas especiales. En este momento basta decir que en este caso el Comité avaló la aplicación de dichas medidas, desestimando los reclamos por discriminación formulados por el autor en su comunicación individual debido a que la distinción por sexo hecha a favor de las candidatas mujeres tenía una justificación objetiva y razonable.

2.3 Discriminación de Minorías Sexuales

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resuelto tres casos interpuestos por minorías sexuales en donde se ha alegado, entre otras cosas, discriminación autónoma (hay otros casos en donde las comunicaciones se han basado en el derecho a la libre expresión y en el derecho a la intimidad y han omitido toda referencia al artículo 26).

El primero de estos casos es *Toonen v. Australia*²¹³ resuelto por el Comité en 1994. El autor, un activista gay del Estado de Tasmania, reclamó en su comunicación que la criminalización de las relaciones sexuales, consentidas, entre hombres adultos y en privado, violaba los artículos 17 (derecho a la intimidad) y 26 del Pacto, especialmente desde que no se prohibía ninguna actividad sexual consentida entre mujeres y sólo algunas prácticas sexuales consentidas entre heterosexuales. Los tipos penales del Código Criminal de Tasmania, que el autor afirmaba contrariaban el Pacto, eran aquellos que establecían como delitos las “relaciones sexuales por vías no naturales” o “relaciones contra natura” (artículo 122) o de “prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino” (artículo 123).

El Estado australiano se vio en la difícil situación de defender al Estado federado de Tasmania cuando semejantes disposiciones penales habían sido derogadas en todo el resto del país y la postura del gobierno central era más cercana a la del Sr. Toonen que a la del Estado de Tasmania. Frente a esta realidad, el Estado consideró que el autor tenía la razón en cuanto a la calificación de los hechos como posiblemente discriminatorios y formuló al Comité la pregunta de si es que la orientación sexual de una persona podía entenderse dentro de la categoría “otra condición social” empleada tanto en el artículo 26 como en el 2.1.

En su dictamen, el Comité encontró que las disposiciones penales constituían una injerencia arbitraria en la vida privada del autor y por ende violaban el artículo 17 en conjunto con el artículo 2.1 del Pacto. Al encontrar esta violación, y en concordancia

²¹² CCPR/C/81/D/943/2000.

²¹³ CCPR/C/50/D/488/1992.

con la idea de que las violaciones de los artículos 2.1 y 26 son mutuamente excluyentes respecto de los mismos hechos, el Comité dictaminó que era innecesario referirse a una posible violación del artículo 26.

En una opinión disidente, el integrante Sr. Wennergren expuso que:

“No comparto la observación del Comité contenida en el párrafo 11 de que no es necesario examinar si hubo también una violación del artículo 26 del Pacto, pues el Comité concluyó que había habido una violación de los derechos del Sr. Toonen con arreglo al párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. En mi opinión, la conclusión de una violación del párrafo 1 del artículo 17 debe más bien deducirse de la conclusión de una violación del artículo 26”²¹⁴.

La tremenda importancia de este dictamen se da con la respuesta que dio el Comité ante la interrogante del Estado australiano:

“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”²¹⁵.

Como ya se explicó en la Primera Parte, punto 3.4.3, en lo referente al criterio sexo, en mi opinión, el Comité incluyó a la orientación sexual dentro de esta categoría para efectos de que se entendiera como una “categoría sospechosa” de discriminación y para, consecuentemente, dar mayor protección a las personas pertenecientes a minorías sexuales²¹⁶.

²¹⁴ *Ibidem*, Opinión Individual disidente Sr. Bertil Wennergren, párrafo 1. El razonamiento propuesto por el Sr. Wennergren fue que hubo una discriminación violatoria del artículo 26 del Pacto y que esta discriminación era lo que hacía que la injerencia en la vida privada del Sr. Toonen fuese “ilegal”. Vale decir, no hubo discriminación en el goce del derecho a la intimidad sino que hubo injerencia ilegal en la intimidad del autor debido a que se le discriminó. Esta argumentación no parece convincente ya que la discriminación se dio en torno a una actividad practicada por el autor en su vida privada por lo que sería más acertado encontrar una violación conjunta del artículo 17 con el 2.1. Recordamos que, como se ha visto en este trabajo, una interpretación lógica del Pacto lleva necesariamente a concluir que la esfera de aplicación de la cláusula de no-discriminación contenida en el artículo 26 se limita a circunstancias no cubiertas por el mencionado Pacto. Si se concluye que ha habido una discriminación en el goce del derecho a la intimidad, entonces corresponde encontrar una violación del artículo 17 del Pacto conjuntamente con el artículo 2.1, cláusula de no-discriminación subordinada que se refiere justamente a la esfera de los derechos reconocidos explícitamente en el Pacto.

²¹⁵ *Ibidem*, párrafo 8.7. Véase también *supra*, Primera Parte, punto 3.4.3.

²¹⁶ Para mayor información respecto a la jurisprudencia internacional referente a personas pertenecientes a minorías sexuales, véase la tesis no publicada de Manuela Cuví Rodríguez “El Derecho a la No-Discriminación por Motivos de Orientación Sexual en la Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos”, Universidad de Chile, 2002. En este tema específico, pp. 35-38.

El segundo caso de discriminación por orientación sexual fue *Joslin et al. v. Nueva Zelanda*²¹⁷ y se dictaminó por el Comité en julio de 2002. Las autoras de la comunicación, dos parejas de lesbianas, reclamaron ante el Comité pues el registro civil del Estado demandado les había negado la posibilidad de contraer matrimonio debido a que la legislación pertinente era interpretada de tal manera que se entendía que el matrimonio podía contraerse sólo entre hombres y mujeres, vale decir, parejas heterosexuales. Las autoras basaron sus reclamos, *inter alia*, en que a ellas se les negaba la posibilidad de elegir si casarse o no, a diferencia de las parejas heterosexuales²¹⁸. Además del artículo 26, la comunicación invocó violaciones al artículo 16 y a los artículos 17, 23.1 y 23.2, todos en conjunto con el artículo 2.1, haciendo de esta manera que la discriminación fuera elemento central de esta contienda.

El Estado por su parte negó la existencia de discriminación:

“En cuanto al artículo 26, el Estado Parte insiste en que la imposibilidad de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio dimana directamente del párrafo 2 del artículo 23 del Pacto y, por lo tanto, no puede constituir discriminación con arreglo al artículo 26. Pasando a los elementos de discriminación previstos en ese artículo, el Estado Parte argumenta en primer lugar que el hecho de que los homosexuales no puedan contraer matrimonio no se deriva de una distinción, exclusión o restricción, sino más bien de la naturaleza intrínseca del matrimonio mismo. Según la concepción universalmente aceptada en la actualidad, el matrimonio sólo es posible entre personas de sexo opuesto, y así se dispone en el derecho civil de todos los demás Estados Partes en el Pacto. Aunque en los últimos años algunos Estados Partes han instituido formas de reconocimiento oficial de las relaciones homosexuales, ninguna de esas formas ha sido descrita como matrimonio ni posee los mismos efectos jurídicos que éste. Como tal, el matrimonio se concibe claramente, y así lo reafirma el párrafo 2 del artículo 23, como un acto entre personas de distinto sexo (...) El Estado Parte sostiene que con su intento de interpretar el principio de la no discriminación de manera que se redefina la institución del matrimonio, las autoras no buscan la no discriminación sino la identidad de trato, lo que rebasa con mucho el ámbito del artículo 26 (...) La institución del matrimonio es un caso claro en que el fondo de la ley necesariamente crea una diferencia entre las parejas de sexo opuesto y otros grupos o personas, y por lo tanto la naturaleza de la institución no puede constituir una discriminación contraria al artículo 26. (...) En segundo lugar, la imposibilidad de las parejas homosexuales de contraer matrimonio en

²¹⁷ CCPR/C/75/D/902/1999.

²¹⁸ *Ibidem*, párrafo 3.1.

virtud del derecho neozelandés no representa en todo caso una distinción o diferenciación por motivos de sexo u orientación sexual. El elemento determinante es la naturaleza de la pareja, no la de sus miembros. La Ley de matrimonio concede a todas las personas los mismos derechos respecto del matrimonio, independientemente de su sexo y de su orientación sexual, y no establece diferencias entre las personas sobre esa base. Lo que la ley hace es otorgar un estatuto civil definido a una forma definida de grupo social. (...) En tercer lugar, el Estado Parte arguye que la diferenciación está objetiva y razonablemente justificada si responde a un propósito legítimo en virtud del Pacto. Al diferenciar entre parejas homosexuales y parejas de sexo diferente, la Ley de matrimonio se basa en criterios claros e históricamente objetivos y se propone cumplir el propósito de proteger la institución del matrimonio y los valores sociales y culturales que esa institución representa. La legitimidad de este propósito se reconoce explícitamente en el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto”²¹⁹.

En un dictamen bastante escueto, el Comité decidió pronunciarse solamente sobre lo dispuesto en el artículo 23.2, vale decir en lo que respecta el derecho a contraer matrimonio, una vez más negándose a emitir un pronunciamiento respecto a si ha existido discriminación en este caso:

“Dado que existe una disposición específica en el Pacto sobre el derecho al matrimonio, toda alegación sobre la violación de ese derecho ha de considerarse teniendo en cuenta esa disposición. El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término “hombre y mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos”, o “todas las personas”. El uso del término “hombre y mujer” en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse”²²⁰.

De esta manera el Comité desestimó la comunicación interpuesta por las autoras, y de alguna manera validó la casi absoluta prohibición del matrimonio homosexual en el mundo.

Al comparar este caso con el caso *Toonen* llama poderosamente la atención tanto las similitudes como las diferencias en la jurisprudencia sobre discriminación de minorías sexuales.

²¹⁹ *Ibidem* párrafos 4.11 a 4.14.

²²⁰ *Ibidem*, párrafo 8.2.

Lo que tienen ambos dictámenes en común es que ninguno resuelve las afirmaciones hechas por las partes en cuanto a la discriminación autónoma. De hecho, ninguno de ellos se refiere siquiera a la discriminación al resolver el asunto, pese a que en ambos casos la discriminación fue pilar de la argumentación de ambas partes. *Toonen* fue resuelto sobre la base del derecho a la intimidad (la poca razonabilidad de la interferencia en la vida privada del autor) y *Joslin* sobre la base del derecho a contraer matrimonio. Aunque el dictamen de *Toonen* liga la violación del artículo 17 al 2.1, nunca específicamente explica la relación entre los fundamentos de esa violación y la no discriminación dependiente, ni hace hincapié en que el autor fue discriminado por el hecho de ser homosexual. En su lugar recalca que la invasión de la vida íntima del autor fue poco razonable, en vez de decir que la diferenciación legal que discriminaba a homosexuales era poco razonable. Es verdad que el resultado de ambas lógicas es igual, ha existido una violación de derechos humanos; sin embargo, hay razones poderosas por las cuales la omisión de un dictamen respecto de la discriminación por parte de un órgano con tanta influencia como el Comité pueda criticarse. Como expresa la tesista Manuela Cuvi, al referirse al fundamento de fallos internacionales en materia de discriminación contra minorías sexuales:

“Un régimen basado en la privacidad estimula a las personas a ocultar su orientación sexual, generando una tendencia social a ignorar que dichas personas existen y que en consecuencia la sociedad debe hacerse cargo de sus problemas. Un régimen basado en la igualdad sería una mejor estrategia por atacar el corazón del problema, y además porque permitiría el avance respecto de derechos específicos, tales como la igualdad en el empleo o incluso en las relaciones familiares”²²¹.

Desde el punto de vista interpretativo, no se explica la diferencia en criterios de interpretación existentes en ambos dictámenes. En *Toonen* vemos claramente cómo el Comité hizo una interpretación extensiva, verdaderamente osada, al incluir dentro del concepto de sexo a la orientación sexual del autor. Se dejó de lado el elemento gramatical de interpretación para efectos de dar mayor protección a las minorías sexuales, al incluirlos dentro de una categoría sospechosa de discriminación. Sin embargo en *Joslin*, el Comité no sólo omite toda referencia a la discriminación, sino que interpreta el artículo 23.2 en forma extremadamente restrictiva y sólo en su sentido gramatical.

Es verdad, en mi opinión, que a las autoras de la comunicación no se les privó del derecho a contraer matrimonio; cualquiera de ellas tiene esa posibilidad en cualquier momento, siempre que elija casarse con un hombre. Por ello es que la restricción de su derecho no se basa en el sexo de ellas, sino en el sexo de su futuro cónyuge; es decir, no se les prohíbe casarse porque son mujeres ni porque son lesbianas (hay muchos homosexuales en matrimonios heterosexuales), la distinción en este caso tiene que ver con el sexo de la persona con la que quieren contraer matrimonio.

²²¹ Cuvi, *op. cit.* nota 216, p. 75.

El Comité sostuvo que, en este caso, no estamos hablando de “matrimonio”. Sin embargo no ofrece fundamentos para apoyar esta afirmación más allá del pobre argumento constituido por una interpretación gramatical del artículo 23.2, argumento que, en mi opinión, no alcanza a ser suficientemente riguroso como para justificar una restricción al derecho en cuestión, en especial si recordamos que, según el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²²², los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su objeto y fin. En este caso, el objeto y fin del Pacto es la protección de los derechos humanos de las personas humanas, finalidad que no parece cumplirse con este dictamen del Comité.

Ahora bien, habiendo dejado establecido que en mi opinión no hay razones de peso para excluir a las relaciones de las autoras de la protección del artículo 23.2, aun si se acepta la interpretación del Comité en cuanto a que ese artículo se limita a proteger sólo a personas que desean casarse con personas del sexo opuesto, afirmo categóricamente que esto no sustrae el conocimiento del caso de la competencia del Comité. Si es que entendemos que efectivamente el artículo 23.2 no se pone en el caso de cónyuges del mismo sexo, no era el artículo indicado para resolver este caso. Las autoras sintieron que eran víctimas de una violación de derechos humanos porque el Estado se negaba a reconocer legalmente sus relaciones de pareja; el Comité ya ha dejado en claro que estas relaciones de pareja no se encuadran dentro del concepto de matrimonio que tiene el Pacto. Por lo tanto, si partimos de la base de que se está limitando una libertad de estas mujeres, se pueden colegir dos conclusiones: a) o existe la posibilidad de que el mismo artículo 23.2 del Pacto sea discriminatorio en los términos que ocupa o; b) el derecho que se infringió en este caso no se encuentra regulado en el Pacto y por ende cae bajo la protección del artículo 26.

Si no estamos hablando de matrimonio, entonces estamos hablando de otro derecho, que tenga por finalidad el reconocimiento jurídico igualitario de la unión homosexual. El Estado se niega a dar protección a una situación de hecho, una familia de hecho, porque la pareja no se encuentra casada, y a la vez le prohíbe contraer matrimonio dado el sexo de las posibles cónyuges.

El Comité ha establecido una jurisprudencia clara respecto de que las uniones de hecho, las convivencias, no son comparables con los matrimonios porque estos últimos conllevan mayores derechos y deberes dado su reconocimiento jurídico²²³. Aquí estamos ante una situación en donde dos personas quieren gozar de dicho reconocimiento jurídico pero no pueden hacerlo dado el sexo de su respectiva pareja. Están obligadas a convivir porque el Estado no les permitirá contraer matrimonio y en consecuencia gozar de los derechos y cumplir con los deberes que el mismo Comité reconoce como valiosos; sus familias no gozan de la misma protección que las familias de parejas matrimoniales

²²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27, adoptado el 23 de mayo de 1969, en http://oas.org/xxvga/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf consultado el 24 de mayo de 2006.

²²³ Véase *infla*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 7.1.

heterosexuales, lo que necesariamente involucra también los derechos del niño en relación con los hijos de las autoras.

Lo anterior es una desprotección jurídica del Estado basada únicamente en el sexo de las convivientes y cae claramente bajo el imperio del artículo 26 del Pacto dado que, según el Comité, no hay otro artículo de dicho Pacto que reconozca el derecho al “matrimonio homosexual”. Las autoras se diferencian de parejas no matrimoniales heterosexuales por cuanto éstos *pueden* casarse si lo desean; es su libre elección. Las autoras lo desean mas no pueden, debido a su sexo, una condición que no pueden ni quieren cambiar. En mi opinión, la resultante desprotección jurídica es discriminatoria²²⁴.

El tercer caso en donde la discriminación autónoma fue reclamada por un autor homosexual es *Young v. Australia*²²⁵, dictaminado por el Comité en agosto de 2003. El autor mantuvo una relación de pareja con otro hombre, un veterano de guerra, durante 38 años. Luego de la muerte de su pareja, el autor solicitó una pensión de viudez, la cual fue denegada puesto que la legislación respectiva limitaba el otorgamiento de dichas pensiones al cónyuge o la cónyuge sobreviviente o a la pareja no matrimonial pero heterosexual del difunto en los casos en que la relación de pareja se asimilaba a una relación matrimonial y siempre que la relación no fuese prohibida por la Ley de Matrimonio. La denegación de la solicitud del autor se basó en que su relación no matrimonial no era heterosexual²²⁶.

El autor hizo referencia a *Broeks, Zwaan de Vries y Danning* para argumentar que la seguridad social cae bajo la competencia del Comité y a *Toonen* para sostener que la orientación sexual es un criterio de distinción prohibido bajo el artículo 26. En su defensa, el Estado intentó argumentar que aun si al autor no le hubieran excluido por su orientación sexual no hubiera cumplido con los otros requisitos impuestos por la ley para poder cobrar la pensión, específicamente se exigía que el difunto haya muerto a causa de la guerra y que el autor haya sido realmente pareja del difunto²²⁷.

²²⁴ En este sentido llamo la atención a la opinión individual concurrente de los Sres. Lallah y Scheinin en donde afirman, entre otras cosas que “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. (...) cuando el Comité sostiene que determinadas diferencias en el trato de parejas casadas y parejas heterosexuales no casadas se basan en criterios razonables y objetivos y, por consiguiente, no discriminatorios, la razón de este enfoque es la posibilidad de esas parejas a elegir si contraen o no matrimonio, con todas las consecuencias que ello entraña. Tal posibilidad de elección no existe para parejas del mismo sexo en países donde la ley no permite el matrimonio entre estas parejas u otro tipo de asociación reconocida entre personas del mismo sexo, con consecuencias similares o idénticas a las del matrimonio. Por lo tanto, la denegación a parejas del mismo sexo de ciertos derechos o beneficios que pueden tener las parejas casadas puede equivaler a una discriminación prohibida según el artículo 26, a menos que criterios razonables y objetivos justifiquen lo contrario.” *Joslin et al. v. Nueva Zelanda, op. cit.* nota 217, apéndice, Opinión Individual Concurrente de los señores Rajsoomer Lallah y Martin Scheinin.

²²⁵ CCPR/C/78/D/941/2000.

²²⁶ *Ibidem*, párrafo 2.1.

²²⁷ *Ibidem*, párrafos 3.1, 4.4 y 4.10.

En su dictamen sobre el fondo del asunto, el Comité sostuvo que el autor nunca podría haber probado que cumplía con las demás exigencias de la ley pues su solicitud fue rechazada en razón de que su relación fue homosexual, sin entrar a considerar los demás requisitos. Entonces, sostuvo que lo que debía decidir era si la negativa del Estado a otorgar al autor una pensión en base a que era del mismo sexo que el difunto violaba o no el artículo 26²²⁸. Al respecto afirmó que:

“El Estado no ha proporcionado argumentos sobre cómo esta distinción entre parejas del mismo sexo, a quienes se les niega el beneficio de una pensión por ley, y parejas no matrimoniales heterosexuales, quienes reciben estos beneficios, es razonable y objetivo, y ninguna prueba que podría indicar la existencia de factores que justifican esta distinción se ha ofrecido. En este contexto, el Comité encuentra que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión en razón de su sexo u orientación sexual²²⁹”.

Este dictamen es una aplicación fiel de *Broeks* y de *Danning*²³⁰. En esencia, utilizó el artículo 26 para solucionar una disputa en el ámbito de la seguridad social usando el criterio de lo objetivo y razonable (*Broeks*) y mantuvo su jurisprudencia respecto de que las relaciones matrimoniales no son comparables con las relaciones no-matrimoniales (*Danning*). Cabe suponer que si la distinción impugnada se hubiera hecho entre parejas matrimoniales y no matrimoniales, la comunicación individual del señor Young se habría desestimado pues no estaba casado con su pareja y, de acuerdo con el precedente establecido en *Joslin*, la prohibición de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo no vulnera el Pacto. Sin embargo, cuando el Estado abrió la posibilidad de solicitar pensiones a parejas sobrevivientes de relaciones no matrimoniales, de acuerdo con el precedente de *Toonen*, el Estado estaba obligado a no discriminar por orientación sexual.

2.4 Conclusiones

2.4.1 Notable Baja en Reclamos por Discriminación por Razones de Sexo

Las primeras comunicaciones alegando violaciones al artículo 26 fueron presentadas por mujeres en los años '80 y mayormente tenían que ver con desigualdades que resultaban de su estado civil de casadas. En teoría esto se debía a varias razones: primero, los Estados Partes del Protocolo no se habían preocupado de adecuar su legislación inter-

²²⁸ *Ibidem*, párrafo 10.3.

²²⁹ *Ibidem*, párrafo 10.4.

²³⁰ Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 7.1. En *Danning v. los Países Bajos* al autor se le denegó beneficios de seguridad social en iguales condiciones que personas casadas puesto que él estaba en una relación no matrimonial con su pareja. El Comité consideró que la distinción entre parejas matrimoniales y no matrimoniales era objetiva y razonable y por ende no encontró una violación del artículo 26.

na a las exigencias del Pacto entre el tiempo de la firma y la de la entrada en vigor del Tratado; esto afectaba mayormente a las mujeres por ser ellas tradicionalmente el grupo más grande de personas discriminadas en cualquier nación. Por otro lado, el poco conocimiento del tema de los derechos humanos, de la discriminación y del Pacto hizo que en la práctica las dos categorías de discriminación más identificables en la época eran la raza y el sexo.

Ya en los años '90 el conocimiento de la base conceptual de la discriminación se había extendido a mayor número de personas, en especial la sociedad civil a través de las ONG quienes, apoyadas por los dictámenes del Comité en cuanto a la discriminación por sexo, lograron presionar a los respectivos Estados Partes para que reformaran toda la legislación ofensora. La difusión y la fuerte autoridad de los dictámenes del Comité, jugaron un rol importante en la consecución de cambios a favor de las mujeres en las legislaciones de los Estados Partes del Pacto. Como consecuencia de esto, se puede ver que en los años '90 el Comité dictaminó más casos de discriminación sexual interpuestos por hombres que por mujeres. Incluso estos reclamos de hombres son escasos en la segunda mitad de dicha década, siendo la legislación referente al sexo una de las primeras preocupaciones de los Estados Partes por reformar, dada la confirmación de la calidad de categoría sospechosa de la que goza dicho criterio de diferenciación.

Por otro lado, la referencia explícita en *Müller y Engelhard* al sexo como categoría sospechosa de diferenciación ha dejado en claro para los Estados partes que sus distinciones basadas en el sexo requieren de un respaldo mucho mayor para ser aceptadas por el Comité. En mi opinión, esta declaración va a hacer disminuir aún más en el futuro los reclamos por discriminación por sexo dado que los Estados Partes deberían ir ajustando más su legislación interna a las exigencias del Pacto.

2.4.2 Cambio de Reclamos Efectuados por Mujeres a Reclamos Efectuados por Hombres

Fue en la primera mitad de la década de los '90 que algunos hombres, basándose en la jurisprudencia emitida por el Comité en casos presentados por mujeres, comenzaron a usar el artículo 26 como una manera de eliminar de las legislaciones internas aquellas disposiciones que, sobre la base de un estereotipo de la fragilidad de la mujer, concedían a ésta “privilegios” denegados a hombres.

Ahora bien, en su conjunto, los hombres tuvieron menos éxito que las mujeres en sus reclamos, siendo los casos *Pauger, Johannes Vos y Müller & Engelhardt* los únicos en donde el trato “preferencial” dado a las mujeres fue considerado como discriminatorio. Eso dicho, debe señalarse que hablar de “privilegios” a favor de mujeres es apresurado ya que en la gran mayoría de los casos, se ve claramente que estos “privilegios” se fundamentan en ideas estereotipadas sobre el rol que ocupan o deben ocupar las mujeres (y los hombres) en la sociedad. Vale decir, afirmar que las discriminaciones reclamadas por los hombres que hemos examinado afectan sólo a hombres es una visión miope que no toma en cuenta el contexto en que se presentan los hechos reclamados.

Resulta interesante notar que, hasta *Jacobs* en 2004, ninguna de las comunicaciones interpuestas por hombres se fundamentaban en un rechazo a medidas especiales a favor de las mujeres. *Jacobs* permitió al Comité marcar un hito en su jurisprudencia por discriminación sexual al justificar una diferenciación de trato en la necesidad de medidas especiales para lograr la igualdad de facto de las mujeres.

2.4.3 Apertura del Concepto “Sexo” a Minorías Sexuales

Sin duda uno de los precedentes más importantes de la jurisprudencia del Comité, en materia de discriminación, fue la inclusión del criterio de diferenciación que podemos denominar “orientación sexual” dentro de la categoría sospechosa de “sexo”, hito que se dio en el caso *Toonen*. Como ya se ha comentado en este trabajo, dicha inclusión fortalece la protección de personas pertenecientes a las llamadas “minorías sexuales” por cuanto es más difícil para el Estado cuyo actuar se cuestiona, justificar sus acciones u omisiones en torno a la diferenciación de trato de personas no heterosexuales. Este precedente que, luego de ser invocado y desestimado en *Joslin*, volvió a aplicarse debidamente en *Young*.

2.4.4 Observaciones Generales N°4, N°18 y N°28

Como ya se ha visto, el Comité va periódicamente dictando Observaciones Generales, aplicables a todos los Estados Partes, referentes a ciertas materias que han llamado la atención especial del organismo al revisar los Informes Estatales y las comunicaciones individuales que le han sido presentadas²³¹.

Hay tres Observaciones Generales del Comité que se refieren a la discriminación por razones de sexo. En el primero de ellos, la Observación General N°4²³², emitida el 30 de julio de 1981, se ve claramente la influencia del caso *Aumeeruddy Cziffra*, dictaminado sólo tres meses y medio antes²³³. Esta Observación General, cuyo título se refiere al artículo 3 del Pacto, también hace referencia a los artículos 2.1 y 26 al abordar, en forma breve, la discriminación por sexo, específicamente la discriminación contra la mujer.

El documento interpreta el principio de no discriminación consagrado en el Pacto como fuente de obligaciones positivas de los Estados Partes, en particular con referencia a las medidas especiales²³⁴ para efectos de lograr la igualdad de facto. Luego recuerda a los Estados Partes que las obligaciones impuestas por el Pacto requieren necesariamente de una revisión profunda de la legislación vigente en cada uno de ellos, a fin de eliminar todas aquellas normas que no cumplen con el principio de la igualdad de sexos.

²³¹ Véase *supra*, Primera Parte, punto 4.3.

²³² Comité de Derechos Humanos, Observación General 4, Artículo 3 - Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos, 30 de julio de 1981 (13° sesión, 1981).

²³³ *Ibidem*, párrafo 3.

²³⁴ *Ibidem*, párrafo 2. El Comité habla de “acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos”.

Ocho años más tarde el Comité emitió su Observación General N°18²³⁵ que abordó en forma comprensiva toda la temática de la no discriminación, incluida la discriminación por sexo. Es en este documento donde el Comité, luego de muchos años dilucidando casos referentes a la igualdad y basándose en los artículos 1 de la CERD y de la CEDAW, da su propia definición de discriminación²³⁶. Asimismo, llama a los Estados Partes nuevamente a “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”²³⁷, aludiendo, por supuesto, a las medidas especiales.

La Observación General N°4 fue reemplazada el 29 de marzo de 2000 por la Observación General N°28²³⁸, también nominativamente referente al artículo 3 pero aplicable de la misma manera a los artículos 2.1 y 26. Esta Observación General, mucho más completa que su predecesora, relaciona la obligación de no discriminación entre los sexos con cada derecho específico reconocido en el Pacto, denunciando de paso muchas prácticas misóginas supuestamente justificadas por el relativismo cultural. Por ejemplo, muy interesantes son sus comentarios respecto a la violencia intrafamiliar, el impedimento al aborto y la esterilización forzada como violaciones del artículo 7 (prohibición de la tortura), así como la prostitución forzada como una forma de esclavitud prohibida por el artículo 8. Se alcanza a apreciar cómo el Comité, luego de más de veinticuatro años de funcionamiento, ha logrado juntar en un solo texto las experiencias y los casos provenientes tanto de los Informes Países como las comunicaciones individuales, en torno a las más graves violaciones a los derechos de las mujeres.

El Comité, a través de esta Observación General, deja en claro que las medidas necesarias para cumplir debidamente con el artículo 3 del Pacto comprenden:

- La eliminación de los obstáculos que se interponen en el goce de los derechos en condiciones de igualdad;
- La instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos;
- El ajuste de la legislación interna a fin de dar efecto a las instrucciones enunciadas en el Pacto;
- La prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios;
- El aseguramiento de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto²³⁹.

²³⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No Discriminación, *op. cit.* nota 15.

²³⁶ *Ibidem*, párrafo 7.

²³⁷ *Ibidem*, párrafo 10.

²³⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General 28, Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres (Artículo 3), *op. cit.* nota 195.

3. Discriminación por Razones de Idioma

3.1 El Derecho a Elegir el Idioma en que se Obra en la Vida Pública. El Derecho de los Estados Partes a Elegir un Idioma Oficial

El estudio del tema de la discriminación por idioma debe necesariamente ligarse con la libertad de expresión y con el tema de las minorías nacionales existentes dentro de un Estado Parte. Es útil recordar en este momento el caso *Belgian Linguistics* analizado con anterioridad en esta obra²⁴⁰, en donde la raíz de la controversia era la decisión del Estado de dividir el país en zonas lingüísticas de acuerdo con el idioma hablado por la mayoría de sus habitantes, perjudicando así a las minorías lingüísticas existentes en dichas zonas.

Entre los años 1990 y 1992 el Comité se vio verdaderamente inundado por una gran cantidad de comunicaciones individuales, interpuestas en contra del Estado de Francia por un grupo de activistas bretones que buscaban que el gobierno francés reconociera al bretón como lengua oficial.

El primero de estos casos fue *Guedson v. Francia*²⁴¹ en donde el autor fue procesado por dañar señales de tránsito escritas en francés. Durante el juicio criminal en su contra el autor solicitó al tribunal permiso para expresarse en bretón, solicitud que fue denegada debido a que el autor era perfectamente capaz de expresarse en francés. Según el representante del Sr. Guedson esto constituyó una discriminación por razones de idioma y la actitud del Estado francés en torno a las exigencias de los bretones constituía un “etnocidio”.

El Comité examinó el fondo del asunto sólo en lo que se refería a los artículos 14 y 26²⁴² y determinó que en la medida en que se cumplieron las garantías expresadas en el artículo 14 del Pacto, al negar al autor los servicios de un intérprete debido a que hablaba francés y por ende no necesitaba de tales servicios, no se había discriminado en contra del autor y consecuentemente no hubo una violación del artículo 26 del Pacto.

Un año más tarde el Comité falló en conjunto tres comunicaciones casi idénticas al caso *Guedson*²⁴³, rechazando nuevamente las peticiones de los autores en los siguientes términos:

“La legislación francesa, de por sí, no concede a todos el derecho a hablar su propio idioma ante los tribunales. A los que no entienden

²³⁹ *Ibidem*, párrafos 3, 4 y 5.

²⁴⁰ Véase *supra*, Primera Parte, punto 2.2.

²⁴¹ CCPR/C/39/D/219/1986.

²⁴² Se declaró inadmisibles en cuanto al artículo 19 y una reserva del Estado francés al artículo 27 impidió que se examinara bajo éste.

²⁴³ *Yves Cadoret v. Francia* CCPR/C/41/D/221/1987, *Herve le Bihan v. Francia* CCPR/C/41/D/323/1988 y *Herve Barzhig v. Francia* CCPR/C/41/D/327/1988.

o no hablan el francés se les proporcionan los servicios de un intérprete. Los autores habrían dispuesto de estos servicios si realmente los hubieran necesitado: al no ser ése el caso, no fueron víctimas de discriminación, en el sentido del artículo 26, por motivos de su idioma”²⁴⁴.

Las siguientes tres comunicaciones individuales presentadas por los activistas bretones, basados en casi exactamente los mismos hechos fueron todas declaradas inadmisibles por falta de substanciación, vale decir, el Comité estimó que no contenían los fundamentos necesarios para ameritar un estudio de fondo²⁴⁵. Con este gesto el Comité logró frenar su uso por parte de los activistas bretones como un foro político de protesta para llamar la atención internacional a su causa.

En 1990 el Comité declaró inadmisibles una comunicación individual interpuesta por un conjunto de habitantes de las islas de San Andrés cuya población es mayormente protestante y angloparlante a pesar de que Colombia ejerce soberanía sobre ellas²⁴⁶. Los autores afirmaron que el gobierno había impuesto un plan de “colombianización” del archipiélago por lo que ofrecía incentivos a colombianos continentales para que habitaran en la isla y estableció como lengua única oficial el español, castigando el uso del inglés. Lamentablemente, el fondo del asunto nunca se resolvió pues los autores, tal vez por sentirse independientes de la Colombia continental, no agotaron las instancias internas antes de recurrir al Comité, omisión que ameritó la declaración de inadmisibilidad.

Tres casos sumamente interesantes fueron dictaminados por el Comité en 1993 y 1994 en relación con la prohibición del uso del inglés en la publicidad en el Estado canadiense de Québec. Las primeras dos comunicaciones, *Ballantyne & Davidson v. Canadá* y *McIntyre v. Canadá*²⁴⁷ fueron interpuestas por comerciantes angloparlantes residentes en Québec, zona francoparlante. Los autores impugnaron como discriminatorias disposiciones legales vigentes en Québec que prohibían el uso del idioma inglés en avisos publicitarios, en aras de la protección del uso del idioma francés en la región.

Al respecto, el Estado Parte en su defensa presentó declaraciones del gobierno de Québec en cuanto a que:

“El gobierno de Québec hace notar que en la esfera lingüística, el principio de igualdad de hecho se opone a una igualdad puramente formal y hace necesario conceder un trato diferente para llegar a un resultado que restablezca el equilibrio entre situaciones distintas. Afirma que la Carta de la Lengua Francesa, modificada por la Ley No. 178, “es una respuesta legislativa moderada a la situación especial de la sociedad de Québec para quien, en el contexto norteamer-

²⁴⁴ Yves Cadoret v. Francia, *op. cit.* nota 243, párrafo 5.8.

²⁴⁵ S.G. v. Francia CCPR/C/43/D/347/1988, G.B. v. Francia CCPR/C/43/D/348/1989 y C.L.D. v. Francia CCPR/C/43/D/439/1990.

²⁴⁶ E.P. et al v. Colombia, CCPR/C/39/D/318/1988.

²⁴⁷ CCPR/C/47/D/359/1989 y CCPR/C/47/D/385/1989 respectivamente.

ricano, frente al predominio de la lengua inglesa y las presiones culturales, socioeconómicas y políticas que genera, la “francificación” sigue siendo una conquista muy frágil”²⁴⁸.

Al parecer el gobierno de Québec buscó que el Comité dictaminara que en este caso particular hubo una diferenciación de trato, pero que tal diferenciación se justificaba en cuando constituía una medida especial de protección de la cultura francoparlante. Esta interpretación de los hechos habría guardado completa concordancia con el Pacto. Sin embargo, el Comité decidió declarar que, mientras sí hubo una violación del artículo 19.2 (libertad de expresión), no la hubo en lo respectivo al artículo 26 pues no hubo ninguna diferenciación de trato.

“Los autores han sostenido que se ha vulnerado su derecho, con arreglo al artículo 26, a la igualdad ante la ley; el gobierno de Québec ha pretendido que los artículos 1 y 6 de la Ley No. 178 son medidas generales aplicables a todos los comerciantes independientemente de su idioma. El Comité observa que los artículos 1 y 6 de la Ley No. 178 prohíben el uso de anuncios comerciales en el exterior en un idioma que no sea el francés. Esta prohibición se aplica tanto a las personas de habla francesa como a las de habla inglesa, de modo que una persona de habla francesa que desee hacer publicidad en inglés para comunicarse con sus clientes de habla inglesa, no podrá hacerlo. Por lo tanto, el Comité considera que no se ha discriminado contra los autores a causa de su idioma, y decide que no ha habido violación del artículo 26 del Pacto”²⁴⁹.

En el fondo, lo que se dictaminó fue que la prohibición del uso del inglés en aviso de publicidad se aplicaba a toda la población de Québec y no sólo a los angloparlantes y por ende no hubo diferenciación de trato. No se discriminó a los autores por ser angloparlantes, sino que se les prohibió una conducta que era prohibida para todos.

He ahí la explicación de por qué los hechos sí constituían una violación a la libertad de expresión pero a la vez no eran discriminatorios²⁵⁰. A los autores se les prohibió expresarse en inglés (una violación del artículo 19 del Pacto), pero esta prohibición no se basó en su condición personal de angloparlantes. En efecto, el razonamiento del Comité se basó en que se prohibía a todos expresarse en inglés, irrespecto al idioma que hablaban normalmente y por ende, no se dio una violación conjunta del artículo 19 con el artículo 2.1. Ahora bien, el concepto de discriminación al que se ha adherido en este trabajo plantea que se debe tratar de forma igual a los que se encuentran en situaciones iguales y diferente a los que se encuentran en situaciones diferentes. En el presente caso habría que

²⁴⁸ *Ballantyne & Davidson v. Canadá*, op. cit. nota 247, párrafo 8.7.

²⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 11.5.

²⁵⁰ El dictamen cuenta con varias opiniones individuales de miembros del Comité que se refieren, en su mayoría, a la posible violación del artículo 27 (protección de minorías).

preguntarse si es que angloparlantes y francoparlantes en Québec se encontraban en situaciones equiparables y por ende si es que la identidad de trato por parte del Estado correspondía de acuerdo con las exigencias del principio de no-discriminación. Si se concluye que ambos grupos se encontraban en situaciones equivalentes, entonces al no haber un trato distinto por parte del Estado, efectivamente no se puede hablar de discriminación. Sin embargo, si este no es el caso, habría que examinar si es que la normativa impugnada tenía efectos mayormente adversos para los angloparlantes en razón de su idioma, y por ende si hay una violación conjunta de los artículos 19 y 2.1.

Un año más tarde el Comité dictaminó en el caso *Singer v. Canadá*²⁵¹, cuyos hechos eran básicamente los mismos a los vistos bajo *Ballantyne, Davidson y McIntyre*. El autor, un comerciante, afirmó que la legislación que le prohibía exponer publicidad en inglés afuera de su local comercial era discriminatoria, pues lo colocaba en una posición de desventaja *vis a vis* los comerciantes francoparlantes de Québec.

Al dictaminar, el Comité sostuvo que:

“(...) el Comité, habiendo concluido que un Estado Parte en el Pacto puede elegir uno o más idiomas oficiales, pero no puede privar a las personas, fuera de la vida pública, del derecho a expresarse en el idioma que deseen, considera que se ha violado el párrafo 2 del artículo 19. A la luz de esta conclusión no es necesario que el Comité aborde ninguna otra cuestión que pueda surgir en virtud del artículo 26”²⁵².

Se puede suponer que el Comité se negó a pronunciarse sobre la posible violación del artículo 26 debido al precedente sentado en *Ballantyne*, pero lo verdaderamente importante de este dictamen es la declaración de que los Estados Partes sí tienen el derecho de escoger un idioma oficial, declaración que sería vital para la resolución del próximo caso en que se alegó discriminación por razones de idioma, el caso *Diergaardt*, que se examinará más adelante.

En 2005 el Comité declaró inadmisibile el caso *Hoffman y Simpson v. Canadá*²⁵³, el último caso de angloparlantes en Québec que reclamaban discriminación en razón de idioma. Luego de la presentación del caso *Singer* al Comité, el Estado canadiense cambió su legislación y, en lugar de prohibir el uso del inglés en publicidad exterior, pasó a exigir que se diera una “predominancia marcada” al francés en dicha publicidad. Los autores eran accionistas y directores de una empresa que fue multada por mantener publicidad bilingüe en el exterior de su local cuyas letras en inglés eran del mismo tamaño que sus letras en francés²⁵⁴. Lamentablemente los autores no agotaron los recursos internos por lo que el Comité nunca llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

²⁵¹ CCPR/C/51/D/455/1991.

²⁵² *Ibidem*, párrafo 12.2.

²⁵³ CCPR/C/84/D/1220/2003.

²⁵⁴ *Ibidem*, párrafos 2.1 y 2.2.

El caso que marcó el punto más polémico de la jurisprudencia del Comité en materia de discriminación por idioma fue el antes mencionado *J.G.A Diergaardt et al. v. Namibia*²⁵⁵, resuelto en julio de 2000. Los autores de la comunicación eran descendientes de colonizadores europeos que vivían en una pequeña comunidad rural en Namibia. En 1991, al declarar su independencia las autoridades del Estado Parte establecieron constitucionalmente que el idioma oficial del país era el inglés, reemplazando el afrikáans que había sido usado por las antiguas autoridades colonizadoras.

Los autores citaron varias violaciones al Pacto, de los cuales sólo trataremos aquellas relacionadas con la discriminación por razones de idioma.

El problema se suscitó cuando, durante un proceso judicial, los autores fueron obligados a hablar en inglés, no siendo esta su lengua de origen, por ende no siendo fluidos en ella, y a proporcionar documentos con traducciones oficiales que eran de alto costo. Por otro lado, los autores hablaron de una circular oficial enviada a los funcionarios del Estado instruyéndolos a no utilizar el afrikáans en conversaciones telefónicas. Según los autores de la comunicación, la política pública de comunicarse oralmente y por escrito con ellos en inglés, siendo los funcionarios públicos perfectamente capaces de hacerlo en afrikáans, constituía una práctica discriminatoria dirigida intencionalmente en contra de ellos.

En su dictamen respecto de la posible violación del artículo 26 el Comité sostuvo que:

“ (...) Esas instrucciones de prohibir el uso del afrikáans no se refieren únicamente a la publicación de documentos públicos, sino incluso también a las conversaciones telefónicas. En defecto de toda respuesta del Estado Parte, el Comité debe dar la debida consideración a la denuncia de los autores de que la circular de que se trata va dirigida intencionalmente contra la posibilidad de utilizar el afrikáans en las relaciones con las autoridades públicas. Por consiguiente, el Comité concluye que los autores, en cuanto hablantes del afrikáans, son víctimas de una violación del artículo 26 del Pacto”²⁵⁶.

Sin embargo, este dictamen no estuvo libre de controversia, siendo anexadas a ella nada menos que siete opiniones individuales, cinco de las cuales trataban el tema de la discriminación, cuatro de ellas siendo disidentes.

El miembro del Comité Sr. Abdelfattah Amor sostuvo que al hacer del inglés idioma oficial, el Estado igualó la multiplicidad de otros idiomas que se hablaban en el país y que el efecto directo del dictamen de Comité fue dar un privilegio al afrikáans por sobre el resto de ellos. Sostuvo que la circular estatal se adoptó para manejar un problema de

²⁵⁵ C/PR/C/69/D/760/1997.

²⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 10.10.

hecho que era que el afrikáans se estaba usando aún en la administración pública, y por ende no era discriminatorio en contra de las personas que sólo hablaban afrikáans²⁵⁷.

Por su parte, el Sr. Nisuke Ando, además de coincidir en que la circular igualó a todos los idiomas tribales, sostuvo que hacer diferencias entre el idioma oficial de un país y otros idiomas es objetivo y razonable y por ende no hubo violación del artículo 26²⁵⁸.

Los Sres. Bhagwati, Colville y Yalden afirmaron que la prohibición del uso de otros idiomas en la administración pública se aplicaba a todos por igual y por tanto, por no ser dirigida especialmente en contra de la comunidad que hablaba afrikáans no era discriminatoria. La circular se refirió al afrikáans sólo porque éste fue el único idioma con el que la administración tuvo problemas, debido a que solía ser idioma oficial del Estado; por ello estos miembros tampoco estuvieron de acuerdo con la conclusión de la mayoría del Comité²⁵⁹.

La opinión individual del Sr. Lallah fue algo más severa al afirmar que no hubo discriminación alguna y que:

“La denuncia real de los autores con respecto al artículo 26, vista en el contexto de sus otras quejas, hace pensar que aún anhelan la situación privilegiada y exclusiva de que gozaban antes en lo que respecta a la ocupación de la tierra, el autogobierno y el uso de su idioma en un sistema de autogobiernos fragmentados que el apartheid permitía. Tal sistema ya no rige en la nación unificada que la Constitución de su país ha creado”²⁶⁰.

Por otro lado los miembros del Comité, Sra. Evatt, Sr. Klein, Sr. Kretzmer y Sra. Medina, además de reafirmar su apoyo al dictamen del Comité en cuanto a que sí hubo discriminación, estimaron que también se había violado la libertad de recibir e impartir información debido a que a los funcionarios públicos se les prohibió comunicarse en afrikáans, aun si podían hacerlo²⁶¹.

Sin duda la resolución de este caso fue difícil, debido a la turbia historia política de la zona y el rechazo completo a la práctica del apartheid impuesta por el régimen anterior, que tuvo como característica el uso del afrikáans como idioma oficial. Eso dicho, estoy de acuerdo con lo resuelto por la mayoría del Comité, por cuanto creo que el objetivo del nuevo gobierno era borrar toda huella del apartheid en la administración pública y como resultado de ello, se perjudicó a una comunidad que no hablaba el idioma oficial siendo que dicho perjuicio no era necesario debido a que todos igualmente hablaban afrikáans.

²⁵⁷ *Ibidem*, Opinión Individual Sr. Amor.

²⁵⁸ *Ibidem*, Opinión Individual Sr. Ando.

²⁵⁹ *Ibidem*, Opinión Individual Sres. Bhagwati, Lord Colville y Yalden.

²⁶⁰ *Ibidem*, Opinión Individual Sr. Lallah, párrafo 9, subrayado proveniente del original.

²⁶¹ *Ibidem*, Opinión Individual de Sra. Evatt, Sr. Klein, Sr. Kretzmer y Sra. Medina.

El cambio del afrikáans al inglés no tenía que ser tan brusco, pudo haberse logrado un plan de integración durante varios años, la inmediata prohibición del uso del afrikáans hace suponer que la intención del Estado fue erradicarlo. Por otro lado, en otros países políglotas o que cuentan con grandes tasas de inmigración, no es poco usual que los funcionarios públicos se expresen en el idioma de la persona que está siendo atendida con el fin de facilitar la atención. Uno no puede colegir de este hecho que haya una amenaza a la unidad lingüística del país.

3.2 Conclusiones

Lo que se puede derivar de la jurisprudencia antes expuesta, es que el Comité reconoce a los Estados partes el derecho a elegir uno o más idiomas oficiales y que tal hecho o el hecho de no reconocer a otras lenguas minoritarias no constituye discriminación por idioma según el Pacto.

La diferencia entre el caso *Diernaardt* y todos los otros que existieron antes, es que los autores de aquella comunicación eran residentes del país pero no hablaban el idioma oficial, mientras que los *Bretones* y los *Canadienses Angloparlantes* sí lo hacían. Además en los casos anteriores no hubo una prohibición del uso del idioma de los autores en situaciones coloquiales, mientras que en *Diernaardt* sí lo hubo; no se puede equiparar la negativa de usar el idioma oficial en juicio o de publicitar en otro idioma con la prohibición de usar un idioma común a ambas partes, en una conversación telefónica o en correspondencia escrita cualquiera.

En *Diernaardt* se individualizó un solo idioma en la circular que prohibía su uso y por ello la medida fue declarada discriminatoria; el único caso de todos los presentados en esta categoría cuyo reclamo por discriminación fue dictaminado a favor de los autores.

Curioso resulta el hecho que en los casos en contra de Canadá no se encontró discriminación pero sí se encontraron violaciones a la libertad de expresión, mientras que en *Diernaardt* sí se encontró discriminación pero el Comité en su mayoría desestimó una violación al artículo 19, cuando parece más obvio tal trasgresión en este caso que en el anterior. Así, en *Diernaardt* se puede apreciar que la discriminación va de la mano con una prohibición de expresarse y de recibir o impartir información.

4. Discriminación por Razones de Religión

4.1 Discriminación en la Esfera de la Educación

Al analizar casos de posible discriminación en materia de educación podemos ver la aplicación del artículo en su verdadero sentido, como instrumento protector de derechos no consagrados en el Pacto. El derecho a la educación no encuentra reconocimiento en el Pacto por ser calificado generalmente como un derecho económico, social y cultural, y es

por ello que el logro de la igualdad en su reconocimiento encuentra asidero sólo en el artículo 26 del Pacto.

4.1.1 *La Conversión de Escuelas Públicas en Laicas y el Problema del Financiamiento de Escuelas Privadas Religiosas*

El primer caso, cronológicamente, fue *Blom v. Suecia*²⁶² resuelto por el Comité en abril de 1988. El autor de la comunicación era un estudiante de una escuela privada sueca quien invocó discriminación en la negativa del Estado a otorgarle ayuda financiera para llevar a cabo sus estudios, debido a que dicha escuela no estaba bajo la administración del Estado. A pesar de que el autor no especificó en su comunicación que el criterio bajo el cual fue discriminado fue su religión, resulta claro de la lectura del caso que el autor eligió atender una escuela privada debido a sus creencias y religión, al parecer judía, y la implicancia fue que el Estado se negó a darle ayuda financiera debido a esto.

El Estado argumentó que existían fondos públicos destinados a ayuda financiera para alumnos de escuelas privadas, siempre y cuando dichas escuelas fuesen supervisadas por el Estado. En el caso particular la escuela del autor postuló para recibir dicha supervisión, para lo cual fue evaluada mediante un proceso que duró ocho meses. Fue durante estos meses que al autor se le denegó la ayuda estatal reclamada.

El Comité, en su dictamen, consideró razonable que el Estado limitara fondos fiscales a escuelas privadas que fuesen supervisadas por él y a su vez estimó que el plazo de evaluación de ocho meses no era excesivamente prolongado, por lo que en este caso no hubo indicio de discriminación.

Apoderados de la misma escuela privada fueron los autores de las comunicaciones *Lindgren et al. v. Suecia* y *Lundquist v. Suecia*²⁶³, casos dictaminados por el Comité en noviembre de 1990. Nuevamente, los autores no especificaron que el criterio de discriminación habría sido la religión de los estudiantes sino que alegaron discriminación por “otra condición social”, siendo ésta la diferenciación entre alumnos de escuelas públicas y privadas. Sin embargo, las comunicaciones están siendo examinadas en esta parte del libro debido a que se eligió la educación privada por sobre la pública debido a razones religiosas, argumento que será clave para la consideración de comunicaciones futuras en esta materia.

El problema se suscitó cuando a ciertos alumnos de ciertas escuelas privadas se les denegó ayuda financiera municipal para la compra de libros de texto. Los autores afirmaron que dicha ayuda estaba destinada a mitigar los gastos que implicaba la obligatoriedad de la educación y que no se debía diferenciar entre alumnos de escuelas públicas y privadas para estos efectos, debido a que dicha obligatoriedad se aplicaba a todos por igual.

²⁶² CCPR/C/32/D/191/1985.

²⁶³ CCPR/C/40/D/298/1988 y CCPR/C/40/D/299/1988 respectivamente.

Al Dictaminar, el Comité sostuvo que:

“ (...) el Comité observa que el Estado Parte y sus municipios ponen a disposición de todos los niños sometidos a la educación escolar obligatoria la escolarización en el sector público y una diversidad de prestaciones consiguientes, tales como transporte gratuito en ómnibus, libros de texto gratuitos y comidas escolares. No se puede considerar que el Estado Parte está en la obligación de brindar las mismas prestaciones a las escuelas privadas; ciertamente, el trato preferencial que se concede a las escuelas del sector público es razonable y está basado en criterios objetivos. Los padres de los niños suecos pueden aprovechar las escuelas del sector público o escoger una educación privada para sus hijos. La decisión de los autores de estas comunicaciones de escoger la educación privada no les fue impuesta por el Estado Parte o por los municipios correspondientes, sino que fue el resultado de una libre elección reconocida y respetada por el Estado Parte y los municipios. Esa libre decisión, sin embargo, entraña determinadas consecuencias, sobre todo el pago de derechos de matrícula, transporte, libros de texto y comidas escolares. El Comité observa que no se puede considerar que un Estado Parte discrimina contra los padres que escogen libremente no aprovechar prestaciones que generalmente están a la disposición de todos. El Estado Parte no ha violado el artículo 26 al no brindar a los padres de los niños que asisten a escuelas privadas las mismas prestaciones que brinda a los padres de los niños que están en escuelas públicas”²⁶⁴.

Por lo tanto, las comunicaciones fueron rechazadas como infundadas, aunque el Comité concedió que distinciones hechas por el Estado Parte entre diversos alumnos de escuelas privadas podrían llegar a ser subjetivas y no razonables, pero estimó que los autores no habían logrado probar esto.

Me parece que tal vez los autores de estas tres comunicaciones hubieran corrido mejor suerte si es que efectivamente hubiesen alegado discriminación por razones de religión. Este argumento se podría haber sostenido en la laicización de las escuelas públicas y la resultante obligación de los padres, que quisieran que sus hijos fuesen educados de acuerdo con sus creencias, de enviarlos a colegios particulares. De esta manera se podría haber sostenido que la libre elección entre la educación pública y la privada no era tal, habiendo de por medio el tema de las libertades religiosas. La diferenciación entonces, en lugar de ser entre alumnos de escuelas públicas y particulares, hubiera sido entre alumnos judíos y alumnos de otras creencias. Al ser la religión y la raza categorías sospechosas de diferenciación, es posible que el Comité hubiese dictaminado de otra manera.

²⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 10.3 común.

Otra consecuencia de haber planteado estas comunicaciones en términos de discriminación por razones de religión hubiera sido que el Comité habría tenido que pronunciarse respecto de la eventual obligación del Estado Parte de implementar medidas positivas para asegurar la libertad religiosa en igualdad de condiciones.

El tema se hizo relevante nuevamente en noviembre de 1999 cuando el Comité dictaminó en dos casos en contra de Canadá, referentes a los subsidios públicos a ciertas escuelas religiosas. Estas dos comunicaciones nos sirven también para ver la importancia que tiene la correcta formulación de la comunicación al Comité para efectos de su admisibilidad.

El primero en ser tratado fue *Tadman et al. v. Canadá*²⁶⁵, comunicación interpuesta por un grupo de padres de niños de diferentes religiones que reclamaron en contra de la política canadiense implementada en el Estado de Ontario, en donde se entregaban subsidios completos a escuelas públicas laicas y también a las llamadas “escuelas separadas” católicas. La razón detrás de esto fue que a la fecha de la promulgación de la Constitución Canadiense (1867) se estimó que la cultura de la minoría católica requería de protección en contra de la mayoría protestante²⁶⁶. Los autores estimaron que la preferencia dada a los católicos era discriminatoria en contra de padres de hijos de otras religiones.

El representante de los autores cometió el error de reconocer que entregar fondos públicos a escuelas de todas las denominaciones religiosas sería un gravamen demasiado pesado para el Estado, entonces sugirió que la solución descansaba en retirar los subsidios de las escuelas católicas.

El Comité declaró esta comunicación inadmisibile debido a que al cumplirse la petición de los autores su situación no mejoraría y porque no lograron sustanciar para los efectos de la admisibilidad cómo los subsidios a escuelas católicas los perjudicaban. Por ende, los términos en que fue planteado este caso llevaron a concluir que los hechos no revelaban una víctima.

Sin embargo, en una opinión individual disidente anexa, cuatro miembros del Comité expresaron que:

“Este beneficio resulta discriminatorio porque da preferencia a un grupo de la comunidad por motivos religiosos. Las personas cuyas escuelas religiosas no reciben este tipo de financiación son indudablemente víctimas de esta discriminación (como en el caso Waldman).

“Pero no se agota allí el espectro de las personas que pueden alegar ser víctimas. También pueden considerarse víctimas los padres que desean que sus hijos reciban instrucción religiosa y que, al no ofre-

²⁶⁵ CCPR/C/67/D/816/1998.

²⁶⁶ Este argumento es similar al esgrimido para justificar la protección de la cultura francoparlante en Québec en *Ballantyne & Davidson y McIntyre v. Canadá*. Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 3.1.

cerla, el sistema escolar, tienen que sufragar por su cuenta los gastos de dicha instrucción. Entre los demandantes en este caso hay personas en esa situación, y en mi opinión por lo menos deberían considerarse admisibles las alegaciones de esas personas²⁶⁷.

El caso al que hace referencia esta opinión individual es *Waldman v. Canadá*²⁶⁸ que fue resuelto por el Comité al día siguiente. Los hechos eran básicamente iguales; el autor era un padre de religión judía quien pagaba para que sus hijos recibieran una educación de acuerdo con sus principios y creencias. La denuncia concreta del autor en cuanto al tema de la discriminación fue que el trato preferencial dado a los canadienses católicos no era razonable en el contexto del artículo 26. Además, según el autor, la libertad de creencias consagrada en el artículo 18.1 se violaba de manera discriminatoria (art.2.1), debido a que él sufría perjuicios económicos para poder enviar sus hijos a una escuela judía, y que dichos perjuicios no eran compartidos por la comunidad católica.

El Estado argumentó que la diferenciación no se hacía por religión sino que se hacía entre escuelas públicas y privadas, refiriéndose a *Blom y Lindgren* para justificarse. Sin embargo, el Comité aceptó el contra-argumento de que la escuela de los hijos de Waldman era privada por necesidad, porque no existían escuelas judías públicas.

Otro argumento interesante planteado por el Estado era aquel que indicaba que las escuelas laicas promovían sociedades tolerantes y que el financiamiento público de escuelas religiosas segregaría la sociedad y por ende se produciría un efecto contrario al objetivo del artículo 26.

A pesar de los argumentos del Estado de Canadá, el Comité en este caso fue claro y categórico al dictaminar que:

“El Comité ha tomado nota del argumento del Estado Parte de que los objetivos de su sistema de instrucción pública laica son compatibles con el principio de no discriminación establecido en el Pacto. El Comité no tiene nada que oponer a este argumento, pero señala, no obstante, que los objetivos declarados del sistema no justifican la financiación exclusiva de escuelas católicas romanas religiosas. También ha tomado nota de la afirmación del autor en el sentido de que el sistema de escuelas públicas de Ontario dispondría de mayores recursos si el Gobierno dejara de financiar las escuelas religiosas. En este contexto, el Comité observa que el Pacto no obliga a los Estados Partes a financiar escuelas establecidas sobre bases religiosas. Ahora bien, si un Estado Parte opta por financiar a las escuelas religiosas con fondos públicos, deberá poner también estos fondos a disposición de todas las escuelas sin discriminación alguna. Ello significa

²⁶⁷ *Tadman et al v. Canadá*, op. cit. nota 265. Opinión Individual Disidente de Sr. Bhagwati, Sra. Evatt, Sr. Henkin y Sra. Medina.

²⁶⁸ CCPR/C/67/D/694/1996.

que la provisión de financiación a las escuelas de un grupo religioso y no a las de otro debe basarse en criterios razonables y objetivos. En el caso que nos ocupa, el Comité llega a la conclusión de que el material que tiene a la vista no demuestra que el trato diferente entre la fe católica romana y la religión del autor se base en tales criterios. En consecuencia, se ha producido una violación de los derechos del autor amparados por el artículo 26 del Pacto de gozar de una protección igual y efectiva contra la discriminación²⁶⁹.

La diferencia entre *Tadman* y *Waldman* es que en aquella comunicación los autores no lograron establecer su condición de víctimas de acuerdo con el artículo primero del Protocolo. El planteamiento de *Waldman*, a pesar de estar fundado en los mismos hechos, logró demostrar el daño que el Estado le propiciaba al mantener el sistema de subsidios que existía en Ontario.

Otro punto interesante del caso *Waldman* es que mientras el Comité estimó que se violó el artículo 26 y obligó al Estado a subsanar dicha violación, no le dio una idea de cuál sería el remedio adecuado. En un caso como éste la solución a la discriminación impuesta durante siglos es sumamente difícil, especialmente dados los recursos fiscales necesarios para financiar todas las escuelas religiosas privadas. Si por el contrario, la solución fuera quitarle el subsidio a las escuelas católicas, llegamos a la misma conclusión a la que llegaron los autores de *Tadman*, comunicación declarada inadmisibles, en parte por solicitar dicho remedio.

Una solución posible sería el financiamiento por el Estado no de escuelas sino de clases optativas de religión dentro de sus escuelas públicas laicas y en horario extracurricular. Esta opción aseguraría a los niños y niñas una educación religiosa si es que ellos y sus familias lo requiriesen y a la vez no implicaría un gasto tan grande para el Estado.

Esto constituiría, además una forma en que el Estado podría cumplir con obligaciones contraídas bajo el Pacto con respecto a la libertad de religión y a las minorías religiosas. En efecto, el artículo 18.4 del Pacto obliga al Estado a respetar la libertad de los padres de garantizar la educación religiosa mientras que el artículo 27 del Pacto dispone que no se negará a personas pertenecientes a minorías religiosas el derecho de profesar y practicar su religión. En los casos examinados, se podrá afirmar que la falta de recursos económicos constituiría una limitante de hecho al derecho de los autores de las comunicaciones de recibir una educación acorde con sus principios religiosos y, al no tomar medidas para remediar esta situación, el Estado Parte estaría violando derechos consagrados en los referidos artículos en conjunto con su obligación de garantizar bajo el artículo 2.1. El Estado Parte, de acuerdo con esto, no sólo tiene la obligación de abstenerse de violar un derecho, sino que también debe asegurar que las personas puedan efectivamente gozar de dicho derecho, sin discriminación alguna.

²⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 10.6.

4.1.2 La Obligatoriedad de la Enseñanza Religiosa en Establecimientos de Educación Pública

En julio de 1988 el Comité declaró inadmisibles las comunicaciones *A. y S.N. v. Noruega*²⁷⁰ en donde los autores, Humanistas practicantes, argumentaron que la disposición legal noruega referente a las guarderías infantiles que establecía que “la guardería diurna ayudará a dar a los niños una educación que esté en armonía con los valores cristianos básicos”²⁷¹ era discriminatoria. Alegaron que su hija había sido “expuesta a influencias cristianas contra la voluntad de ellos”²⁷².

La comunicación fue declarada inadmisibles por no agotamiento de recursos internos, pero cabe preguntarse si es que el agotamiento de dichas instancias internas hubiera sido útil para los autores, dado el promedio de años que demora una demanda judicial nacional en llegar a ser dictaminada por el Comité. En el presente caso al llegar la comunicación al conocimiento del Comité, la hija de los autores habría ya cumplido su educación en guarderías infantiles y cabría la posibilidad de que la comunicación hubiese sido declarada inadmisibles porque ya ni la niña ni sus padres podrían considerarse víctimas de la disposición de acuerdo con el artículo primero del Protocolo.

En opinión de la que escribe, el caso presenta una clara violación a la libertad de creencias y al principio de no discriminación consagrados en los artículos 18.2 y 18.4 en conjunto con el artículo 2.1 del Pacto.

4.1.3 La Prohibición de Establecer Escuelas Religiosas

El caso *Sister Immaculate Joseph et al. v. Sri Lanka*²⁷³, dictaminado por el Comité en 2005, versó sobre una orden de monjas católicas dedicadas a obras sociales en Sri Lanka, incluida la educación, que buscó que el Estado le reconociera la personalidad jurídica para efectos de facilitar los aspectos administrativos de su misión. Luego de que se le concediera dicha personalidad jurídica en un proceso administrativo, la Corte Suprema recibió un reclamo al respecto y conoció del caso decidiendo, luego de recibir solamente a la persona que interpuso el reclamo y al Ministro de Justicia, que en definitiva se debía negar el estatus de persona jurídica a la orden. Como fundamento de lo anterior, la Corte Suprema invocó las presiones indebidas a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de personas vulnerables, al parecer las personas beneficiarias de las obras de la orden. Más adelante estipuló que “la propagación y diseminación del Cristianismo [...] no sería permisible pues impediría la existencia misma del Budismo o la *Buddha Sasana*”, la religión que, por mandato constitucional, el Estado debe proteger y adoptar²⁷⁴.

²⁷⁰ CCPR/C/33/D/224/1987.

²⁷¹ *Ibidem*, párrafo 2.1.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ CCPR/C/85/D/1249/2004.

²⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 2.2.

En su presentación ante el Comité la autora, que representaba a la orden, invocó *Waldman* para apoyar su argumento en cuanto a que la negativa de reconocer la personalidad jurídica de la orden cuando se concedía a otras entidades religiosas no cristianas que tenían la misma misión constituía discriminación. Frente a esto, el Estado afirmó que la resolución de la Corte Suprema no impedía a la orden continuar sus actividades dentro de Sri Lanka²⁷⁵.

Al dictaminar sobre el fondo del asunto, y luego de encontrar una violación al artículo 18, el Comité sostuvo que el Estado no había dado razones por las que se trató en forma diferente a la orden de la autora en relación con las demás entidades religiosas a los que sí se les reconoció personalidad jurídica y por ende, basándose también en *Waldman*, declaró que el Estado había violado el artículo 26 del Pacto. Más adelante, al examinar la falta de notificación a los representantes de la orden antes de que se conociera su caso ante la Corte Suprema, el Comité sostuvo que el Estado no presentó argumentos para afirmar que la diferenciación entre las autoras y las demás personas en situación similar fue objetiva y razonable. En consecuencia, encontró otra violación al artículo 26²⁷⁶.

Ahora bien, aunque parece claro que ha habido discriminación en este caso, llama la atención que el Comité haya usado la cláusula autónoma de no discriminación para resolver el caso. Para la negativa a reconocer personalidad jurídica parece más apropiado usar el artículo 22 (derecho a la asociación) en conjunto con el artículo 2.1 y más claro aún, para la falta de notificación, corresponde usar el artículo 14 (debido proceso) en conjunto con el artículo 2.1. El Comité no explicó por qué consideró que la discriminación se dio en ámbitos ajenos al Pacto. Una posibilidad es que haya encontrado que la discriminación en este caso se refiere al derecho reconocido en el artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce la libertad para establecer y dirigir instituciones de enseñanza. Sin embargo, este argumento no convence del todo ya que las actividades de la orden incluían la educación pero no se limitaban a ella.

4.1.4 Conclusiones

De todos los casos analizados en este apartado, el caso *Sister Immaculate Joseph* parece ser el más fácil en cuanto a la determinación de la discriminación pues el Estado derechamente le negó la personalidad jurídica a una entidad religiosa que buscaba, entre otras cosas, educar, siendo que concedía dicho reconocimiento a otras entidades no cristianas.

En los demás casos analizados, el Comité llegó a conclusiones parecidas a las que resultaron de los casos de discriminación en el ámbito de la seguridad social. Vale decir;

²⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 3.1 y 4.7.

²⁷⁶ *Ibidem*, párrafos 7.4 y 7.5.

el Comité ha dejado claro, especialmente en el dictamen del caso Waldman, que el Estado no está en la obligación de financiar escuelas religiosas, siendo el sistema laico de educación aceptado como neutro y tolerante; sin embargo, si el Estado elige financiar escuelas de ciertas denominaciones religiosas, debe hacerlo respecto de todas.

Queda claro que el Comité considera razonable la distinción hecha entre escuelas públicas y privadas en cuanto al financiamiento fiscal de aquéllas y no de éstas. Sin embargo, esta conclusión no parece ser tan firme cuando el carácter de privada de la escuela se debe a la religión de sus alumnos; la razonabilidad de la distinción parece más difusa cuando la elección de una escuela privada resulta, según los padres, necesaria para la correcta formación religiosa del niño o la niña.

Como ya se ha visto, las obligaciones contraídas bajo los artículos 2.1, 18 y 27 del Pacto implican no sólo una abstención de trasgresión sino que requieren acciones positivas por parte del Estado. No basta en estos casos afirmar que la legislación interna de un país es neutra y que la distinción entre escuelas públicas y privadas es objetiva y razonable pues existen alternativas estatales a la educación particular, si es que esas alternativas no se encargan de un aspecto que puede ser básico para los seres humanos como es la educación religiosa.

Pareciera más fácil identificar la discriminación cuando, como en las comunicaciones presentadas en contra de Canadá, se ha privilegiado a una religión por sobre otra. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aun cuando, como en los casos suecos, la laicización de las escuelas públicas es total, podemos estar frente a un ejemplo de legislación neutra que produce una discriminación de facto en contra de una minoría religiosa.

4.2 Discriminación en la Esfera Laboral; Hostigamiento y/o Despidos por Razones de Religión

Ojalá todos los casos de supuesta discriminación bajo el artículo 26 del Pacto fuesen tan claros y sencillos como *Singh Bhinder v. Canadá*²⁷⁷. El autor de la comunicación fue un canadiense que profesaba la religión Sikh por lo que usaba un turbante sobre su cabeza todo el día. El autor en su trabajo se negó a remover su turbante para efectos de usar un casco de seguridad, requerido por ley, y se negó a cambiar de puesto dentro de la empresa, razón por la cual fue despedido. El autor argumentó que la aplicación de la ley era discriminatoria en su contra debido a su religión.

El Comité dictaminó que:

“Si se afirma que dicho requisito es una discriminación contra las personas de la religión sikh en el sentido del artículo 26, entonces, según los criterios hoy bien establecidos en la jurisprudencia del Comité, la legislación que requiere que los trabajadores empleados

²⁷⁷ CPCR/C/37/D/208/1986.

por el Estado federal estén protegidos de lesiones y descargas eléctricas mediante cascos de seguridad debe considerarse razonable y encaminada a fines objetivos que son compatibles con el Pacto²⁷⁸.

Este es un caso claro e irredargüible de la justificación de una diferencia de trato por criterios objetivos y razonables. Objetivo porque la exigencia de usar casco se hacía a todos los trabajadores por igual, sobre la base de un peligro real; razonable (y además necesario) porque el uso del casco estaba destinado a proteger la vida del autor. Por ende la diferenciación hecha no puede ser considerada discriminatoria.

Un año más tarde, el Comité dictaminó en el caso *Delgado Páez v. Colombia*²⁷⁹, en donde un profesor de religión y ética fue destinado por el ministerio de educación a impartir clases en una escuela religiosa. Una vez trabajando el autor, que sostenía creencias religiosas progresistas, fue trasladado por las autoridades de la escuela a enseñar trabajos manuales, para lo cual carecía de preparación. Ante los reclamos formales y recursos judiciales y administrativos impuestos por el autor en contra de estas medidas, fue perseguido y amenazado de muerte hasta que se vio obligado a salir al exilio.

El autor esgrimía violaciones por parte de Estado de varios artículos, en especial la libertad de religión y la no discriminación; sin embargo, respecto de esta última el Comité dictaminó que:

“El artículo 26 prevé que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. El Comité considera que ni las disposiciones de la legislación colombiana ni la aplicación de la ley por parte de los tribunales o de otras autoridades han constituido una discriminación contra el Sr. Delgado y concluye que no se violó el artículo 26²⁸⁰.”

De tan escueto pronunciamiento por parte del Comité se podría inferir que, o estimó que la discriminación no estaba suficientemente substanciada o bien que reconocía que la discriminación no vino del Estado sino de particulares; en este caso, las autoridades eclesiásticas de la región. A pesar de que el Estado está en la obligación de proteger a las personas en virtud de los efectos horizontales de las obligaciones emanadas del Pacto, en un párrafo anterior el Comité había establecido que era legítimo que las autoridades católicas exigieran que el autor enseñara religión de una manera determinada por ellos²⁸¹.

²⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 6.2.

²⁷⁹ CCPR/C/39/D/195/1985.

²⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 5.10.

²⁸¹ “El Comité estima, además, que un Estado Parte puede, sin violar esa disposición del Pacto, permitir que las autoridades eclesiásticas decidan quién puede enseñar religión y de qué manera debe impartirse esa enseñanza.”, *Ibidem*, párrafo 5.8; “El artículo 19 protege, entre otras cosas, el derecho a la libertad de expresión y opinión. Normalmente, este derecho abarca la libertad de los maestros de enseñar sus materias sin interferencias, conforme a sus propias opiniones. No obstante, en las circunstancias particulares del caso, dada la relación especial entre Iglesia y Estado que existe en Colombia y que se refleja en el concordato establecido, el Comité estima que la exigencia de la Iglesia de que se enseñe la religión de cierta manera no viola el artículo 19.” *Ibidem*, párrafo 5.7.

En mi opinión, esta parte del dictamen llega muy cerca de estar fundada en una especie de relativismo cultural, dado que reconoce y justifica la influencia de la iglesia católica en asuntos estatales sólo debido al poder que tiene dicha iglesia en Colombia.

En definitiva, el Comité encontró en este caso violaciones a los artículos 9.1 y 25 c), derecho a la libertad y a la seguridad personal y derecho al acceso igualitario a funciones públicas, respectivamente.

Otro caso que fue declarado inadmisibles pero cuya resolución hubiera sido extremadamente interesante y útil fue *Gobin v. Mauricio*²⁸². El caso se trataba del sistema electoral vigente en Mauricio respecto de la elección de parlamentarios por sufragio. Resulta que el Estado Parte es multicultural; conviven allí comunidades hindúes, musulmanas, chinas y otras. El sistema electoral permite la elección por mayoría de votos en gran parte de los escaños disponibles, pero en cuanto a candidatos que no obtuvieron los votos necesarios para optar a uno de esos puestos, se contemplan ciertos cargos parlamentarios que se reparten según la comunidad a la que pertenecen. El autor tenía el número de votos necesarios para optar a uno de estos escaños pero no le fue otorgado debido a que no pertenecía a la “comunidad apropiada”.

Hubiera sido de sumo interés que el Comité se pronunciara respecto de la legitimidad o no de esta forma de democracia representativa dadas las condiciones multiculturales del país. Sin embargo, por alguna razón, el autor se demoró cinco años en presentar la comunicación y pese a que no existe un plazo para la presentación de comunicaciones bajo este sistema, como sí lo hay por ejemplo en el sistema interamericano, el Comité sostuvo que no se había demostrado una razón que justificara una demora de esta magnitud. Por ende, se decidió que la comunicación constituía un abuso al derecho de presentar comunicaciones y fue declarada inadmisibles²⁸³.

Finalmente, en marzo de 2002 se declaró inadmisibles la comunicación *Riley et al. v. Canadá*²⁸⁴. Los autores de la comunicación eran miembros retirados y activos de la fuerza policial canadiense que objetaron el permiso otorgado a un oficial de policía de religión Khalsa Sikh para reemplazar el sombrero tradicional de servicio por un turbante. Los autores rechazaron el llamado trato preferencial dado a este oficial de policía, considerándolo discriminatorio, pues no se extendía a oficiales de todas las otras religiones. Además sostuvieron que los oficiales de policía debían parecer imparciales ante toda situación y por ende debían vestir todos iguales.

La declaración de inadmisibilidad tuvo como fundamento que los autores no habían mostrado cómo les perjudicaba el trato diferencial dado al policía Khalsa Sikh, y por ende no se podían considerar víctimas en el contexto del artículo 1 del Protocolo.

²⁸² CCPR/C/72/D/787/1997.

²⁸³ Esta decisión se tomó con seis votos en contra, manifestados en opiniones individuales disidentes anexas al dictamen.

²⁸⁴ CCPR/C/74/D/1048/2002.

4.2.1 Conclusiones

Es difícil sacar conclusiones cuando en sólo uno de los cuatro casos expuestos se encontró una violación del derecho a la no discriminación y cuando dicha violación (*Singh Bhinder*) es tan clara. Podemos ver como ya en 1989 estaba bien establecida en la jurisprudencia del Comité la exigencia de objetividad y razonabilidad de las diferencias de trato, cosa que se dio en el primer caso visto.

En *Gobin*, los hechos del caso no eran controvertidos y entonces resulta algo frustrante que el Comité se haya negado a analizar la razonabilidad de la exigencia de raza y de religión hecha al autor, dentro del contexto. Esto porque fue un caso ideal para examinar si el sistema electoral del Estado estaba destinado a cumplir con la exigencia de medidas especiales para ciertos grupos o si, por el contrario, constituía discriminación. Por ello, pienso que un dictamen en *Gobin* hubiera sido de sumo interés y lamento que la comunicación haya sido declarada inadmisibles por una causa no reconocida explícitamente en el Protocolo Facultativo.

4.3 Discriminación en la Esfera Familiar; Custodia de Hijos

En esta materia nuevamente nos encontramos con una comunicación declarada inadmisibles cuya resolución por el Comité hubiera sido de sumo interés. El caso en cuestión es *P.S. v. Dinamarca*²⁸⁵ en donde el autor, padre de un hijo, reclamaba que la resolución judicial respecto de la custodia de su hijo resultaba ser discriminatoria dado que le prohibía exponer a su hijo a cualquier expresión de su religión. La controversia se suscitó cuando el autor, después de divorciarse de la madre de su hijo, se hizo Testigo de Jehová. Su ex cónyuge reclamó ante las autoridades pertinentes y se resolvió que el niño estaba desarrollando una crisis de lealtades y que su interés superior exigía que no fuera expuesto a la religión de su padre, toda vez que, según la legislación danesa, el padre que mantiene la custodia del niño es el que elige su educación religiosa, en este caso, la madre.

Los términos con que se expresaron las autoridades son bastante drásticos, a saber:

“El derecho de visita sólo continuará bajo la condición de que durante las visitas a su padre no se enseñarán al niño los preceptos de los Testigos de Jehová. Esto significa que el padre se abstendrá de conversar con su hijo acerca de la fe de los Testigos de Jehová y no iniciará conversaciones al respecto. Tampoco le pasará grabaciones ni películas, ni le leerá textos sobre la fe de los Testigos de Jehová, y tampoco leerá la Biblia ni rezará según esa fe en presencia de su hijo. Otra condición para que se siga ejerciendo el derecho de visita es que su hijo no participe en ninguna manifestación, reunión, ceremonia, misión o actividad análoga organizada por los Testigos de

²⁸⁵ CCPR/C/45/D/397/1990.

Jehová. La expresión “actividad análoga” significa que el hijo no podrá participar en ninguna reunión social... donde se lean en voz alta o se interpreten textos de la Biblia, donde se rece según la fe de los Testigos de Jehová, o se presenten textos, películas o grabaciones sobre la fe de los Testigos de Jehová²⁸⁶.

En definitiva el Comité estimó que los hechos podían ser examinados a la luz del artículo 26, entre otros, pero que el autor sólo había agotado las instancias internas administrativas y no las judiciales, por lo que se vio obligado a declarar la comunicación inadmisibles en virtud de los artículos 2 y 5 del Protocolo.

4.3.1 Conclusiones

En este caso, el único de su especie presentado ante el Comité, es lamentable que el autor no haya agotado las instancias internas necesarias para acceder a instancias internacionales, pero a la vez es entendible la prisa del autor, dado que los años que demora agotar instancias internas son años en que se restringe su derecho de visita a su hijo.

Las circunstancias en que se basa esta comunicación son comunes en todas partes del mundo cuando se trata de litigios sobre custodia de hijos e hijas. El autor de la comunicación afirma que se han restringido sus legítimos derechos como padre debido solamente a su religión, cosa que no parece estar en duda; no se esgrimen otras razones para la restricción a las visitas a su hijo. Lo que más llama la atención es la severidad de las restricciones que llegan a prohibir al autor hasta tener conversaciones con su hijo al respecto. Se puede afirmar, pienso, que el hecho de que la elección de la educación religiosa del hijo sea decisión del padre que tiene su custodia, es una norma razonable. Sin embargo, surgen dos dudas; primero, ¿es razonable la prohibición absoluta impuesta al otro padre? Segundo, ¿se habría impuesto esta prohibición absoluta si la religión del padre hubiera sido otra que Testigo de Jehová?

Al parecer el autor afirmaba que no sólo era su derecho educar a su hijo como Testigo de Jehová sino también su deber. Por otro lado, al parecer la educación en algunas de las creencias del padre estaba afectando la psicología del niño quien vivía normalmente con una madre que no era Testigo de Jehová.

Este caso es sumamente controvertido, pero al final creo que hay que admitir que las restricciones impuestas a la forma en que el padre debía llevar a cabo las visitas a su hijo estaban basadas únicamente en la religión de aquél. Siendo la religión una categoría sospechosa de diferenciación, a primera vista la solución de este caso sería un dictamen en contra del Estado Parte por discriminación por motivos de religión.

Sin embargo, las categorías sospechosas constituyen una especie de presunción que no llega a ser absoluta, sino que para justificar diferenciaciones basadas en ellas se requiere de razones calificadas como muy graves, urgentes o necesarias. En este caso se había

²⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 2.11.

dicho que la influencia de las creencias del padre estaba creándole problemas psicológicos al hijo, y en vista de los derechos del niño y de la afirmación ya universal de que el interés superior del niño debe predominar en las decisiones que se toman a su respecto, soy de la opinión que la restricción cuestionada podría justificarse como razonable y necesaria para el bienestar de éste. Esto a pesar de que la religión es categoría sospechosa de distinción y siempre que se comprueben los efectos negativos producidos para el niño.

4.4 Discriminación en el Ámbito del Servicio Militar Obligatorio; La Exención de Obligaciones Militares en Razón de la Religión del Conscripto²⁸⁷

En 1993 el Comité dictaminó en el caso *Brinkhoff v. los Países Bajos*²⁸⁸. En los Países Bajos, al momento de la comunicación, existía el servicio militar obligatorio para los hombres de cierta edad; a la vez existía un servicio civil alternativo para personas que se declaraban objetores de conciencia. El autor se definía como “objeto total” y por ende no optó por el servicio civil ni se presentó el primer día de su servicio militar y por ende fue encarcelado por doce meses.

Ahora bien, la parte de la comunicación concerniente a la discriminación por religión que analizaremos aquí tiene que ver con que en esa época existía una exención total de cualquier servicio para Testigos de Jehová. El autor argumentó que la exención de un solo grupo de personas debido a sus creencias era una diferenciación no razonable, ya que sus creencias respecto al servicio estatal eran igualmente fuertes y válidas.

El Estado argumentó que el hecho de ser Testigo de Jehová era prueba suficiente del hecho de ser objeto de conciencia y que las razones por las cuales se eximía de cualquier servicio a los Testigos de Jehová eran razonables y no se aplicaban a otros objetores de conciencia, a saber:

“Para explicar el trato especial dispensado a los Testigos de Jehová, el Estado Parte afirma que los miembros bautizados forman un grupo compacto de personas que se ven obligados, bajo pena de expulsión, a observar normas de comportamiento estrictas que se aplican a muchos aspectos de su vida cotidiana y están sujetas a un estricto control social. Según el Estado Parte, una de esas normas prohíbe la participación en cualquier tipo de servicio militar o servicio civil sustitutivo, mientras que otra obliga a los miembros a estar permanentemente disponibles para la tarea de difundir la fe”²⁸⁹.

²⁸⁷ En la mayoría de los casos presentados al Comité respecto del servicio militar y de la objeción de conciencia se invocó el criterio de diferenciación prohibido “opiniones de cualquier índole” y por ende esta materia será examinada en mayor profundidad al tratar ese criterio. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 5.2.

²⁸⁸ CCPR/C/48/D/402/1990.

²⁸⁹ *Brinkhoff v. los Países Bajos*, *op. cit.* nota 288, párrafo 7.3.

Frente a estas posturas el Comité dictaminó que mientras el servicio militar obligatorio no iba en contra de las disposiciones del Pacto, si es que se hacían exenciones para objetores de conciencia debían hacerse sin discriminación, ya que la exención de sólo un grupo de ellos no podía considerarse razonable.

A pesar de esta declaración, el Comité al resolver el caso tomando en cuenta el artículo 18 y el 26, sostuvo que el autor no había probado que sus convicciones pacifistas eran incompatibles con el servicio civil, ni que el trato preferencial dado a los Testigos de Jehová lo perjudicaba en cuanto a sus derechos como objetor de conciencia.

Por ende, se dio un dictamen híbrido en donde no se dio lugar a la comunicación del autor, pero se propuso al Estado Parte un remedio que sería acorde con el Pacto:

“El Comité opina, sin embargo, que el Estado Parte debería dar el mismo trato a todas las personas que alberguen objeciones igualmente firmes al servicio militar y al servicio sustitutivo y recomienda que el Estado Parte examine las disposiciones y prácticas pertinentes con objeto de eliminar cualquier matiz de discriminación al respecto”²⁹⁰.

Con esta declaración final el Comité infiere que el trato preferencial dado a los Testigos de Jehová podría basarse en criterios no razonables y por ende podría haber discriminación en este caso pero que el autor no fue capaz de probar de forma suficiente su calidad de víctima.

4.4.1 Conclusiones

Los objetores de conciencia europeos venían sometiendo comunicaciones al Comité desde varios años antes que este dictamen, pero *Brinkhoff* fue el único en basarse en la discriminación por razones de religión. Eso dicho, se verá en el punto 5.2 que este dictamen fue el primero en reconocer la posibilidad de discriminación en la forma en que se trataba a los objetores de conciencia y como tal marcó un giro importante en la jurisprudencia al respecto²⁹¹.

En este caso se confirma la jurisprudencia existente desde *Broeks y Zwaan de Vries* en cuanto a que el Pacto no obliga a los Estados a adoptar ciertas medidas a favor de ciertas personas, pero si el Estado opta por hacerlo, debe hacerlo sin discriminación.

Brinkhoff impugnó medidas especiales (mal llamadas “discriminación positiva”) a favor de Testigos de Jehová por considerar que las razones detrás de tales medidas no eran razonables. Hasta ese momento el Comité había seguido una línea jurisprudencial que establecía que el trato preferencial dado a un grupo por sobre otro no constituía discrimi-

²⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 9.4.

²⁹¹ Concretamente, se verá cómo este dictamen contradice lo establecido en *Järvinen v. Finlandia*, dictaminado tres años antes. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 5.2.

minación *per se*²⁹². Este dictamen entra a detallar la línea jurisprudencial en este sentido, porque exige que todo trato preferencial (al igual que todo trato menos favorable) debe ser razonable, sea o no una medida especial.

Por otro lado, la jurisprudencia hasta ese momento había considerado los reclamos de los objetores de conciencia como reclamos por discriminación basada en la opinión. Este es el único caso en que las creencias de los objetores de conciencia de alguna manera se equiparan a creencias religiosas, vale decir convicciones del más alto nivel. Esto implica que los dos grupos tratados en forma distinta en este caso estarían situados en situaciones similares, que a su vez exigirían tratos similares.

Por todas estas razones, *Brinkhoff* es uno de los casos más importantes que existe en la evolución de la jurisprudencia del Comité sobre el artículo 26 del Pacto.

4.5 Discriminación en el ámbito de la participación política

En 2004 el Comité declaró inadmisibles la comunicación *Arenz, Röder y Röder v. Alemania*²⁹³ en donde los autores fueron expulsados del partido político Unión Democrática Cristiana debido a su afiliación con la Iglesia de la Cienciología. Los tribunales nacionales avalaron la decisión del partido²⁹⁴. Sin dar mayores explicaciones, el Comité consideró que los autores no lograron demostrar para efectos de la admisibilidad cómo la conducta de los tribunales fue arbitraria y por ende declaró inadmisibles la comunicación.

4.5.1 Conclusiones

La pregunta planteada en esta comunicación es muy interesante y es lamentable que el Comité no haya decidido examinar su fondo. Al parecer el partido exigía a sus miembros no ser a su vez miembros de la Iglesia de la Cienciología por la supuesta incompatibilidad ideológica entre ambas. Ahora bien, excede los límites de la competencia del Comité decidir si es que efectivamente las ideologías de las organizaciones son incompatibles. Sin embargo la pregunta mayor parece ser si es que una persona puede ser expulsada de una organización privada por sustentar creencias religiosas no aceptadas por dicha organización. La respuesta a esta pregunta, que podría tomar en cuenta la naturaleza y finalidad de la organización de la cual se expulsa, es algo que corresponde ser examinado en el fondo, luego de recibir comentarios de ambas partes. Por ello, sin omitir una opinión sobre si el Estado ha incurrido en responsabilidad o no, me parece algo apresurada la decisión del Comité de declarar inadmisibles la comunicación.

²⁹² Véase por ejemplo *B.d.B. et al. v. los Países Bajos* en donde se aplicó legislación de seguridad social incorrectamente a ciertas personas, favoreciéndolas. Los que no fueron favorecidos reclamaron discriminación pero su comunicación fue declarada inadmisibles.

²⁹³ CCPR/C/80/D/1138/2002.

²⁹⁴ Además, en su defensa, el Estado afirmó que la "Organización de la Cienciología" no era "una comunidad religiosa o filosófica sino una organización cuyo objeto es obtener ganancias económicas y adquirir poder", *ibidem*, párrafo 5.4.

5. Discriminación por Razones de Opinión

5.1 Discriminación por Razones de Opinión Política: La Discriminación como Forma de Anular a Opositores Políticos

Así como las ejecuciones sumarias, el desaparecimiento forzado de personas y la tortura, la discriminación es un instrumento usado por los regímenes de facto para eliminar a los opositores. De hecho, el párrafo primero del artículo primero de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes establece que:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, **o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación**, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”²⁹⁵.

En la gran mayoría de los casos que se analizarán a continuación se verá cómo la discriminación es utilizada en conjunto con otros tratos crueles como una especie de maltrato psicológico adicional a la víctima.

En los primeros años del funcionamiento del Comité se vieron muchas comunicaciones interpuestas por o en beneficio de presos políticos, de los cuales los más notables para este trabajo son aquellos interpuestos por personas uruguayas en contra de su Estado²⁹⁶. Siendo las dictaduras del cono sur de América Latina algunas de las más cruentas de la historia, los autores de estas comunicaciones tendían a invocar en ellas una amplia gama de artículos supuestamente violados²⁹⁷.

²⁹⁵ Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes, Naciones Unidas, adoptada el 10 de diciembre de 1984, www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm consultado el 29 de mayo de 2006. Destacado propio.

²⁹⁶ *Weinberger v. Uruguay* CCPR/C/11/D/28/1978, *Touren v. Uruguay* CCPR/C/12/D/32/1978, *Bleir v. Uruguay* CCPR/C/15/30/1978, *Vasilskis v. Uruguay* CCPR/C/18/D/80/1980, *Drescher v. Uruguay* CCPR/C/19/D/43/1979, *Estradet v. Uruguay* CCPR/C/19/D/105/1981, *Almiranti v. Uruguay* CCPR/C/19/D/92/1981, *Oxandabarat v. Uruguay* CCPR/C/20/D/103/1981, *Viana v. Uruguay* CCPR/C/21/D/110/1981, *Manera v. Uruguay* CCPR/C/21/D/123/1982, *Arzuada Gilboa v. Uruguay* CCPR/C/26/D/147/1983. Para más detalles, refiérase al Anexo III de este libro.

²⁹⁷ Éste fenómeno también se puede deber a la poca experiencia de los autores de las comunicaciones en cuanto a los procedimientos internacionales.

Ahora bien, en lo que respecta a la discriminación, los autores de estas comunicaciones usualmente argumentaron que habían sido tratados de peor forma que los presos comunes debido a sus opiniones políticas. Este peor trato incluía la tortura.

En la resolución de estos casos debe criticarse el actuar del Comité, por lo menos en lo que respecta a este trabajo, puesto que al encontrar violaciones a artículos del Pacto que resguardaban el derecho a la vida, la integridad física o psíquica, la libertad o las garantías procesales tendía a omitir dictaminar sobre las supuestas violaciones al artículo 26, al parecer por considerarlo innecesario. Esta actitud, con respecto a la posible discriminación presente en los hechos objeto de estas comunicaciones, da la impresión de colocar a la igualdad en un plano inferior respecto a otros derechos consagrados en el Pacto. Por otro lado al no dictaminar sobre todos los asuntos sometidos a su consideración, hace imposible que trabajos como el presente hagan un análisis jurisprudencial completo.

La misma forma de resolver se adoptó en marzo de 1986 en el caso *Mpaka-Mzuzu v. La República Democrática del Congo*²⁹⁸, en donde el autor fue detenido y posteriormente relegado debido a su postulación a la presidencia de la república. Aquí al encontrar violaciones a los artículos 9, 12, 19 y 25, el Comité simplemente omitió pronunciarse sobre el 26.

El mismo argumento de diferenciación entre presos políticos y presos comunes fue esgrimido en *Penarrieta et al. v. Bolivia*²⁹⁹, en donde el Comité encontró violaciones de los artículos 7, 9 y 14 pero estimó que no había pruebas suficientes de la supuesta discriminación por opinión política.

En *González del Río v. Perú*³⁰⁰, un caso concerniente a la demora del proceso por apropiación indebida en contra de un alto funcionario público de nacionalidad española, una vez más nos encontramos con la omisión de un pronunciamiento por parte del Comité respecto de las afirmaciones del autor respecto de un posible trato discriminatorio, en la medida que se encontraron violaciones a otros artículos (específicamente el 12.2 y el 14.1).

La primera vez en que el Comité encontró una violación del artículo 26 del Pacto a causa de discriminación por razones de opinión política, fue al dictaminar en el caso *Orihuela Valenzuela v. Perú*³⁰¹ en julio de 1993. El autor de la comunicación había sido un funcionario público durante veintiséis años pero fue despedido al asumir el gobierno de Alan García en 1985, al parecer por su oposición a dicho gobierno. Al ser despedido, al autor no se le pagó la indemnización a la que tenía derecho y al reclamar administrativa y judicialmente, sus recursos fueron demorados indebidamente y él y su familia fueron objeto de amenazas y maltratos.

²⁹⁸ CCPR/C/27/D/157/1983.

²⁹⁹ CCPR/C/31/D/176/1984.

³⁰⁰ CCPR/C/46/D/263/1987.

³⁰¹ CCPR/C/48/D/309/1988.

A pesar de que el autor no especificó artículo alguno en su comunicación, el Comité estimó que el hecho de negar una pensión a un funcionario público de larga experiencia constituía, dadas las circunstancias de este caso, una violación del artículo 26³⁰².

El mismo día en que se falló el caso recién visto, el 14 de julio de 1993, el Comité puso fin a su práctica de omitir referencias a la discriminación por razones de opinión al tratarse de opositores políticos que presentaban varios reclamos a la vez. El vuelco se dio en el caso *Chiiko Bwalya v. Zambia*³⁰³, en donde un activista político sufrió varias violaciones a sus derechos consagrados en el Pacto al ser detenido, negada la posibilidad de trabajar y negado un pasaporte, entre otros. En su dictamen, además de encontrar violaciones a los artículos 9.1, 9.3, 12, 19.1 y 25(a) del Pacto, consideró que el autor era víctima de una discriminación autónoma puesto que, debido a sus opiniones políticas, le fue denegada la posibilidad de trabajar³⁰⁴.

En octubre del mismo año, el Comité nuevamente encontró una violación al artículo 26 por razones de opinión política al resolver la comunicación *Olo Bahamonde v. Guinea Ecuatoriana*³⁰⁵. El autor de la comunicación afirmó que dadas sus opiniones políticas contrarias al régimen imperante, era objeto de discriminación y acoso permanente y sistemático por parte de efectivos estatales. Las medidas tomadas en contra del autor incluían la detención, la expropiación de tierras, la quema de cosechas y la explotación de bosques de su propiedad. Dados los hechos que le fueron presentados, el Comité estimó que el autor había sido objeto de discriminación debido a sus opiniones políticas y por ende encontró una violación por el Estado Parte del artículo 26 del Pacto³⁰⁶. Sin embargo, el Comité no especificó los hechos concretos que justificaron la declaración de una discriminación autónoma en lugar de una dependiente, sino que se limitó a señalar que existió tal violación en un párrafo escueto de sólo tres líneas.

Un año más tarde el Comité dictaminó en el caso *Zelaya, Zelaya y Zelaya v. Nicaragua*³⁰⁷, una comunicación que alegaba múltiples violaciones de derechos humanos perpetradas en contra de Roberto Zelaya Blanco, por el gobierno Sandinista nicaragüense, incluyendo su detención y tortura. En parte de la comunicación los familiares de la víctima se refirieron a la confiscación de sus bienes y los lentos y onerosos procesos judiciales requeridos para recobrarlos. Al no existir una protección en el Pacto respecto del derecho de propiedad, los autores invocaron el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que sí lo reconoce.

Al tratar el tema de la propiedad confiscada de la víctima, el Comité actuó de oficio e indicó que el artículo del Pacto que correspondía invocar era el artículo 26, debido a

³⁰² *Ibidem*, párrafo 6.4.

³⁰³ CCPR/C/48/D/314/1988.

³⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 6.7. La aplicación de la cláusula autónoma de discriminación contenida en el artículo 26 se justifica porque el derecho al trabajo no está contemplado en el Pacto.

³⁰⁵ CCPR/C/49/D/468/1991.

³⁰⁶ Además de los artículos 9.1, 9.3, 12.1, 12.2 y 14.1 del Pacto.

³⁰⁷ CCPR/C/51/D/328/1988.

que el trato recibido por él podría ser discriminatorio, aunque, dados los hechos expuestos, no había suficiente prueba de ello:

“Respecto de la denuncia del autor sobre la confiscación de sus bienes, el Comité recuerda que el Pacto no protege el derecho de propiedad como tal. Sin embargo, puede plantearse una cuestión en virtud del Pacto si la confiscación o expropiación se basa en una discriminación prohibida por el artículo 26. Aunque el autor ha afirmado que le confiscaron los bienes porque pertenecía a una categoría de personas cuyas opiniones políticas eran contrarias a las del Gobierno sandinista, y que lo hicieron de manera que podría calificarse de discriminatoria, el Comité no tiene datos suficientes ante sí para poder llegar a una conclusión sobre este punto”³⁰⁸.

Este dictamen es clave en la medida que deja claramente establecido el carácter autónomo del artículo 26 y su propósito de resguardar la igualdad de trato en áreas no cubiertas por el Pacto, como por ejemplo el derecho a la propiedad. Además, muestra cómo el Comité se puede arrogar la facultad de actuar de oficio en la corrección de los elementos formales de una comunicación, de forma tal de cambiar el artículo invocado por el correcto o suplir la falta de reclamo en una materia específica³⁰⁹.

En octubre de 1998 se resolvió la comunicación *Tae Hoon Park v. La República de Corea*³¹⁰, que trataba de un joven universitario a quien se le aplicó la ley de seguridad nacional por cuanto durante sus estudios en Estados Unidos participó en una organización de jóvenes coreanos que buscaba impulsar la reunificación de Corea, organización denominada por el Estado Parte como “organización que favorece al enemigo”. La participación del autor se limitó a manifestaciones pacíficas de sus opiniones por lo que lo central de la comunicación era el derecho a la libertad de expresión. Al formular su denuncia el autor afirmó que su condena, de acuerdo con la ley de seguridad nacional, constituía discriminación en violación al artículo 26 pues se le condenó únicamente por tener opiniones políticas críticas al gobierno de Corea del Sur.

En definitiva, el Comité encontró una violación al artículo 19 (libertad de expresión) en conjunción con los artículos 2.1 y 2.2 y por ende encontró innecesario referirse al artículo 26. En mi opinión, la decisión tomada fue la correcta, pues la discriminación se dio en el contexto de la violación a la libre expresión; vale decir, al autor se le discriminó en su derecho a expresarse libremente debido a sus opiniones políticas. No pudiendo concurrir violaciones de los artículos 2.1 y 26 respecto de los mismos hechos, el dictamen del Comité se ajusta a derecho y de ninguna manera implica una vuelta a la línea jurisprudencial anterior de considerar innecesario el pronunciamiento respecto de la

³⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 10.1.

³⁰⁹ Véase *supra*, caso *Orihuela Valenzuela v. Perú*, *op. cit.* nota 301, en donde el autor no invocó artículo alguno y en donde el Comité encontró una violación del artículo 26.

³¹⁰ CCPR/C/64/D/628/1995.

discriminación frente a la violación de otros derechos. Este es un caso en donde el Comité tuvo que decidir entre una violación a la discriminación autónoma y la discriminación dependiente, optando, correctamente, por esta última.

En sólo cuatro oportunidades se han presentado comunicaciones individuales que invocan violaciones al artículo 26 en contra de la República de Chile. Todas se refieren a asesinatos, desapariciones forzadas, persecuciones políticas durante el último régimen militar y la posterior denegación de justicia.

En el orden cronológico en que fueron dictaminados por el Comité, son; *Acuña Inostroza et al. v. Chile*³¹¹, *Barzana Yutronic v. Chile*³¹², *Vargas y Vargas v. Chile*³¹³ y *Menanteau y Carrasco v. Chile*³¹⁴.

Todas estas comunicaciones invocaron el artículo 26 en relación con que las muertes, desapariciones y demás maltratos tenían por fundamento la opinión política de la víctima. Además, la posterior denegación de justicia, debido a la aplicación de una ley de amnistía, se aplicó sólo a aquellas víctimas del régimen militar, o sea, opositores políticos y sus familiares.

En estricto rigor, debe afirmarse que el artículo a aplicar aquí no es el artículo 26 sino el 2.1 pues la discriminación en cuestión está ligada a otros derechos reconocidos en el Pacto; a saber, el derecho a la vida, a la integridad, etc.

En *Acuña Inostroza* es notable la flagrante falta de apego a principios de derecho internacional en los argumentos del Estado. Entre estos argumentos se encuentra, por ejemplo, que no se le pueden imputar al Estado violaciones de derechos humanos cometidas por gobiernos anteriores (en contravención al principio de continuidad del Estado), que la ley de amnistía impide que los tribunales hagan justicia para las víctimas (en contravención al principio de que la legislación interna no se puede invocar para faltar al cumplimiento de obligaciones internacionales) y que los tribunales de justicia son órganos independientes y no sujetos a control ejecutivo (en contravención al principio de unidad del Estado).

En los casos *Acuña Inostroza et al.*, *Vargas y Vargas* y *Menanteau*, el Comité se valió de la declaración hecha por Chile al ratificar el Protocolo Facultativo en 1992, para declarar las comunicaciones inadmisibles *ratione temporis*³¹⁵ pues los hechos originales acaecieron antes de la entrada en vigor del Protocolo para el Estado Parte:

“El Comité observa que el Estado Parte no impugna explícitamente la admisibilidad de la comunicación, aunque pone de relieve que los hechos denunciados por los autores, entre ellos el Decreto de amnis-

³¹¹ CCPR/C/66/D/717/1996.

³¹² CCPR/C/66/D/740/1997.

³¹³ CCPR/C/66/D/718/1996.

³¹⁴ CCPR/C/66/D/746/1997.

³¹⁵ *Barzana Yutronic* fue declarado inadmisibles por falta de substanciación.

tía de 1978, ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para Chile, que ratificó dicho instrumento el 28 de agosto de 1992 con la declaración siguiente: “Al reconocer la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar comunicaciones de individuos, el Gobierno de Chile entiende que esta competencia es aplicable respecto a los actos realizados después de la entrada en vigor para ese Estado del Protocolo Facultativo o, en todo caso, a actos iniciados después del 11 de marzo de 1990”³¹⁶.

Hay dos opiniones individuales disidentes anexadas a *Acuña Inostroza*. Notable es lo dicho por la Sra. Christine Chanet en cuanto:

“En mi opinión la cuestión no debía tratarse de esta manera, ya que las decisiones judiciales del Estado Parte fueron adoptadas con posterioridad a la fecha establecida por éste en su reserva y porque el problema planteado en relación con el artículo 16 del Pacto tiene que ver con una situación cuyos efectos perduran mientras no se haya resuelto definitivamente”³¹⁷.

En mi opinión la impugnada ley de amnistía es discriminatoria, pues implica la denegación de justicia a personas cuyos derechos humanos fueron violados por el régimen militar, personas que fueron perseguidas por sus opiniones políticas. Aunque es cierto que los hechos que constituyeron estas violaciones de derechos humanos ocurrieron antes de la ratificación del Protocolo Facultativo por el Estado de Chile, como es también el caso de la dictación del decreto ley de amnistía, este decreto ley no deja de tener efecto, aún hoy. El hecho de que la denegación de justicia de la cual han sido sujetos los autores ocurrió después de la entrada en vigencia del Pacto y del Protocolo para Chile, como lo sostiene la Sra. Chanet, ha debido ser suficiente para que las comunicaciones hayan podido ser examinadas en cuanto a su fondo.

El caso *Paraga v. Croacia*³¹⁸, interpuesto por un activista de derechos humanos y líder opositor, involucra la posible discriminación por razones de opinión política del autor, quien afirmó ser objeto de acoso y discriminación permanente por parte del Estado.

Debido a una reserva croata al Protocolo (parecida a la chilena) gran parte de la comunicación fue declarada inadmisibile *ratione temporis*, pero en este caso se estudiaron, además de la supuesta discriminación, dos acusaciones por calumnias interpuestas contra el autor por referirse al presidente de la república como un “dictador”, que a la fecha de entrada del Protocolo no habían concluido.

En su dictamen el Comité encontró una violación al artículo 14.3 (c) puesto que los procesos, aunque se absolvió al autor, duraron más de siete años; sin embargo no

³¹⁶ *Acuña Inostroza v. Chile*, op. cit. nota 311, párrafo 6.2.

³¹⁷ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente Sra. Chanet.

³¹⁸ CCPR/C/71/D/727/1996.

encontró que la comunicación substanciaba suficientemente las acusaciones de discriminación.

En *Yong Joo-Kang v. la República de Corea*³¹⁹, el autor, un opositor político, fue encarcelado por contravenciones a la Ley de Seguridad Nacional y mientras estuvo encarcelado no aceptó someterse al “sistema de conversión ideológica” que implicaba beneficios carcelarios incluida la posibilidad de obtener la libertad condicional. De acuerdo con el autor, su negativa a cambiar de opinión política le significó 13 años de cárcel.

Al dictaminar el fondo del asunto, el Comité estableció que:

“Por lo que se refiere a la queja de que el “sistema de conversión ideológica” viola los derechos enunciados en los artículos 18, 19 y 26, el Comité señala su carácter coercitivo mantenido en el subsiguiente “sistema de juramento de acatamiento de la ley” que se aplica de manera discriminatoria para cambiar la opinión política de un preso ofreciéndole el aliciente de recibir trato preferente en prisión y de tener más posibilidades de obtener la libertad condicional. El Comité considera que este sistema, que el Estado Parte no ha demostrado que sea necesario a los efectos de ninguna de las restricciones lícitas enumeradas en los artículos 18 y 19, limita la libertad de expresión y de manifestar las creencias, lo que entraña discriminación por las opiniones políticas, y, por lo tanto, viola el párrafo 1 del artículo 18 y el párrafo 1 del artículo 19, así como también el artículo 26 en ambos casos³²⁰”.

Lo que resulta extraño de lo anterior no es que se haya encontrado discriminación en el presente caso sino que el Comité haya estimado procedente usar el artículo 26, discriminación autónoma, en circunstancias que la discriminación se dio claramente dentro del ámbito de los artículos 18 y 19 por lo que en estricto rigor hubiera correspondido aplicar el artículo 2.1.

El último caso de interés en este apartado es *Jazairi v. Canadá*³²¹, en donde el autor, un profesor universitario canadiense de origen iraquí no fue considerado favorablemente en un proceso de ascenso pues, según él, algunos colegas habían llegado a considerarlo antisemita por su opinión política en torno al rol de Israel en el conflicto palestino. Su reclamo ante la Comisión de Derechos Humanos de Ontario fue rechazado pues la prohibición de discriminación incluida en el Código de Derechos Humanos de Ontario no contenía la categoría “opinión política” y dicha Comisión no consideró que los hechos se encuadraban dentro de “credo” que sí estaba contemplada. El autor afirmó que esta omisión del Código en cuestión violaba el artículo 26 del Pacto.

³¹⁹ CCPR/C/78/D/878/1999.

³²⁰ Ibidem, párrafo 7.2.

³²¹ CCPR/C/82/D/958/2000.

En su dictamen, el Comité declaró que la ausencia de la categoría “opinión política” en la cláusula referida sí era relevante bajo el artículo 26 del Pacto, sin embargo, estimó que el autor no logró sustanciar, para efectos de admisibilidad siquiera, que la negativa a ascenderlo se basó en sus opiniones políticas. Sin dicho nexo su reclamo se volvió hipotético³²².

5.1.1 Conclusiones

Del estudio de estos casos se puede observar que cuando se trata de la persecución por razones de opinión política, la discriminación casi siempre va acompañada de otras violaciones a los derechos humanos, que lamentablemente tienden a violar la integridad física de la víctima.

Me parece enteramente saludable para la correcta evolución de la jurisprudencia del Comité que éste haya abandonado la práctica de no pronunciarse sobre todas las peticiones de las víctimas, centrándose en su lugar en los derechos cuyas transgresiones podrían considerarse más graves. Por ejemplo, no porque una víctima haya sido torturada se puede decir que no sufrió discriminación o que tal discriminación no tiene importancia a la luz de la otra trasgresión. Por ejemplo, habría sido sumamente útil para la doctrina en derechos humanos que el Comité se hubiera pronunciado acerca de si es que el peor trato dado a presos políticos frente a prisioneros comunes constituye discriminación a la luz del artículo 2.1 o 26 del Pacto.

Ahora bien, dado que tiende a haber más artículos del Pacto infringidos, las discriminaciones presentes en estos casos pueden más frecuentemente ser infracciones a la no discriminación dependiente del artículo 2.1 que del 26, como fue el caso en *Tae Hoon Park*, como debió haberse dictaminado en el caso *Yong Joo-Kang*, y como hubiera sido el caso, pienso, en las diferenciaciones de trato entre presos³²³.

5.2 Discriminación de Objetores de Conciencia. El Problema de la Exención de Ciertos Grupos. El Problema de la Duración Extendida del Servicio Civil para Objetores de Conciencia³²⁴

El tema del servicio militar obligatorio siempre ha sido polémico. El Pacto fue firmado en la década de los '60, la década de más conflictos sociales con respecto a la guerra y la paz de todo el siglo pasado. Aún así el Pacto no prohibió a los Estados Partes la exigencia del servicio militar a sus nacionales. De hecho, previendo interpretaciones de este tipo de servicio como esclavitud o trabajo forzado, incluyó en su artículo octavo una disposición que dejara en claro la postura adoptada a su respecto.

³²² *Ibidem*, párrafo 7.4. Resulta interesante la Opinión Individual Disidente de los Sres. Chanet, Glèlè, Tawfik y Lallah, en especial su párrafo 7 referente a la carga de la prueba en casos de discriminación.

³²³ Posiblemente una violación al artículo 10 en conjunto con el artículo 2.1.

³²⁴ Véase también *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 4.4.

Así el artículo 8, que trata el tema de la esclavitud, establece en su número 3 c) ii) que:

“Artículo 8

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opondan al servicio militar por razones de conciencia.”

En lo que respecta al Comité, la batalla de los objetores de conciencia para el reconocimiento de su derecho a no cumplir con el servicio militar obligatorio se ha librado en Europa, específicamente en los Países Bajos, Finlandia y Francia. En cuanto a los dictámenes pertinentes a esta materia, aquí encontramos los más polémicos dentro de la jurisprudencia del Comité sobre discriminación.

Todos estos países, a diferencia de Chile, contemplan un sistema de servicio militar que puede ser sustituido por el cumplimiento de un servicio civil para personas que se declaran objetores de conciencia. Como se verá, algunos de los autores de las comunicaciones que alegan discriminación en esta materia rechazan totalmente la obligación de cumplir con cualquier tipo de servicio, mientras que otros objetan que el servicio civil sea de más larga duración.

La primera comunicación individual en invocar un trato discriminatorio respecto de los objetores de conciencia fue *R. T.Z. v. los Países Bajos*³²⁵, dictaminado por el Comité en noviembre de 1987. El autor de la comunicación era un objetor de conciencia que fue citado a aparecer delante de un tribunal militar por desobedecer órdenes. El trato diferencial que fue fundamento de su reclamo por discriminación tuvo que ver con que los conscriptos no tenían derecho a objetar o apelar una citación de esta naturaleza.

En un dictamen verdaderamente tan insólito como deficiente, el Comité, sumariamente, declaró la comunicación inadmisibles debido a que el autor no especificó en su comunicación exactamente cuál criterio de diferenciación prohibido había sido usado en su contra.

“El Comité observa que, en este caso, el autor no ha sostenido ser víctima de discriminación por algún motivo prohibido bajo el artículo 26 del Pacto. Simplemente alega que está sujeto a un trato diferente durante el período de su servicio militar debido a que no puede apelar una citación como un civil. El Comité observa que el Pac-

³²⁵ CCPR/C/31/D/245/1987.

to no prohíbe la institución del servicio militar obligatorio por los Estados Partes, aunque esto signifique que se puedan restringir los derechos individuales durante el servicio militar, dentro de las exigencias de dicho servicio. El Comité toma nota, en este sentido, que el autor no ha sostenido que el proceso penal militar neerlandés no esté siendo aplicado igualmente a todos los ciudadanos neerlandeses sirviendo en las fuerzas armadas neerlandesas. Por ende se concluye que el autor no tiene reclamo bajo el artículo 2 del Protocolo Optativo³²⁶.

Me parece altamente deficiente este dictamen dado que, como se vio en la Primera Parte de este trabajo, los criterios mencionados en el artículo 26 son meramente ilustrativos y de hecho se colocó la cláusula abierta “cualquier otra condición social” para cubrir los casos que no estaban contemplados específicamente. Además, el Comité pudo, de oficio, haber suplido la omisión del autor y haber aclarado que se trataba de una diferenciación basada en la religión, opinión o cualquier otra condición social del autor.

Por otro lado, el Comité pudo haber declarado de oficio que los hechos se encuadraban más bien en una posible trasgresión al artículo 14 (debido proceso) en conjunto con el artículo 2.1, que en el parecer de la que escribe, es más exacto.

Un año más tarde en *M.J.G. v. los Países Bajos*³²⁷, se presentó ante el Comité una comunicación individual basada en exactamente los mismos hechos que *R.T.Z.*, con la salvedad que esta vez el autor especificó que su reclamo se basaba en la cláusula “otra condición social” del artículo 26, para así dar cumplimiento a lo dictaminado por el Comité con anterioridad.

Sin embargo, la respuesta del Comité distó mucho de ser coherente con su dictamen anterior, al establecer, junto con exactamente el mismo razonamiento usado en *R.T.Z.* que:

“El Comité considera, sin embargo, que el ámbito de aplicación del artículo 26 no puede extenderse para cubrir situaciones tales como aquella que afecta al autor”³²⁸.

Debe decirse que con este tipo de dictámenes da la impresión que el Comité *no quiso* dictaminar sobre los hechos. Si la situación del autor no estaba cubierta por el artículo 26, el Comité pudo haber establecido el artículo que sí era pertinente al tema en lugar de sumariamente declararlo inadmisibles.

Además, hay que preguntarse si es que estas declaraciones de inadmisibilidad son en verdad dictámenes sobre el fondo del asunto. Lo que está diciendo el Comité es que la legislación penal militar se aplica por igual a todos los miembros de las fuerzas armadas

³²⁶ *Ibidem*, párrafo 3.2, traducción propia.

³²⁷ CCPR/C/32/D/267/1987.

³²⁸ *Ibidem*, párrafo 3.2, traducción propia.

y por ende no cabe hablar de discriminación. Sin embargo, para llegar a esta conclusión tiene que haber habido una consideración del fondo; decir que no hay discriminación es resolver el asunto, sumariamente, bajo el pretexto de admisibilidad, sin pedir los debidos aportes del autor como del Estado Parte.

Dos años más tarde los objetores de conciencia empezaron a adoptar otra estrategia ante el Comité; comenzaron a reclamar que la duración mayor del servicio civil frente al militar era discriminatoria. El primer caso se dio con *Järvinen v. Finlandia*³²⁹ en donde el autor, un objetor de conciencia quien optó por cambiar su servicio militar por servicio civil, postuló que el hecho que el servicio civil durara ocho meses más que el militar infringía el artículo 26.

Con anterioridad a los hechos que dieron lugar a este caso, el servicio civil optativo duraba doce meses pero los objetores de conciencia debían probar ante las autoridades que eran tales. Con una enmienda legal se eliminó el requisito de la prueba y se permitió que los objetores de conciencia optaren a este servicio civil con sólo solicitarlo, sin embargo se alargó la duración del servicio civil hasta dieciséis meses mientras que el militar permanecía en ocho meses solamente.

El Estado Parte argumentó que el propósito de la enmienda era disuadir a las personas que no eran verdaderos objetores de conciencia de optar por el servicio civil.

En su dictamen, el Comité aceptó que los hechos caían dentro del ámbito de protección del artículo 26, en los siguientes términos:

“Así pues, la cuestión principal ante el Comité consiste en saber si las condiciones concretas en que el autor debe prestar el servicio sustitutivo pueden constituir una violación del artículo 26 del Pacto. El hecho de que en el propio Pacto no se establezca el derecho a la objeción de conciencia no modifica la situación. En efecto, la prohibición de la discriminación que prevé el artículo 26 no comprende tan sólo los derechos garantizados en el Pacto”³³⁰.

Sin embargo, luego de hacer esta declaración acertada, el Comité procedió a afirmar que:

“Para determinar si la prolongación de la duración de 12 a 16 meses del servicio sustitutivo mediante la Ley No 647/85, que se aplicó al Sr. Järvinen, estaba basada en criterios razonables y objetivos, el Comité consideró en especial la exposición de motivos de la Ley (véase el párr. 2.2 supra) y estimó que las nuevas disposiciones se concibieron para facilitar la administración del servicio sustitutivo. La Ley se basó en consideraciones prácticas y no tuvo ningún propósito discriminatorio”³³¹.

³²⁹ CCPR/C/39/D/295/1988.

³³⁰ *Ibidem*, párrafo 6.2.

³³¹ *Ibidem*, párrafo 6.4.

Con esta declaración el Comité comete el doble error de, en primer lugar justificar una discriminación por razones meramente administrativas y en segundo lugar eximir de responsabilidad al Estado por no tener “intención discriminatoria”, cosa que ya hemos visto no tiene que ver con el resultado de la acción u omisión del Estado en materia de discriminación³³².

El Comité continúa al concluir que:

“En ninguna circunstancia, es irrazonable o represiva la mayor duración del servicio sustitutivo”³³³.

Por otra parte el Comité optó por no referirse al argumento del autor respecto de la exención total de todo servicio aplicable a los Testigos de Jehová, materia que sí se consideraría tres años más tarde en el ya examinado caso *Brinkhoff v. los Países Bajos*³³⁴.

En una opinión individual anexa disidente, los miembros Aguilar y Pocar calificaron la extensión del servicio civil como una sanción en contra de los objetores de conciencia, debido a que la distinción de trato no era ni objetiva ni razonable³³⁵.

En otra opinión individual disidente, el Sr. Wennergren consideró que el hecho de que personas fuesen obligadas a sacrificar el doble de su tiempo sólo en razón de sus creencias, violaba los artículos 18 y 26 en conjunto con el artículo 8 del Pacto³³⁶.

En este dictamen, específicamente en sus opiniones individuales anexas, se comienza a vislumbrar un cambio en la jurisprudencia del Comité respecto a la igualdad en materia de servicio militar obligatorio, un cambio que es complementado por el dictamen *Brinkhoff* ya analizado al ver la discriminación por religión. Lo curioso es que en *Järvinen* se hizo exactamente la misma afirmación hecha en *Brinkhoff* sólo tres años más tarde en cuanto a la injusticia de la exención total de sólo Testigos de Jehová de todo tipo de servicio. Mientras que en este fallo el Comité consideró necesario recomendar al Estado Parte la eliminación de toda discriminación por religión, en el anterior al Comité no le pareció pertinente siquiera referirse al tema.

En *H.A.E.d.J. v. los Países Bajos*³³⁷ al autor, un objetor de conciencia que cumplía con su servicio civil, se le denegó un subsidio de seguridad social que lo hubiera ubicado por encima del nivel de subsistencia mínima. El fundamento de su reclamo por discriminación, que fue declarado inadmisibles, fue que él recibía menor remuneración que una

³³² Véase *supra* Primera Parte, punto 1.2.

³³³ *Järvinen v. Finlandia*, *op. cit.* nota 329, párrafo 6.6.

³³⁴ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 4.4.

³³⁵ *Järvinen v. Finlandia*, *op. cit.* nota 329, opinión individual (disidente) de los Sres. Aguilar y Pocar, párrafo 2.

³³⁶ *Ibidem*, opinión individual (disidente) del Sr. Wennergren, párrafo 4. Aunque la postura del Sr. Wennergren en cuanto a la existencia de discriminación es válida, debe recordarse que el artículo 26 contiene una cláusula autónoma de no-discriminación y por lo tanto no puede violarse en conjunto con otro derecho reconocido en el Pacto. Si se ha encontrado, entonces, una discriminación en relación con el artículo 8, corresponde aplicar el artículo 2.1 y no el 26.

³³⁷ CCPR/C/37/D/297/1988.

persona que no cumplía con dicho servicio. El Comité reafirmó su jurisprudencia respecto de que no había discriminación en el resultado de la aplicación uniforme de las leyes³³⁸.

Una postura bastante original fue aquella tomada por el autor de la comunicación *A.R.U. v los Países Bajos*³³⁹ al afirmar que el gobierno de su país, a través del servicio militar obligatorio, lo estaba forzando a formar parte de una organización criminal (el ejército neerlandés) cuyo objetivo era el genocidio. Al ser negado el acceso a los tribunales civiles, el autor alegó discriminación ante el Comité, que declaró inadmisibles su comunicación por falta de substanciación.

El giro jurisprudencial que comenzó en 1990 con las opiniones individuales de los dictámenes de *Järvinen* y que fue continuado en 1993 por el dictamen de *Brinkhoff*, finalmente se completó en 1999 con el dictamen sobre la comunicación *Foin v. Francia*³⁴⁰. El autor de dicha comunicación, un objetor de conciencia, cumplía con su servicio civil de dos años de duración pero lo abandonó luego de exactamente un año puesto que esa era la duración del servicio militar. Fue condenado y sentenciado a una pena suspendida de prisión.

En su comunicación al Comité, el Sr. Foin invocó las opiniones individuales anexas al caso *Järvinen* y afirmó que la duración doble del servicio civil no era objetiva ni razonable sino que punitiva.

El Estado en una declaración algo insólita, afirmó que la duración doble se justificaba para probar las convicciones de los objetores de conciencia y que el servicio civil era más liviano y mejor pagado.

En su dictamen el Comité encontró que:

“A este respecto, el Comité reconoce que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un período de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el presente caso, sin embargo, las razones aducidas por el Estado Parte no mencionan ningún criterio de ese tipo, o sólo mencionan criterios en términos generales sin referirse concretamente al caso

³³⁸ Véase *P.P.C. v. los Países Bajos* (CCPR/C/32/D/212/1986) en donde el Comité dictaminó que “the scope of article 26 does not extend to differences of results in the application of common rules in the allocation of benefits. In the case at issue, the author merely states that the determination of compensation benefits on the basis of a person's income in the month of September led to an unfavourable result in his case. Such determination is, however, uniform for all persons with a minimum income in the Netherlands. Thus, the Committee finds that the law in question is not prima facie discriminatory...” párrafo 6.2.

³³⁹ CCPR/C/49/D/509/1992.

³⁴⁰ CCPR/C/67/D/666/1995.

del autor, sino que se basan en el argumento de que la duplicación de la duración del servicio es la única forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. En opinión del Comité, este argumento no satisface el requisito de que, en el presente caso, la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. En estas circunstancias, el Comité considera que se ha violado el artículo 26, ya que el autor ha sido objeto de discriminación en razón de su convicción de conciencia”³⁴¹.

En una opinión individual disidente anexa los Sres. Ando, Klein y Kretzmer postularon que la duración doble del servicio civil cumplía con los requisitos de objetividad y razonabilidad debido a que, entre otras razones, el servicio civil era mejor remunerado, menos disciplinado y no existía la posibilidad de lesión grave o muerte³⁴².

Ahora bien, el Comité declaró que ya que el Estado Parte había cambiado la ley pertinente, no habría necesidad de sugerir otra reparación. Sin embargo, al año siguiente se dictaminaron dos comunicaciones idénticas a *Foin; Maille v. Francia*³⁴³ y *Venier & Nicolas v. Francia*³⁴⁴; los argumentos de las partes eran iguales, así como el dictamen, y la opinión individual³⁴⁵.

5.2.1 Conclusiones

En primer lugar es útil destacar que el Comité ha sido consistente en tratar los casos de supuesta discriminación presentados por objetores de conciencia bajo el artículo 26 del Pacto, dejando fuera de sus dictámenes toda referencia al artículo 18 (libertad de religión). *Brinkhoff*, *Foin*, *Maille* y *Venier & Nicolas*, todos incluyeron una violación al artículo 18 en sus denuncias³⁴⁶; sin embargo el Comité optó por no tratar dicha supuesta violación, confinando el tema dentro de la discriminación autónoma. Incluso en *Brinkhoff*, en donde el Comité planteó la posibilidad de discriminación por razones de religión, no se mencionó al artículo 18 en el dictamen. Esto es importante dado que al no utilizar al artículo 18 en conjunto con el 2.1, el Comité examinó el derecho a la no-discriminación en relación con un derecho no incluido en el Pacto. Sin embargo, los dictámenes en cuestión no especifican cuál es ese derecho, sino que se limitan a afirmar que:

“El Comité tomó nota de los argumentos del Estado Parte relativos a la incompatibilidad ratione materiae de la comunicación con las disposiciones del Pacto. A este respecto, el Comité estimó que la

³⁴¹ *Ibidem*, párrafo 10.3.

³⁴² *Ibidem*, Opinión Individual de Sres. Ando, Klein y Kretzmer.

³⁴³ CCPR/C/69/D/689/1996.

³⁴⁴ CCPR/C/69/D/690/1996.

³⁴⁵ A la que se adhirió el Sr. Zakhia.

³⁴⁶ *Järvinen* no formuló su denuncia en relación con el artículo 18 sino únicamente relativo al artículo 26.

cuestión planteada en la comunicación no se refería a una violación del derecho a la objeción de conciencia en cuanto tal³⁴⁷.

El tema de la objeción de la conciencia ha sido escenario de uno de los cambios más radicales en la jurisprudencia del Comité respecto de la discriminación. De hecho, su postura pasó de ser renuente a aceptar el tema dentro del ámbito de la igualdad, a afirmar que los Estados Partes violaban el artículo 26 si la duración del servicio civil no era igual al militar sin justificación objetiva y razonable (*Foin*), y que las exenciones totales a los servicios debían extenderse a todos los objetores de conciencia (*Brinkhoff*).

De esta manera, a través de un proceso que duró 13 años, el Comité dio un vuelco de ciento ochenta grados y terminó por, de alguna manera, hacer equivalente la objeción de conciencia a una creencia religiosa al exigir que la exención dada a los Testigos de Jehová se extienda a todos los objetores de conciencia.

El Comité no especifica cómo exactamente ha de determinarse quiénes son objetores de conciencia, pero al ir liberalizando la jurisprudencia a favor de éstos, se prevé que en el futuro, a través de la aplicación del artículo 26, se pueda eliminar por completo la institución del servicio militar obligatorio. Vale decir; ha quedado establecido que si un Estado Parte exime a algunos objetores de conciencia debe eximir a todos ellos. De esta manera el servicio militar deja de ser obligatorio y se vuelve automáticamente optativo.

Este razonamiento es el mismo que se ocupa para las exigencias de igualdad dentro de la esfera de la seguridad social. Como ya hemos visto en *Broeks y Zwaan de Vries* la jurisprudencia estable dictamina que el Estado no está obligado a legislar sobre derechos no incluidos en el Pacto; sin embargo, si elige hacerlo, debe hacerlo sin discriminación. Si elige otorgar pensiones de desempleo, debe hacerlo en condiciones de igualdad. De la misma manera, el Estado no está obligado a eximir a determinadas personas del servicio militar obligatorio, pero si decide hacerlo debe eximir a todos los que sean objetores de conciencia.

6. Discriminación por Razones de Raza, Origen Nacional y Nacionalidad (en tanto “Otra Condición Social”)

Antes de iniciar este capítulo, es preciso hacer algunas aclaraciones respecto de su contenido. Tal como se vio en la Primera Parte de este trabajo, los términos “Raza” y “Color”, utilizados por el Pacto en sus cláusulas de no discriminación, son sumamente imprecisos y poco técnicos. Así, el color de una persona obedece a apreciaciones subjetivas y a estas alturas de la evolución humana hay muy pocas personas cuya raza puede ser definida con exactitud. El uso de los términos indicados obedece más a los acontecimientos mundiales que motivaron la dictación del Pacto y que tuvieron lugar durante su

³⁴⁷ *Maille v. Francia*, op. cit. nota 343, párrafo 6.4 y *Venier y Nicolas v. Francia*, op. cit. nota 344, párrafo 6.3.

largo proceso de elaboración, como el holocausto bajo el régimen nazi, el apartheid en África y la segregación racial en Estados Unidos.

El criterio de distinción “nacionalidad” no se encuentra contemplado específicamente en las normas de no discriminación del Pacto y por ende puede corresponder a la cláusula abierta de “otra condición social”. Se ha incluido en este punto junto con la raza y el origen nacional por su estrecha vinculación con éstas y su mayor precisión. Por otro lado, el Comité y los autores de comunicaciones individuales han usado el término “*citizenship*” (que puede ser traducido como “ciudadanía”) como sinónimo de nacionalidad. Este libro seguirá al Comité en esta tendencia y se verán en este apartado tanto las comunicaciones que invocan explícitamente ciudadanía como los que hablan de nacionalidad. Además, en la práctica se dio que algunos autores de comunicaciones individuales invocaron erradamente uno u otro de estos cuatro criterios, para luego ser corregidos por el Comité.

Por último, hay que señalar que la discriminación por raza, origen nacional o nacionalidad se vincula mucho con los reclamos de ciertos pueblos originarios quienes se consideran naciones independientes de los Estados Partes, aunque su territorio es abarcado por éstos. Ante la imposibilidad de interponer comunicaciones individuales que invocan violaciones al artículo primero del Pacto (libre determinación de los pueblos), estos grupos resolvieron basar sus reclamos en el artículo 27 (protección de minorías) y el artículo 26.

6.1 Discriminación en la Asignación de Beneficios de Seguridad Social

En abril de 1989 el Comité dictaminó en el caso *Gueye et al. v. Francia*³⁴⁸, un caso en donde 743 miembros retirados del ejército francés reclamaron por el congelamiento de sus pensiones. Los autores, todos de nacionalidad senegalesa, habían formado parte de las fuerzas armadas francesas antes de la independencia de Senegal en 1960. Como miembros retirados del ejército recibían pensiones, al igual que los militares franceses retirados, hasta el año 1975 en que su valor fue congelado, mientras que las pensiones de los soldados franceses siguieron incrementándose periódicamente.

Los autores afirmaron que el Estado Parte justificaba el congelamiento de sus pensiones en los siguientes hechos: primero, que ya no eran franceses; segundo, las condiciones socio-económicas en Senegal eran más bajas que en Francia y por ende los senegaleses necesitaban menos dinero; y tercero, el desorden de las oficinas del registro civil senegalés y la consecuente corrupción dificultaba la identificación de los beneficiarios. A pesar de estos argumentos, los autores afirmaron que la discriminación que los aquejaba se basaba solamente en su raza.

³⁴⁸ CCPR/C/35/D/196/1985.

Al dictaminar, el Comité dijo que:

“Ha llegado a la conclusión de que no existen pruebas que apoyen la alegación de que el Estado Parte ha incurrido en prácticas discriminatorias por motivos de raza con respecto a los autores. Sin embargo, todavía debe determinarse si la situación de los autores puede estar comprendida en el ámbito del artículo 26 de alguna otra manera. (...) Observa que la nacionalidad propiamente dicha no figura entre los motivos de discriminación prohibidos que se enumeran en el artículo 26, y que el Pacto no protege el derecho a pensión como tal. De conformidad con el artículo 26 se prohibirá la discriminación, respecto de la igualdad ante la ley, 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. En cuanto a la nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26. (...) El Comité tiene en cuenta (...) que ‘el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias. Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no supone una discriminación prohibida en el sentido del artículo 26’³⁴⁹.

Luego, el Comité desestimó cada uno de los argumentos del Estado para congelar las pensiones de los senegaleses como faltos de objetividad y razonabilidad, y en definitiva determinó que, dado que los soldados senegaleses habían prestado los mismos servicios que los franceses, no se justificaba que no fuesen tratados de la misma manera en cuanto a sus derechos como pensionados. De este modo se dictaminó que el Estado de Francia había violado el artículo 26 del Pacto, específicamente en cuanto a la discriminación por nacionalidad³⁵⁰, y que debía reparar debidamente a las víctimas.

El próximo caso en donde se alegó discriminación en materia de seguridad social, ahora debido al origen nacional de los autores, fue en las comunicaciones individuales *Oulajin v. los Países Bajos*³⁵¹ y *Kaïss v. los Países Bajos*³⁵², ambos tratados en conjunto por el Comité.

Los autores de las comunicaciones eran dos trabajadores migrantes de nacionalidad marroquí que vivían y trabajaban en Holanda, habiendo ambos dejado a sus cónyuges e

³⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 9.4.

³⁵⁰ Llama poderosamente la atención que en este caso el Comité suplió el error de los autores en la determinación del criterio de diferenciación prohibido, cuando sólo dos años antes había declarado inadmisibles la comunicación *R.T.Z. v. los Países Bajos* por la misma especie de error formal. Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 5.2.

³⁵¹ CCPR/C/46/D/406/1990.

³⁵² CCPR/C/46/D/426/1990.

hijos en Marruecos. El hermano de uno de los autores murió y, de acuerdo con la cultura marroquí, el autor debía asumir la crianza de sus sobrinos. De la misma manera, el padre del otro autor falleció dejándolo con la obligación de criar a sus hermanos menores.

En ambos casos los autores, que estaban cesantes, solicitaron prestaciones de seguridad social a favor de estos niños, afirmando que equivalían a “menores a cargo” (*foster children*), solicitudes que fueron denegadas por el Estado Parte.

La primera acusación de discriminación vino cuando el Estado Parte justificó su decisión en que debía existir un nexo cercano entre el padre y el hijo adoptivo, requisito que no se exigía para beneficios a favor de hijos biológicos.

La segunda supuesta discriminación en contra de los autores fue afirmada por éstos en términos que la situación que los aquejaba era más frecuente para trabajadores migrantes extranjeros que para nacionales neerlandeses. Esto sería, por ende, una discriminación por origen nacional.

En su dictamen el Comité recalcó la jurisprudencia ya asentada respecto del artículo 26 en *Broeks, Zwaan de Vries, Vos, Pauger y Sprenger* en cuanto:

“El principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley significan que toda distinción que se establezca con respecto al disfrute de las prestaciones de la seguridad social deberá basarse en criterios razonables y objetivos”³⁵³.

Respecto del fondo del asunto, el Comité afirmó que la exigencia que los llamados “menores a cargo” vivieran con el solicitante de prestaciones era tanto objetiva como razonable por lo que en el primer aspecto de la comunicación no hubo discriminación.

En cuanto al segundo punto, el Comité sostuvo que, ya que la Ley de Subsidios por Hijos a Cargo no hacía distinciones entre nacionales y no nacionales, tampoco habría habido discriminación en este respecto. Esto en la práctica es una reafirmación de lo establecido en *P.P.C. v. los Países Bajos* en cuanto a que no hay discriminación en el resultado de la aplicación uniforme de la ley³⁵⁴.

6.1.1 Conclusiones

Los dos casos recién vistos son sumamente interesantes en cuanto a la jurisprudencia sobre discriminación se trata. Al tratarse de seguridad social se aplica correctamente el artículo 26 como cláusula autónoma de no discriminación para la protección de la igualdad con respecto a derechos no incluidos en el Pacto, como son las pensiones y los subsidios familiares.

El gran aporte de *Gueye* es la inclusión expresa del criterio “nacionalidad” dentro de la cláusula abierta “cualquier otra condición social”, dejando en claro que es un criterio

³⁵³ *Ibidem*, párrafo 7.3.

³⁵⁴ *P.P.C. v. los Países Bajos*, *op. cit.* nota 338.

incluido bajo la protección del artículo 26 mas no como categoría sospechosa (calidad de la que gozan “raza” y “color”). Además, deja en claro que los argumentos estatales referentes a complicaciones administrativas no alcanzan el nivel de objetividad y razonabilidad requerido para justificar una diferenciación de trato.

En cuanto a *Oulajin y Kaiss*, tal vez sea de interés señalar que este caso fue presentado anteriormente ante la Comisión Europea de Derechos Humanos donde fue rechazado debido a que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contiene una cláusula autónoma de no discriminación, sino que su artículo 14 se refiere claramente sólo a los derechos resguardados por el Convenio³⁵⁵.

Este es un ejemplo, entonces, de un caso que resulta admisible bajo el artículo 26 del Pacto mas no resulta ser suficientemente fundamentado para ameritar una declaración de transgresión de dicho artículo por parte del Estado.

6.2 Discriminación de Pueblos Originarios

Tal como se explicó anteriormente, ante la negativa del Comité a revisar comunicaciones individuales basadas en el artículo primero del Pacto, los pueblos originarios, que se consideran verdaderas naciones en sí y cuyo territorio cae dentro del territorio del Estado Parte, han recurrido a los artículos 26 y 27 para fundamentar sus reclamos.

El primer caso en que un miembro de un pueblo originario invocó al artículo 26 ante el Comité fue *X. v. Australia*³⁵⁶, dictaminado por el Comité en 1996.

El autor de la comunicación pertenecía a la nación aborigen Wiradjuri de Nueva Gales del Sur y estuvo casado con una mujer no aborigen, con quien tuvo tres hijos. El problema se suscitó cuando al separarse la pareja, se tuvo que decidir sobre la separación de bienes y la custodia de los hijos. Resultó que la casa donde la familia habitaba se había comprado con un préstamo especial para aborígenes y era considerada por el pueblo del autor como tierra aborigen.

Por otro lado, el autor reclamó que la decisión del tribunal de familia de entregar la custodia de sus hijos a la madre no consideró debidamente la pertenencia de estos niños a una cultura aborigen y que temía que su educación dentro de la cultura “blanca”³⁵⁷, fuera nociva para su identidad cultural. El autor solicitó al tribunal la custodia compartida de los hijos con su ex cónyuge, la que reclamó que el autor, en su calidad de dirigente de su pueblo viajaba mucho, permaneciendo fuera de su hogar por largos períodos. El autor contra argumentó que dentro de la cultura de su pueblo se consideraba a la familia extendida como partícipe en la crianza y educación de los niños, de acuerdo con sus

³⁵⁵ El 6 de marzo de 1989 la Comisión declaró inadmisibles los casos, *ratione materiae*.

³⁵⁶ CCPR/C/57/D/557/1993.

³⁵⁷ Esta palabra es usada por el mismo autor en su comunicación individual.

valores y derecho consuetudinario. En este sentido, afirmó que cuando él no estuviera sus hijos quedarían a cargo de sus abuelos, tíos y primos, como era la costumbre de su pueblo y también como era imprescindible para la correcta crianza aborígen de los niños.

El reclamo de discriminación tiene que ver con que el tribunal de familia no aceptó estos argumentos como relevantes en el proceso sobre la custodia de los hijos y la separación de bienes.

Este caso presenta interrogantes verdaderamente interesantes de analizar, pero es lamentable que el autor no agotara las instancias internas antes de concurrir ante el Comité, razón por la cual su comunicación fue declarada inadmisibile.

Al año siguiente el Comité dictaminó en el muy polémico *Hopu y Bessert v. Francia*³⁵⁸. Los autores de la comunicación eran étnicamente polinesios viviendo en Tahití, parte de la Polinesia francesa. Argumentaron que ellos eran descendientes de los verdaderos propietarios de unas tierras que el Estado se adjudicó en la década de los '60, tierras en donde se ubica un cementerio ancestral de su pueblo. A la época de la comunicación el Estado había entregado la tierra en un contrato de leasing a una empresa que deseaba construir un hotel en ese lugar.

Ahora bien, al ratificar el Pacto, el Estado de Francia lo hizo con una declaración que el Comité ha interpretado como una reserva a la aplicación del artículo 27 a dicho Estado. Es por ello que a pesar de la argumentación de los autores, el Comité no pudo resolver este caso a la luz del artículo 27, sino que sólo lo declaró admisible respecto de los artículos 14.1 (igualdad procesal), 17.1 (intimidad), 23.1 (protección a la familia) y más tarde también el artículo 26.

El dictamen del Comité en este caso utilizó criterios de interpretación de una amplitud pocas veces vista en jurisprudencia de tribunales internacionales.

En primer lugar, interpretó el término “familia” extensivamente como para incluir a todos los miembros del pueblo en cuestión, interpretación que no sólo aplica un criterio de relativismo cultural sino que además va en contra de lo dictaminado en *Oulajin y Kais*³⁵⁹. Luego afirmó que, de acuerdo con esta interpretación amplia, los autores podían considerar a sus ancestros como una parte importante de su vida familiar y de su identidad. Además, afirmó que, al entregar la tierra en leasing, el Estado Parte no tomó en cuenta la importancia del suelo para los autores y por ende se deducía que hubo una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de los autores, produciéndose consecuentemente violaciones a los artículos 17.1 y 23.1.

No hubo dictamen con respecto a la posible discriminación.

A este caso se anexaron dos opiniones individuales, firmadas por un total de nueve miembros del Comité. La primera se opuso a que la comunicación haya sido examinada

³⁵⁸ CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

³⁵⁹ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 6.1.

sin considerar el artículo 27 y afirma que la declaración francesa al ratificar el Pacto no era una reserva aplicable a este caso³⁶⁰.

La segunda opinión individual resulta aún más interesante y expone, en síntesis; que la declaración hecha por Francia es una reserva y por ende no se le puede aplicar el artículo 27; que se comparte la interpretación extensiva del término “familia”, pero éste no puede abarcar a todos los miembros de la población indígena del área; al referirse a la familia y a la privacidad, el Comité en verdad se está refiriendo a la vida cultural y los valores del pueblo originario, asuntos que caen claramente bajo el artículo 27, no aplicable aquí; el acceso a la propiedad pública no puede identificarse con “privacidad” sólo porque el lugar es importante para la identidad de alguien.

Los autores de esta opinión individual lamentaron la actitud irrespetuosa del Estado para con el pueblo originario, pero afirmaron que esto no justificaba la distorsión de los términos “familia” y “privacidad” por parte del Comité. Al no encontrar violación al principio de no discriminación, no se encontró violación alguna del Pacto en este caso³⁶¹.

Respecto de *Hopu y Bessert*, concuerdo con la segunda opinión individual expuesta, ya que creo que se ajusta más a derecho que el dictamen del Comité, por lamentable que sea para los autores de la comunicación.

Ahora bien, sorprende la desestimación del artículo 26 en este caso. Si efectivamente se ha considerado a la declaración francesa como una reserva, el artículo 27, que protege a las minorías culturales, no obliga al Estado francés. Sin embargo, Francia está obligada por el artículo 26, cuyo propósito es velar por la no discriminación en materias no contempladas en el Pacto. Creo que no sería más controvertido que lo ya expuesto, afirmar que dado que el derecho de los miembros de pueblos originarios en la polinesia francesa a disfrutar de su propia vida cultural no está cubierto por el Pacto, se podría haber aplicado el artículo 26 en este caso, entendiéndolo como un caso de discriminación autónoma entre miembros de pueblos originarios y aquellos que no pertenecen a dichos pueblos, sin haber tenido que recurrir a una interpretación tan extendida de los términos “familia” o “privacidad”.

6.2.1 Conclusiones

La conclusión que más resalta del examen de estos casos es que el Comité nunca ha encontrado una violación del principio de no discriminación, ya sea autónoma o dependiente, al tratarse de pueblos originarios.

Llama poderosamente la atención la forma en que han variado los criterios de interpretación utilizados por el Comité en la resolución de comunicaciones individuales. Por

³⁶⁰ *Hopu y Bessert v. Francia*, op. cit. nota 358, Opinión Individual parcialmente disidente de Sres. Evatt, Medina, Pocar, Scheinin y Yalden.

³⁶¹ *Ibidem*, Opinión individual disidente de Sres. Kretzmer y Buergenthal, cofirmada por Sr. Ando y Lord Colville.

ejemplo, en esta materia *Hopu y Bessert* es absolutamente contrario a *Oulajin y Kaiss*, dictaminado sólo cinco años antes³⁶².

Recordando a *Lovelace*³⁶³, me sorprende que no haya habido más comunicaciones individuales interpuestas por miembros de pueblos indígenas bajo al amparo del artículo 26 del Pacto, especialmente desde que éste contiene una cláusula abierta (para aquellos que consideren que la pertenencia a un pueblo originario no se encuadra dentro de la raza, el color o el origen nacional) y desde que está destinada a resguardar la igualdad en ámbitos no cubiertos por el Pacto, como son muchos de los derechos indígenas.

6.3 Discriminación por Origen Nacional o Étnico en la Rehabilitación de Personas cuya Propiedad fue Confiscada o Expropiada

La propiedad no es considerada por el Pacto como un derecho civil o político. Es por ello que para efectos de lograr la igualdad en el trato dado a las personas respecto a su propiedad o a su derecho a la indemnización de perjuicios por la privación de dicha propiedad, el artículo 26 ha sido clave.

Cuando Checoslovaquia fue anexada por el régimen nazi se confiscaron propiedades de personas judías; luego al terminar la guerra y producirse la liberación de Checoslovaquia, se confiscaron propiedades pertenecientes a alemanes étnicos; por último, al establecerse el régimen comunista en el país, se expropiaron muchas propiedades, en especial de opositores políticos.

El tema de la confiscación o expropiación de la propiedad antes, durante y después de la segunda guerra mundial ha causado graves problemas en Eslovaquia y en la República Checa, que luego de la caída del régimen comunista y la separación de Checoslovaquia han llegado a manos del Comité en la forma de comunicaciones individuales. Algunas de estas comunicaciones se analizarán en este punto, mientras otras serán examinadas enseguida al tratar la negativa a reparar debido a la nacionalidad y residencia del solicitante. Se sacarán conclusiones generales en torno al uso del artículo 26 en el ámbito del derecho a la propiedad en el Capítulo Segundo de esta parte del presente libro.

Los primeros casos en presentarse respecto de la confiscación de propiedades y que invocaron violaciones del artículo 26 fueron *Drobek v. Eslovaquia*³⁶⁴, dictaminado por el Comité en 1997, *Malik v. La República Checa*³⁶⁵ y *Schlosser v. La República Checa*³⁶⁶, ambos dictaminados en 1998.

³⁶² Véase *supra* Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.3. En materia de minorías sexuales, la interpretación amplia utilizada en *Toonen* es contradicha por la restrictiva empleada en *Joslin*, habiendo entre ellas una diferencia de ocho años. En realidad uno esperaría que la jurisprudencia en materias como la libre expresión de la orientación sexual se fuera liberalizando en lugar de tender a ser más conservadora.

³⁶³ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.1.1.

³⁶⁴ CCPR/C/60/D/643/1995.

³⁶⁵ CCPR/C/64/D/669/1995.

³⁶⁶ CCPR/C/64/D/670/1995.

Los hechos que dan lugar a estas tres comunicaciones son básicamente iguales. Los autores son los herederos de personas de origen étnico alemán cuyas propiedades fueron confiscadas por el Estado luego de la derrota de las fuerzas nazis en la segunda guerra mundial.

En 1991, luego de la caída del régimen comunista en Checoslovaquia, se aprobó una ley que regulaba la rehabilitación de personas cuyas propiedades fueron confiscadas por dicho régimen comunista. Sin embargo no se hizo mención a aquellas personas cuyas propiedades fueron confiscadas con anterioridad al régimen.

Los autores afirmaron entonces, que la legislación de 1991 era discriminatoria porque sólo rehabilitaba a algunas de las personas cuyos bienes fueron confiscados y no a todas ellas.

El Comité declaró que las comunicaciones eran inadmisibles pues no se trataba de situaciones comparables, en este sentido afirmó que:

“El Comité ha sostenido de manera sistemática que no toda distinción o diferencia en el trato constituye una discriminación en el sentido de los artículos 2 y 26. El Comité considera que, en el presente caso, la legislación promulgada después de la caída del régimen comunista de Checoslovaquia a fin de indemnizar a las víctimas de ese régimen no parece ser prima facie discriminatoria en el sentido del artículo 26 por el solo hecho de que, según afirma el autor, no se indemniza a las víctimas de las injusticias presuntamente cometidas por regímenes anteriores. El autor no ha sustanciado esa afirmación en relación con los artículos 2 y 26”³⁶⁷.

Lo que el Comité quiso decir con esto es que sólo porque el Estado eligió compensar a las víctimas del régimen comunista, no tiene la obligación de compensar a todas las víctimas de regímenes anteriores y que, por ende, no hay discriminación.

En una opinión individual disidente, con la que concuerdo, los miembros del Comité Sra. Medina y Sr. Klein sostuvieron que mediante la exclusión de la legislación rehabilitadora de las personas cuyas propiedades fueron confiscadas por razones étnicas, los gobiernos de Eslovaquia y de la República Checa avalaron la discriminación perpetuada en contra de alemanes después de la segunda guerra mundial. Los autores de esta opinión individual afirmaron, entonces, que debió resolverse el fondo de la comunicación³⁶⁸.

Además de esta observación, me parece que estos tres casos fueron tratados como dictámenes basados en el fondo del asunto y no como decisiones de admisibilidad pues la supuesta falta de substanciación es referida al reclamo por discriminación.

³⁶⁷ *Drobek v. Eslovaquia*, op. cit. nota 364, párrafo 6.5.

³⁶⁸ *Ibidem*, *Malik v. La República Checa*, op. cit. nota 365, *Schlosser v. La República Checa*, op. cit. nota 366, Opinión individual disidente (común) de Sra. Medina y Sr. Klein.

En el año 2001 se dictaminaron las comunicaciones *Fábryová v. La República Checa*³⁶⁹ y *Brok y Brokova v. La República Checa*³⁷⁰, que se refirieron a confiscaciones de propiedades a personas judías durante la ocupación nazi de Checoslovaquia, propiedades que luego fueron nacionalizadas por el régimen comunista.

En *Fábryová* el padre de la autora fue asesinado en Auschwitz y su propiedad fue “arianizada” por los nazis. Luego del fin de la guerra, las autoridades tomaron la decisión absurda de confiscar la propiedad del difunto padre de la autora, debido a que sospecharon que era alemán pues supuestamente “vivía de manera alemana”. Luego del término del régimen comunista, la autora trató de recuperar la propiedad a la que tenía derecho como heredera pero su petición fue denegada puesto que fue interpuesta más de cinco años después de la confiscación. Ella afirmó que bajo el régimen comunista no era posible reclamar la devolución de sus bienes, y además que la constante denegación de justicia en su caso se debió a que ella era judía.

En *Brok y Brokova* la propiedad de los padres del Sr. Brok fue confiscada por el régimen nazi debido a que su dueño era judío, y luego vendida a una empresa checoslovaca que durante el régimen comunista fue nacionalizada. El problema aquí fue que los tribunales de justicia interpretaron que la legislación que rehabilitaba a las víctimas de la confiscación de propiedades por el régimen comunista no se aplicaba al autor pues su propiedad fue confiscada con anterioridad. Tampoco se le aplicó la cláusula rehabilitadora de las víctimas de los nazis pues la propiedad fue nacionalizada antes de febrero de 1948, fecha límite para tales restituciones. Aquí el autor también afirma que la denegación de justicia en su caso se debe a que él es judío.

Al parecer el Comité estimó que estas comunicaciones estaban mejor fundamentadas que las anteriores ya que las declaró admisibles y procedió a examinar el fondo de ellas.

En ambos casos el Comité estimó que los autores habían sido tratados de forma diferente a otros cuyas propiedades fueron confiscadas durante la segunda guerra mundial, y que esta diferenciación de trato no se justificaba objetiva ni razonablemente. En ambos casos se encontró una violación al artículo 26 del Pacto.

En *Pezoldova v. la República Checa*³⁷¹, dictaminado en 2002, el Comité volvió a examinar un caso interpuesto por una heredera de una persona de origen étnico alemán cuyos bienes fueron confiscados por el régimen nazi debido a que era opositor político. Luego del término de la guerra las propiedades de la familia de la autora fueron nacionalizadas debido a su origen étnico alemán. Por medio de una ley especial posterior, se determinó que la familia de la autora no recibiría indemnización por la confiscación. Durante la década de 1990, cuando la autora inició los trámites para obtener la restitución de las propiedades confiscadas, el Estado en variadas oportunidades le negó el acce-

³⁶⁹ CCPR/C/73/D/765/1997.

³⁷⁰ CCPR/C/73/D/774/1997.

³⁷¹ CCPR/C/76/D/757/1997.

so a la documentación relevante. En definitiva, la restitución fue denegada a la autora en razón de la ley especial aplicable a la propiedad de su familia; se afirmó que no correspondía la restitución pues la fuente de la confiscación no era la misma que aquella que dio origen a las demás confiscaciones que sí eran reparadas por el Estado. Sin embargo, la documentación que el Estado ocultó a la autora dejaba en evidencia que lo anterior no era cierto.

En su dictamen el Comité omitió referirse a si le correspondía a la autora igual derecho a rehabilitación de su derecho de propiedad que las demás personas que sí lo obtuvieron por parte del Estado. En su lugar afirmó que:

“se discriminó repetidamente contra la autora al denegársele el acceso a los documentos que podrían haber justificado sus reclamaciones de restitución. Por consiguiente, el Comité opina que se han violado los derechos de la autora a tenor del artículo 26, conjuntamente con el artículo 2, del Pacto³⁷²”.

La solución de este caso llama la atención porque, aunque se reconoció discriminación en perjuicio de la autora, la heredera de una persona étnicamente alemana, esta determinación no se hizo en base a la fuente de la confiscación de bienes sino en base al ocultamiento de información relevante para sus pretensiones.

6.3.1 Conclusiones

Como ha quedado demostrado por las últimas comunicaciones, el artículo 26 es el único instrumento que contempla el Pacto para la protección a la igualdad en lo que respecta a la propiedad o al derecho a la indemnización de perjuicios por pérdida de propiedad. Así como en los casos referentes a la seguridad social, aquí todos los autores han invocado correctamente el artículo 26, como herramienta para lograr la protección de derechos no incluidos en el Pacto.

Sin embargo, no puede pasarse por alto la total incoherencia que existe entre los primeros tres casos vistos y los siguientes tres. En todos los casos, se trataba de personas cuyas propiedades habían sido confiscadas antes del régimen comunista; en todos los casos se trataba de la negativa de los tribunales de justicia de aplicar a los autores la ley rehabilitadora correspondiente; en todos los casos a los autores se les negó la restitución mientras que a otros se les otorgó. No obstante, el Comité trató los seis casos de forma absolutamente diferente.

Las primeras tres comunicaciones interpuestas por los alemanes étnicos ni siquiera fueron declaradas admisibles mientras que aquellas interpuestas por los judíos no sólo fueron consideradas en su fondo sino que fueron acogidas por el Comité.

³⁷² *Ibidem*, párrafo 11.6.

La justificación de que la ley rehabilitadora contemplaba una cláusula para las víctimas de la ocupación nazi no resulta suficientemente convincente a la luz de la opinión individual disidente formulada en los primeros tres casos.

En conclusión, en mi opinión, no se explica de manera objetiva y razonable la diferencia hecha por el Comité al tratar los primeros tres casos diferentemente de los siguientes dos. Del mismo modo, aunque en el último caso examinado el Comité encontró que el Estado fue responsable por una violación al artículo 26 del Pacto en contra de la heredera de un étnico alemán, funda esta conclusión en el hecho de que se le ocultó información a la autora y no en el hecho de que la distinción entre fuentes de confiscación para efectos de la reparación es discriminatoria.

6.4 Discriminación en la Exigencia de la Nacionalidad y Residencia para la Rehabilitación de Personas cuya Propiedad fue Confiscada o Expropiada³⁷³

La complejidad de la restitución de la propiedad confiscada o expropiada en la República Checa fue reseñada en el anterior punto 6.3. En ese momento se analizaron casos en donde la negativa del Estado a rehabilitar a los propietarios se basó en su raza u origen nacional o étnico. En este punto se examinará la misma problemática, pero desde el punto de vista de las personas a quienes se le negó la restitución basándose en su falta de nacionalidad (en ocasiones denominada “ciudadanía” por parte del Comité o los autores –por lo que los términos se entenderán sinónimos para efectos de este apartado) o residencia.

En 1995, dos años antes de la resolución de *Drobek*³⁷⁴, el Comité dictaminó el primer caso de posible discriminación en la restitución de propiedades en la ex Checoslovaquia; éste fue *Simunek et al. v. la República Checa*³⁷⁵. En su comunicación, los autores afirmaron que antes del régimen comunista todos habían sido dueños de propiedades que más tarde fueron confiscadas por el gobierno. Luego de la caída de dicho régimen, el nuevo gobierno aprobó una ley mediante la cual las personas cuyas propiedades habían sido confiscadas podían pedir la restitución o la indemnización con tal de que cumplirían con dos requisitos: primero, que fueran ciudadanos checos; segundo, que hubieran establecido residencia permanente en la República Checa. En el caso particular había un autor que era polaco y ninguno tenía residencia en el Estado Parte debido a que fueron forzados a huir por causa de sus opiniones políticas. Por ende les fue denegada la restitución de su propiedad.

³⁷³ El único otro caso examinado por el Comité que entraña problemas de discriminación por motivos de residencia es *Gillot et al. v. Francia*, que plantea problemas en relación con derechos políticos en un proceso de descolonización y será examinado en el Capítulo Tercero de esta parte, en relación con la posición del Comité respecto a medidas especiales. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Tercero, punto 6.

³⁷⁴ Véase *supra* Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 6.3.

³⁷⁵ CCPR/C/54/D/516/1992.

El Comité recalcó que el Pacto no reconoce el derecho a la propiedad o a la indemnización por confiscación, pero a pesar de que las confiscaciones en sí no caían dentro de la competencia del Comité, cualquier discriminación en el proceso de restitución sí lo hacía.

Luego, en los considerandos de su dictamen, el Comité una vez más se refirió a su jurisprudencia inicial respecto de la discriminación:

“Así pues, se plantea al Comité la cuestión de saber si esos requisitos para la restitución o indemnización son compatibles con la prescripción del artículo 26 del Pacto. A este respecto, el Comité reitera su jurisprudencia de que no toda diferenciación de trato puede considerarse discriminatoria al tenor del artículo 26 del Pacto [Zwaan de Vries c. Países Bajos. Comunicación N° 182/1984, dictamen aprobado el 9 de abril de 1987, párr. 13]. Una diferenciación que es compatible con las disposiciones del Pacto y está basada en razones fundadas no constituye una discriminación prohibida tal como se entiende en el artículo 26”³⁷⁶.

Luego, al dictaminar, estableció que:

“Al examinar si las condiciones para una restitución o indemnización son compatibles con el Pacto, el Comité debe considerar todos los factores pertinentes, inclusive el primitivo derecho del autor a la propiedad en cuestión y la naturaleza de las confiscaciones. El propio Estado Parte reconoce que las confiscaciones fueron discriminatorias, y esta es la razón por la que se promulgó una legislación específica para prever una forma de restitución. El Comité observa que esa legislación no debe establecer una discriminación entre las víctimas de las confiscaciones iniciales, ya que todas las víctimas tienen derecho a una reparación sin distinciones arbitrarias. Teniendo en cuenta que el primitivo derecho de los autores a sus respectivas propiedades no implicaba la condición de ciudadano ni de residencia, el Comité estima que esas condiciones de ciudadano y residencia que figuran en la Ley N° 87/1991 no están justificadas. A este respecto el Comité señala que el Estado Parte no ha expuesto ninguna razón que justifique esas restricciones...”³⁷⁷.

Dado este razonamiento, el Comité encontró una violación del artículo 26 fundamentada en una discriminación por razones de ciudadanía (nacionalidad) y de residencia.

³⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 11.5.

³⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 11.6.

Al año siguiente vino el dictamen de la comunicación *Adam v. La República Checa*³⁷⁸ en donde tanto los hechos como el dictamen son bastante parecidos a *Simunek*. El autor era un ciudadano australiano que vivía en Australia, hijo de un checo exiliado que murió en Australia y dejó un testamento en donde nombraba como herederos de sus propiedades e industrias ubicadas en La República Checa, a sus hijos australianos.

Desde 1985 el autor había estado tratando de recuperar los antiguos bienes de su padre muerto, pero no había tenido éxito pues, a pesar de que el Estado Parte había eliminado el requisito de residencia permanente, aún se exigía que los solicitantes tuvieran ciudadanía checa.

Tal como lo hizo en *Simunek*, en este caso el Comité encontró que, a pesar de que el derecho de propiedad no está resguardado en el Pacto, su restitución o indemnización debe estar conforme al artículo 26; dado que el título original de propiedad no estaba basado en la ciudadanía, el hecho de que su restitución lo fuera no era razonable; ya que el gobierno checo es responsable de la partida del padre del autor al extranjero, es contrario a las disposiciones del Pacto exigir que sus hijos adquirieran la nacionalidad checa; el hecho de que no hubo intención discriminatoria no tiene incidencia en el caso³⁷⁹. Por estas razones el Comité nuevamente encontró que el Estado violó el artículo 26.

Ya en el año 2001 se dictaminó *Blazek, Hartman y Krizek v. La República Checa*³⁸⁰, otro caso de características casi iguales a *Simunek* y *Adam* y en donde el Comité una vez más reiteró la jurisprudencia asentada en estos dos dictámenes y nuevamente encontró que el Estado Parte había violado el artículo 26 del pacto por razones de ciudadanía.

En la sesión siguiente se dictaminó la comunicación *Des Fours Walderode y Kammerlander v. La República Checa*³⁸¹, un caso levemente más complicado que los anteriores, en donde al autor se le confiscó su propiedad en la pos-guerra debido a sus orígenes alemanes y luego fue exiliado por el régimen comunista. Inmediatamente que se dio la posibilidad, el autor volvió a su país y postuló para la restitución de su propiedad bajo la legislación vigente, petición que le fue concedida. Sin embargo, dos años más tarde dicha legislación fue enmendada en el sentido que la ciudadanía exigida fuera ininterrumpida desde la fecha de la confiscación. Dado que el autor no cumplía con esta exigencia, el dictamen que le devolvía su propiedad fue revocado por el Estado.

El autor sostuvo que esto era producto de una persecución por razones políticas y económicas y que el Estado estaba demorando los procesos iniciados por él con la esperanza de que se muriera. Lamentablemente el autor efectivamente se murió en el tiempo entre que presentó su comunicación al Comité y éste lo dictaminó, a los 96 años de edad. El procedimiento ante el Comité fue seguido por su viuda.

³⁷⁸ CCPR/C/57/D/586/1994.

³⁷⁹ En ésta materia, véase *supra*, nota 16.

³⁸⁰ CCPR/C/72/D/857/1999.

³⁸¹ CCPR/C/73/D/747/1997.

El dictamen del Comité reiteró lo dicho en los tres casos anteriores en el sentido que la exigencia de ciudadanía para la restitución de bienes crea una distinción discriminatoria entre personas que fueron igualmente víctimas de las confiscaciones por parte del Estado. Por ende aquí también se violó el artículo 26 por razones de ciudadanía.

Por último, en los casos *Marik v. la República Checa*³⁸² y *Kriz v. la República Checa*³⁸³, ambos dictaminados en 2005 y ambos fundados en hechos similares a aquellos reclamados en *Simunek* y *Adam*, el Comité siguió la línea jurisprudencial que tuvo su origen en dichos casos en cuanto a que es poco razonable exigir, para efectos de la restitución de propiedad confiscada, que una persona tenga la nacionalidad checa en circunstancias que el Estado fue responsable de la huida o exilio de los propietarios.

6.4.1 Conclusiones

Cronológicamente, *Simunek* fue la segunda comunicación en donde el Comité encontró una violación del artículo 26 por “otra condición social”³⁸⁴ y en todas las comunicaciones posteriores que fueron declaradas admisibles y que se fundaron en hechos similares se encontraron violaciones al artículo 26.

Una vez más nos encontramos con la correcta aplicación del artículo 26 como herramienta para lograr la igualdad de trato con relación a derechos no reconocidos en el Pacto, como es el caso de la propiedad y el derecho a la indemnización por confiscación o expropiación.

Además, siguiendo a *Gueye*, la nacionalidad ha sido confirmada aquí como un criterio que definitivamente se encuentra dentro de la categoría “otra condición social”.

Conuerdo plenamente con los dictámenes del Comité en relación con este tema. Pareciera que el gobierno checo quiso restringir al máximo las solicitudes de devolución de propiedades confiscadas y la forma más efectiva de hacer eso era exigiendo requisitos que los postulantes no iban a poder cumplir dadas las circunstancias que los llevaron a abandonar su país. Los postulantes eran todos exiliados políticos y por tanto no tenían cómo comprobar su residencia ininterrumpida en el Estado, hecho que ilustra claramente la poca razonabilidad de las exigencias estatales.

6.5 Discriminación en el Acceso de Extranjeros a un País y en su Naturalización

La comunicación *Ben Said v. Noruega*³⁸⁵ trataba el caso de un ciudadano tunecino, casado con una mujer noruega y padre de dos hijas, que fue condenado por un delito

³⁸² CCPR/C/84/D/945/2000.

³⁸³ CCPR/C/85/D/1054/2002.

³⁸⁴ La primera fue *Gueye v. Francia*, en 1989, *op. cit.* nota 348. Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 6.1.

³⁸⁵ CCPR/C/68/D/767/1997.

relacionado con drogas y que luego de servir la mitad de su condena se escapó con su familia a Francia. Luego de volver algunos años después, y cumplir con el resto de su condena, el autor se separó de su cónyuge y perdió el proceso sobre custodia de sus hijas. Ocurrido esto, al autor se le denegó el permiso de residencia y fue expulsado del país.

En 1997 fue citado por un tribunal de Oslo para comparecer en una audiencia pertinente a la contienda de custodia que él mismo había iniciado pero no pudo llegar a la corte pues fue detenido en el aeropuerto y se le negó la posibilidad de contactarse telefónicamente con el juez. El autor indicó que fue objeto de una discriminación por origen nacional debido a que el trato que recibió por parte de las autoridades noruegas no se habría dado a personas de otras nacionalidades europeas.

El Comité estimó que los hechos no planteaban interrogantes con relación al artículo 26.

El mismo año se dictaminó en el caso *Simlae Toala et al. v. Nueva Zelanda*³⁸⁶, una comunicación bastante compleja en donde a cinco personas provenientes de Samoa Occidental les fue denegado el acceso a Nueva Zelanda. Los autores invocaron un fallo judicial interno de Nueva Zelanda en donde se estableció que todas las personas nacidas en Samoa Occidental entre el 13 de mayo de 1924 y el 1 de enero de 1949 y sus descendientes eran nacionales de Nueva Zelanda.

Los autores afirmaron ser neocelandeses y que se les estaba negando su legítimo derecho de entrar a su propio país, debido a un criterio discriminatorio basado en sus orígenes polinesios.

El Estado Parte argumentó que en 1982 había negociado un tratado con el gobierno de Samoa Occidental, mediante el cual la jurisprudencia antes mencionada dejaba de tener efecto para alrededor de cien mil samoanos, dentro de los cuales se contaban los autores. Por tanto el Estado afirmó que no existía tal derecho de entrar a Nueva Zelanda, debido a que no eran nacionales de dicho país.

El Comité, al dictaminar, hizo referencia a que en 1982 ninguno de los autores tenía conexión alguna con Nueva Zelanda ni tuvieron conocimiento de su nacionalidad neocelandesa, por pasajera que fuera, por lo que decidió que la remoción de la nacionalidad no fue arbitraria.

Con respecto a los posibles efectos discriminatorios del tratado de 1982, el Comité afirmó que sólo se aplicaba a samoanos no residentes en Nueva Zelanda y sin conexiones con dicho país. Dado que los autores se encontraban en esta situación y que la norma fue aplicada uniformemente a todos por igual, concluyó que no hubo discriminación.

Me parece que el asunto es algo más complicado. El hecho de que los autores no tuvieran conocimiento de sus derechos no obsta a que dichos derechos existían, por lo que el argumento del desconocimiento de su nacionalidad no convence. La nacionalidad

³⁸⁶ CCPR/C/70/D/675/1995.

neocelandesa puede considerarse como un derecho adquirido por los autores, independientemente de si tuvieron o no conocimiento de ello. Este razonamiento lleva a pensar que la privación de la nacionalidad en este caso fue arbitraria.

En todo caso esta comunicación parece tener más que ver con el derecho a la nacionalidad que con el derecho a la no discriminación. Sin embargo, el derecho a tener una nacionalidad no está reconocido para personas adultas en el Pacto³⁸⁷ y por ende la forma que encontraron los autores de hacerla valer en igualdad de condiciones fue a través de una comunicación que invocaba una violación al artículo 26.

En *Borzov v. Estonia*³⁸⁸, dictaminado en 2004, al autor sí se le permitió el acceso al territorio estatal, sin embargo, se denegó su solicitud de naturalización pues había sido oficial en el ejército de la Unión Soviética siendo que la ley correspondiente impedía que se otorgara la nacionalidad a un ex-oficial de las fuerzas armadas de un país extranjero. El Comité aceptó que la justificación de la negativa del Estado había sido la seguridad nacional y que los tribunales internos habían examinado debidamente el fondo del reclamo del autor. Por ello, y luego de notar que ni el Pacto ni el Derecho Internacional en general establecen criterios según los cuales se debía llevar a cabo la naturalización, el Comité encontró que el autor no había demostrado que la medida adolecía de falta de justificación objetiva y razonable.

6.5.1 Conclusiones

Uno podría pensar, que el acceso de extranjeros a Estados Partes del Pacto y la naturalización serían gran fuente de casos de discriminación por raza, origen nacional o nacionalidad. Sin embargo sólo se han presentado estos tres casos en donde se ha invocado el artículo 26 en contra de medidas destinadas a impedir el acceso de ciertas personas al territorio nacional o la naturalización de ciertos extranjeros, y todos esos reclamos se han rechazado en lo concerniente a la discriminación.

Llama la atención tanto la falta de comunicaciones como la falta de dictámenes favorables, en especial donde se ha invocado la raza, que es una categoría sospechosa de diferenciación y por ende exige al autor de la comunicación una carga probatoria menor.

6.6 Discriminación en el Derecho a Ser Elegido Representante de Asociaciones Privadas

En abril de 2002 el Comité dictaminó en el caso *Karakurt v. Austria*³⁸⁹, una comunicación en donde el autor, de nacionalidad turca, había sido impedido de asumir el

³⁸⁷ Contrario a lo establecido en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto el derecho a la nacionalidad sólo se reconoce explícitamente en el artículo 24.3, en términos de que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

³⁸⁸ CCPR/C/81/D/1136/2002.

³⁸⁹ CCPR/C/74/D/965/2000.

cargo de representante de los trabajadores de la asociación que lo empleaba, pues una disposición de la ley laboral impedía que personas que no fueran austriacos o nacionales de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE) ocuparan dichos cargos.

En su defensa el Estado Parte invocó la reserva hecha al artículo 26 al ratificar el Pacto que especificaba que: “El artículo 26 se interpreta en el sentido de que no excluye un trato diferente a los nacionales austriacos a los extranjeros, que también está permitido en virtud del párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”³⁹⁰.

Respecto a esta reserva y a su competencia para conocer del caso el Comité estimó que:

“Así pues, el Comité se considera impedido de examinar la comunicación, en la medida en que se aduce en ella una distinción injustificada en la legislación del Estado Parte entre los nacionales austriacos y el autor. Sin embargo, el Comité no se ve impedido de examinar la reclamación concerniente a la ulterior distinción hecha en la legislación del Estado Parte entre extranjeros que son nacionales de países pertenecientes al EEE y el autor en cuanto nacional de un país diferente. El Comité considera admisible la comunicación a este respecto y procede sin demora a entrar en el fondo del asunto”³⁹¹.

En definitiva el Comité encontró que no era razonable que la única razón por la que una persona no pudiese ser elegida como representante de sus compañeros de trabajo fuera su nacionalidad, especialmente desde que a otros extranjeros sí les era permitido. De esta manera el Comité encontró una violación al artículo 26 por razones de nacionalidad.

6.6.1 Conclusiones

Me parece bastante creativa la forma en que el Comité logró deshacerse del obstáculo de la reserva estatal al artículo 26 a través de una interpretación estrictamente gramatical de ella. Además, me parece que dicha interpretación fue absolutamente necesaria dado que la legislación austriaca cuestionada era claramente discriminatoria. El Estado Parte había logrado cumplir con la CERD haciendo una interpretación gramatical de su artículo primero, que no excluía diferencias entre nacionales y extranjeros. Parece adecuado entonces, que su reserva al artículo 26 haya sido derribada de la misma manera, dictaminando en contra del Estado por diferenciar indebidamente entre extranjeros de distinto origen.

³⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 2.

³⁹¹ *Ibidem*, párrafo 7.5.

6.7 Discriminación en la Aplicación de la Ley Penal

En 2003 el Comité dictaminó en contra del autor de la comunicación *Baumgarten v. Alemania*³⁹². El autor fue Vice-Ministro de Defensa de la República Democrática de Alemania y jefe de las tropas que vigilaban fronteras. Luego de la reunificación de Alemania, el autor fue juzgado y condenado por el homicidio y homicidio frustrado de varias personas que intentaban cruzar la frontera hacia la República Federal de Alemania y contra los cuales se disparó, de acuerdo con órdenes impartidas por el autor. De acuerdo con el Tratado sobre el Establecimiento de una Alemania Unificada, como el autor cometió los actos por los que fue juzgado en la RDA, debía ser juzgado por la ley criminal de la RDA. El autor afirmó que existía una norma reglamentaria de la RFA en relación con el empleo de armas de fuego que pudo haberlo favorecido pero que no le fue aplicada en razón de la norma del Tratado sobre el Establecimiento de una Alemania Unificada. Según el autor, esto constituyó discriminación en razón de su condición de nacional de la RDA.

El Comité, luego de rechazar el reclamo del autor bajo el artículo 15, rechazó el reclamo del autor bajo el artículo 26 debido a que no demostró que personas en la misma situación, tanto en la RDA como en la RFA, fueran tratadas de forma diferente.

6.7.1 Conclusiones

El rechazo del reclamo del autor en este caso, el único de su especie, se debe a que no pudo demostrar que alguien de la RDA o la RFA, condenado por hechos similares, haya resultado beneficiado por la norma que no se aplicó al autor. Vale decir que en este caso ni siquiera hay que examinar la objetividad y la razonabilidad de la medida aplicada al autor pues no se da la primera premisa de toda discriminación, esto es, una distinción de trato de personas en situación similar o la identidad de trato de personas en situaciones diferentes.

7. Discriminación por Razones de Otra Condición Social

7.1 Discriminación por Razones de Estado Civil. Lo Objetivo y Razonable de la Distinción Entre Parejas Matrimoniales y Parejas No Matrimoniales

A pesar de que el estado civil comprende muchas distintas relaciones de parentesco, todos los casos presentados ante el Comité han tenido relación con el matrimonio, o sea, el estado civil de cónyuge. Además, todas fueron presentadas en contra de los Países Bajos y todas tenían que ver con la denegación de prestaciones de seguridad social a personas no casadas, razón por la cual corresponde aplicar el artículo 26.

³⁹² CCPR/C/78/D/960/2000.

El derecho a contraer libremente el matrimonio se encuentra establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 23 del Pacto que estipulan:

“Artículo 23

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.”

La jurisprudencia permanente del Comité fue establecida en *Danning v. los Países Bajos*³⁹³, dictaminado en 1987. El autor de esta comunicación sufrió un accidente por lo que quedó discapacitado, recibió una pensión proveniente del seguro de su empleador y luego de un año se cambió a un programa que otorgaba mayores beneficios para parejas casadas. En esta época el autor estaba conviviendo con su pareja no matrimonial.

En su dictamen el Comité reafirmó la jurisprudencia asentada en *Broeks y Zwaan de Vries* en cuanto a que el artículo 26 podía ser utilizado para examinar quejas sobre discriminación en ámbitos no cubiertos por el Pacto, como por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales. Al final, la resolución del asunto descansaba en la pregunta de si la distinción entre parejas matrimoniales y no matrimoniales era objetiva y razonable.

A este respecto el Comité estuvo de acuerdo con el Estado Parte que afirmó que la ley establecía mayores responsabilidades y deberes para parejas casadas; por ejemplo, pensiones alimenticias, herencias, etc., y por ende la distinción se justificaba objetiva y razonablemente:

“Al elegir no contraer matrimonio, el Sr. Danning y su conviviente no han, en derecho, asumido la total extensión de los deberes y responsabilidades aplicables a parejas casadas. Consecuentemente, el Sr. Danning no recibe los beneficios totales contemplados en la ley neerlandesa para parejas casadas. El Comité concluye que la diferenciación reclamada por el Sr. Danning no constituye discriminación, en el sentido del artículo 26 del Pacto”³⁹⁴.

Cinco años más tarde, el Comité dictaminó en el caso *Sprenger v. los Países Bajos*³⁹⁵ en donde a la autora, que quedó cesante, le fueron denegadas prestaciones de desempleo pues estaba conviviendo con un hombre que ganaba más que el límite para dichos pagos. Al entender, entonces, que la ley los consideraba iguales a una pareja matrimonial, ella postuló para adherir al seguro de salud de su pareja, petición que fue denegada pues los convivientes no tenían los mismos derechos que los cónyuges.

³⁹³ CCPR/C/21/D/180/1984.

³⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 14, traducción propia.

³⁹⁵ CCPR/C/44/D/395/1990.

Posteriormente la ley de seguros de salud fue modificada para incluir a parejas no matrimoniales. Sin embargo el Comité, considerando lo establecido en *Danning*, dictaminó nuevamente que las diferencias entre parejas matrimoniales y no matrimoniales eran objetivas y razonables, aun cuando ciertas leyes neerlandesas las consideraban iguales mientras otras no lo hacían, aun cuando la pareja en cuestión había formalizado su relación a través de un instrumento notarial y aun cuando tribunales neerlandeses habían fallado que las diferencias en esta materia eran discriminatorias dentro de los límites del artículo 26 del Pacto³⁹⁶.

Seis años más tarde en *Snijders et al. v. los Países Bajos*³⁹⁷ se trató el caso de tres personas solteras que vivían en instituciones estatales de cuidados. Argumentaron ser víctimas de discriminación en primer lugar porque mientras todo ciudadano neerlandés debía pagar impuestos para financiar estos hogares estatales, ellos debían contribuir adicionalmente debido a que ellos efectivamente usaban el servicio. El Comité consideró que este requisito era objetivo y razonable y por ende no discriminatorio.

En segundo lugar, sostenían ser víctimas de discriminación debido a que ellos debían pagar contribuciones calculadas de acuerdo con sus ingresos, mientras que aquellos residentes casados con personas que no vivían en estos hogares pagaban sólo una tarifa fija. El Comité aceptó el argumento del Estado Parte en cuanto a que esta diferenciación se justificaba, dado que el cónyuge que vivía en el lugar debía mantener un hogar afuera de él, mientras que los solteros no tenían tal obligación. Por lo cual aquí tampoco encontró discriminación.

El tercer reclamo de discriminación se refería a que las parejas en donde ambos vivían en el hogar pagaban lo mismo que los solteros. Respecto de esto, el Comité declaró que era cierto que el máximo que pagaba la pareja era igual al máximo que podía pagar un soltero, pero ninguno de los autores se encontraba en esta situación y por tanto no podían ser considerados víctimas en el contexto del artículo primero del Protocolo.

Con este dictamen el Comité sigue con su línea jurisprudencial de que las obligaciones que resultan de la celebración de un matrimonio hacen que las diferenciaciones basadas en el estado civil de cónyuge sean objetivas y razonables.

³⁹⁶ Existe una opinión individual concurrente anexada a este dictamen que establece que: "In the field of civil and political rights, a State party is required to respect Covenant rights such as the right to a fair trial, to freedom of expression and freedom of religion, immediately from the date of entry into force of the Covenant, and to do so without discrimination. On the other hand, with regard to rights enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, it is generally understood that States parties may need time for the progressive implementation of these rights and to adapt relevant legislation in stages; moreover, constant efforts are needed to ensure that distinctions that were reasonable and objective at the time of enactment of a social security provision are not rendered unreasonable and discriminatory by the socio-economic evolution of society." *Ibidem*, Opinión Individual de Sres. Ando, Herndl y Ndiaye.

En mi opinión, lo afirmado en este párrafo de la opinión individual contradice a la jurisprudencia del Comité en materia de igualdad en la esfera de la seguridad social, establecida desde *Broeks y Zwaan de Vries*.

³⁹⁷ CCPR/C/63/C/651/1995.

En *Hoofdman v. los Países Bajos*³⁹⁸, dictaminado por el Comité en noviembre de 1998, el autor de la comunicación convivió con su pareja quien murió y, al postular para recibir una pensión de viudez se le denegó pues no había estado casado con su pareja. El autor argumentó que en Holanda había ciertas leyes que consideraban como iguales a parejas matrimoniales y parejas no matrimoniales y otras que no la hacían, específicamente afirmó que pagaba impuestos como hombre casado pero no podía recibir una pensión de viudez. Además, argumentó que desde *Danning y Sprenger* las condiciones sociales en su país habían cambiado y se aceptaba más la convivencia de parejas.

Sin embargo el Comité se mantuvo fiel a su anterior jurisprudencia, mencionando específicamente a *Danning*, y concluyó que la decisión del autor de contraer o no contraer matrimonio, era una decisión libre y que el hecho de que el autor no había optado por asumir las responsabilidades y deberes del matrimonio hacía razonable que no recibiera los beneficios de tal institución. Por ende no se encontró discriminación en este caso, al igual que en todos los casos analizados en este punto.

Por último, en *Derksen v. los Países Bajos*³⁹⁹, dictaminado por el Comité en 2004, la autora y su hija solicitaron prestaciones de seguridad social bajo la Ley General de Viudos y Huérfanos neerlandesa pero dichas prestaciones les fueron denegadas. La razón de la negativa a otorgar pensión de viudez a la autora fue que la autora no estaba casada con su pareja difunta (aunque afirmó que deseaban casarse). En cambio, se denegó la prestación a la hija del difunto pues, dicha prestación estaba incluida en la pensión de viudez que le fue denegada a su madre. Posteriormente, se reformó la ley en cuestión y se comenzó a otorgar pensiones de viudez a personas a cargo que hayan estado casadas o no. La autora solicitó nuevamente una pensión, sin embargo su solicitud fue denegada otra vez debido a que su pareja falleció antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

En su dictamen, el Comité se refirió a su jurisprudencia anterior y estableció que de acuerdo a ella el Estado Parte no estaba en la obligación de reformar su legislación para extender pensiones de viudez a personas que no habían estado casadas con sus parejas difuntas. Consiguientemente, no existía la obligación de aplicar la nueva legislación retroactivamente por lo que no encontró violación al artículo 26 en perjuicio de la señora Derksen.

En cambio, el Comité sí encontró una violación del artículo 26 en relación con la hija de la autora, a quien le fue negada una pensión de huérfana debido a la falta de matrimonio entre sus padres, especialmente desde que la nueva ley eliminó este requisito para los hijos de fallecidos⁴⁰⁰. El Comité no explicitó la categoría prohibida aplicada en

³⁹⁸ CCPR/C/64/D/602/1994.

³⁹⁹ CCPR/C/80/D/976/2001.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 9.2 y 9.3.

este caso, pero es muy posible que este sea el único caso de discriminación por “nacimiento” que haya dictaminado favorablemente el Comité⁴⁰¹.

7.1.1 Conclusiones

Se puede ver que el Comité no ha variado su jurisprudencia en esta materia; se mantiene fiel a la idea de que el hecho de contraer matrimonio entraña mayores deberes y responsabilidades que la convivencia, y que por tanto las distinciones basadas en el estado civil de soltero/a o casado/a son objetivos y razonables, por lo menos en el ámbito de la seguridad social.

Sin embargo, me pregunto si es que en los casos antes examinados la negativa del Estado de otorgar prestaciones que los autores estimaron necesarias, podría interpretarse como una presión indebida a contraer matrimonio y por cierto una infracción al artículo 23.3 del Pacto. Si el Estado beneficia a las personas casadas por encima de las parejas no matrimoniales, podría pensarse que la libre elección de contraer matrimonio deja de ser tan libre. Puede que los beneficios jurídicos que conlleva casarse sean contrapesados con los deberes que implica el matrimonio y que este aparente equilibrio sea el elemento objetivo y razonable de la distinción hecha; se piensa que esta ha sido la postura del Comité.

Sería interesante, sin embargo, que el Comité se pronunciara específicamente respecto de los efectos de la legislación favorable a las parejas casadas en la libertad de contraer matrimonio, especialmente desde que los autores de estas comunicaciones al enterarse de los beneficios del matrimonio eligieron no contraerlo, y en su lugar comenzaron trámites largos y costosos hasta llegar al Comité, sugiriendo que tienen fuertes convicciones al respecto. Si este es el caso, entonces también estamos tratando con posibles infracciones a la libertad de opinión y de religión o creencia.

⁴⁰¹ Llama poderosamente la atención la opinión individual del Sr. Nisuke Ando que nuevamente va en contra de lo establecido en *Broeks y Zwaan de Vries*, así como de 17 años de jurisprudencia posterior a *Broeks*, afirmando que: “al interpretar y aplicar el artículo 26, el Comité de Derechos Humanos ha de tener presente los tres factores siguientes: **Primeramente**, la historia de la codificación de la Declaración Universal de Derechos Humanos deja sentado que sólo son exigibles los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo se adjunta al Pacto, mientras que los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no son exigibles. **Segundamente**, si bien es cierto que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 26 del primero tal vez se aplique a toda materia reglamentada y amparada por las autoridades públicas, el otro Pacto obliga a los Estados Partes en él a poner en efecto los derechos que contiene sólo progresivamente. **En tercer lugar**, el derecho a la seguridad social, aquel de que trata el presente caso, está previsto no en el primer Pacto sino en el segundo y éste no tiene una disposición sobre el ejercicio de los derechos que dispone sin discriminaciones.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos ha de ser especialmente cuidadoso al dar cumplimiento al artículo 26 del Pacto en casos de derechos económicos y sociales que los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han de llevar a efecto sin discriminaciones, pero poco a poco con los medios a su disposición. A mi parecer, el Estado Parte en el presente caso quiere tratar a las parejas casadas o no por igual, pero progresivamente, **no dando así carácter retroactivo a la aplicación de la ANW**. Decirle al Estado Parte que está violando el artículo 26 a menos que trate a todos los matrimonios y a las parejas no casadas **en pie de estricta igualdad de inmediato** parece como si se le dijera que no comenzara a echar agua en una taza vacía si no puede llenarla **toda ¡de una vez!**” *Ibidem*, Opinión Individual Disidente del Sr. Ando.

El estado civil de una persona se encuentra íntimamente ligado a la concepción de “familia”, que ciertamente ha variado en las últimas décadas. Hoy en día se puede afirmar que el concepto de familia incluye familias tradicionales (formadas sobre la base de un matrimonio heterosexual), familias no-matrimoniales, familias uniparentales, familias multigeneracionales, familias formadas en torno a una pareja homosexual y muchas más, todas las cuales deben ser protegidas igualmente por parte del Estado. Estimo que, si desde la formulación del Pacto se entendió que no se podía discriminar a niños y niñas en razón de la existencia o no de vínculo matrimonial entre sus padres y se toma en cuenta el avance social en esta materia, se puede sostener que la jurisprudencia respecto de la legitimidad de la diferencia entre parejas matrimoniales y no-matrimoniales puede cambiar en el futuro, aun cuando en *Derksen* se planteó justamente este caso y el Comité encontró una violación en contra de la hija de la autora pero no en contra de la misma autora.

Mención especial merecen los casos de parejas homosexuales que de hecho forman familias pero que no tienen la posibilidad de contraer matrimonio, quedando, por ende, necesariamente en una especie de indefensión jurídica en cuanto a los derechos reconocidos a parejas casadas⁴⁰².

7.2 Discriminación por Razones de Edad

En *J.G. v. los Países Bajos*⁴⁰³, resuelto en 1990, el autor de la comunicación, luego de cumplir 65 años de edad, postuló para recibir un beneficio de vivienda y rehabilitación que sólo se otorgaba a personas entre 18 y 65 años de edad. En lugar de tal prestación se le ofreció un lugar en una vivienda grupal pero sin la asistencia otorgada a las personas menores que él. Hubiera sido de sumo interés leer el dictamen del Comité respecto a este caso, el primero de su especie; sin embargo, la comunicación fue declarada inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos.

Once años más tarde el Comité resolvió la comunicación *Schmitz-de-Jong v. los Países Bajos*⁴⁰⁴. La autora de la comunicación se encontraba casada con un hombre mayor quien, por su avanzada edad, recibió una tarjeta de jubilado otorgada a todas aquellas personas mayores de 65 años. El uso de la tarjeta implicaba rebajas en transporte público, entradas a museos y bibliotecas, etc., pues su razón de ser era ayudar a los adultos mayores a reintegrarse a las actividades sociales. Con tal fundamento, se otorgaba una tarjeta también al cónyuge del adulto mayor, siempre que tuviera más de 60 años. A la fecha de la comunicación individual al Comité, la autora tenía 50 años mientras que su cónyuge tenía 75.

⁴⁰² Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 2.3, *Joslin et al. v. Nueva Zelanda*.

⁴⁰³ CCPR/C/39/D/306/1988.

⁴⁰⁴ CCPR/C/72/D/855/1999.

A la autora se le negó el otorgamiento de una tarjeta anexa a la de su cónyuge debido a que cuando postuló para recibirla tenía dieciséis años menos que el mínimo exigible, razón por la cual ella recurrió al Comité alegando discriminación.

Al dictaminar, el Comité una vez más se apoyó en la jurisprudencia asentada hacia 14 años en *Broeks* al establecer que:

“La autora afirma que ha sido víctima de discriminación basada en la edad porque a sus 44 años (1993) no pudo obtener la tarjeta de cónyuge de jubilado, por cuanto sólo se concedía a los cónyuges de más de 60 años. El Comité recuerda que una distinción no constituye discriminación si se basa en criterios objetivos y razonables. En el presente caso, el Comité considera que el límite de 60 años para conceder el derecho a tarifas más bajas a los cónyuges de los jubilados de más de 65 es un criterio objetivo de distinción y que su aplicación en el caso de la autora de la comunicación no deja de ser razonable”⁴⁰⁵.

Dados los hechos presentados, estoy en completo acuerdo con el Comité y me parece que, junto con *Singh Bhinder*⁴⁰⁶, este es un caso claro para demostrar la puesta en práctica de la exigencia de objetividad y razonabilidad para justificar diferenciaciones de trato.

En *Anatolievich Cheban et al. v. La Federación Rusa*⁴⁰⁷, dictaminada por el Comité también en 2001, los autores fueron tres rusos quienes fueron condenados por violación de una niña cuando ellos eran aún menores de edad. La supuesta discriminación se dio cuando les fue negado el derecho a un proceso ante jurado, derecho que se aplicaba al juzgamiento de crímenes que ameritaban la pena de muerte en otras partes del país pero no en Moscú. La implicancia entonces, es que un proceso ante jurado podía ser beneficioso para personas acusadas de crímenes graves.

El Comité encontró que debido a que eran menores de edad al ser juzgados, nunca corrieron el peligro de ser condenados a la pena de muerte y por ende la negativa del Estado a facilitarles un proceso con jurado no era discriminatoria.

Por otra parte, el Comité también afirmó que:

“Al ser el Estado Parte una unión federal, son posibles diferencias entre las partes que constituyen la Federación respecto a si el juicio con jurado constituye o no, por sí mismo, una violación del artículo 26”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, párrafo 7.2.

⁴⁰⁶ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 4.2.

⁴⁰⁷ CCPR/C/72/D/790/1997.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 7.4.

Respecto a este punto del dictamen discrepo con la idea de que, en este caso, las diferencias existentes entre las partes de la unión federal no constituyen violaciones del artículo 26, en especial si a los autores se les denegó un formato de juicio que podría haberlos beneficiado. Me parece que la situación de los autores sí es comparable con el trato recibido por otros en otras partes del Estado Parte y que es un error considerar a cada Estado federado como independiente, ya que el gobierno federal firmó y ratificó el Pacto en nombre de todos ellos, por ende obligándolos a todos a cumplir las disposiciones del Pacto sin discriminación. Me parece, en consecuencia, que podría considerarse que en este caso ha habido una violación al artículo 14, en conjunto con el artículo 2.1.

La siguiente comunicación relevante en este tema es *Love, Bone, Craig & Ivanoff v. Australia*⁴⁰⁹, dictaminado en 2003, en donde los autores, todos pilotos de una aerolínea comercial, vieron rescindidos sus contratos de trabajo al cumplir 60 años de edad, de acuerdo con una norma de jubilación obligatoria por edad.

Luego de declarar que la comunicación era admisible *ratione temporis* sólo en relación con el señor Love, el Comité declaró que:

“...una distinción relacionada con la edad que no se base en criterios objetivos y razonables puede ser una discriminación por motivos de ‘cualquier otra condición social’ en el marco de la cláusula de que se trata, o una negación de la igual protección de la ley como se entiende en la primera oración del artículo 26⁴¹⁰”.

Con esto queda claro la pertinencia del reclamo del señor Love en el contexto del artículo 26 y se consolida la edad como criterio incluido dentro de la cláusula abierta de los artículos 2.1 y 26 del Pacto. Sin embargo, más adelante, el Comité dictaminó que:

“En el caso presente, como señala el Estado Parte, la finalidad de aumentar la seguridad para los pasajeros, la tripulación y las demás personas afectadas por los viajes en avión era legítima con arreglo al Pacto. En cuanto al carácter razonable y objetivo de la distinción hecha por razón de la edad, el Comité tiene en cuenta que la práctica nacional e internacional más difundida en el momento del despido del autor era fijar la edad de jubilación obligatoria a los 60 años. [...] En estas condiciones, el Comité no puede llegar a la conclusión de que la distinción hecha no se basó, en el momento del despido del Sr. Love, en consideraciones objetivas y razonables. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que no puede establecer que se haya producido una violación del artículo 26⁴¹¹”.

⁴⁰⁹ CCPR/C/77/D/983/2001.

⁴¹⁰ *Ibidem*, párrafo 8.2.

⁴¹¹ *Ibidem*, párrafo 8.3.

El Comité utilizó el artículo 26 para resolver este caso pues la supuesta discriminación se dio en el contexto de la igualdad en el trabajo, por lo que corresponde a una cláusula autónoma. Eso dicho, me parece que la decisión sobre la razonabilidad de la medida aplicada pudo ser apresurada porque, aunque la finalidad de la medida es ciertamente legítima, se pudo lograr sin emplear una presunción de capacidad disminuida para volar que fuera gatillada por cumplir sesenta años. Por ejemplo, se podría requerir a todos los pilotos someterse a exámenes médicos completos todos los años y se podría, justificadamente, impedir que volaran todos aquellos que no lograran los resultados mínimos necesarios, sea cual fuere su edad. Esto porque no parece razonable que una persona sea apta para volar un avión comercial a los 59 años y 364 días y no al día siguiente. De este modo no se estaría cumpliendo con el requisito de necesidad, implícito dentro de toda restricción legítima de derechos humanos, y proporcionalidad de la medida aplicada en relación con el fin perseguido, toda vez que este fin se puede lograr de una manera que no utiliza un prejuicio por edad⁴¹².

Rupert Althammer, ciudadano austriaco, presentó dos comunicaciones individuales al Comité en donde reclamaba discriminación. La primera, en donde se impugnaron cambios en la forma de calcular pensiones de jubilados de organismos semi-estatales que reducían el monto efectivo recibido, fue declarada inadmisibles en 2002⁴¹³. La segunda, *Althammer et al. v. Austria*⁴¹⁴ también versó sobre cambios en el sistema de pensiones, esta vez en la composición de los beneficios recibidos por los autores. Previo al cambio, las pensiones de los autores incluían asignaciones por unidad familiar y por hijos. Luego de la reforma al sistema previsional, se eliminaron las asignaciones por unidad familiar y se incrementaron las asignaciones por hijos hasta los 27 años de edad. Los autores afirmaron que el efecto de esta reforma les perjudicaba pues, en su calidad de jubilados, la mayoría eran jefes de hogar y no tenían hijos menores de 27 años. La supuesta discriminación reclamada se dio en que, mientras las medidas beneficiaban a empleados activos con hijos menores de 27 años, perjudicaba a los autores. Este caso se ha incluido en este apartado pues, aun cuando el representante de los autores afirmó que la distinción se hacía entre jubilados y trabajadores activos, de acuerdo con su razonamiento, pareciera que el factor decisivo es la avanzada edad de esos autores.

En su dictamen, el Comité encontró que:

“la supresión de las prestaciones mensuales por unidad familiar redunda en detrimento no sólo de los jubilados, sino también de los

⁴¹² Nuevamente el Nisuke Ando anexó una opinión individual que, en el mismo sentido que su opinión individual en *Sprenger y Derksen*, va en contra de la jurisprudencia del Comité respecto a la aplicabilidad del artículo 26 a derechos económicos, sociales y culturales desde *Broeks*, y con la cual me encuentro en absoluto desacuerdo. Además, en la misma opinión individual se opone a la inclusión de “edad” en la cláusula abierta del artículo 26, idea con la cual también discrepo. *Ibidem*, Opinión Individual Disidente del Sr. Ando.

⁴¹³ CCPR/C/74/D/803/1993.

⁴¹⁴ CCPR/C/78/D/998/2001.

⁴¹⁵ *Ibidem*, párrafo 10.2.

empleados en activo que (aún o ya) no tienen hijos en la correspondiente categoría de edad, y los autores no han demostrado que fuera desproporcionada la repercusión de esa medida en ellos⁴¹⁵.

Más aún, posteriormente el Comité afirmó que, aun si se pudiera probar que había existido tal repercusión, le satisfacía que la medida estaba fundamentada en motivos objetivos y razonables, tal como lo habían sostenido los tribunales internos de Austria.

7.2.1 Conclusiones

Nuevamente me sorprende la escasa cantidad de comunicaciones al Comité basadas en la discriminación autónoma por razones de edad, especialmente desde que está claro que en muchas culturas los adultos mayores ocupan lugares postergados en el ámbito de derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo el trabajo, la salud y la seguridad social.

Por otro lado muchas de estas mismas sociedades no respetan los derechos de los niños y las niñas, especialmente en ámbitos como la alimentación, la salud, la educación y la seguridad social.

Del análisis de los cuatro casos examinados en su fondo se puede ver que el Comité sigue aplicando la línea jurisprudencial de la exigencia de lo objetivo y lo razonable para justificar diferenciaciones de trato. Esto se ve claramente en *Schmitz-de-Jong* y, a pesar de las discrepancias expuestas con los demás dictámenes, se piensa que lo central de la resolución de cada caso fue justamente que las diferencias objetadas eran efectivamente objetivas y razonables.

El gran aporte de *Love* fue dejar en claro la opinión muy mayoritaria del Comité en cuanto a la inclusión del criterio “edad” dentro de “otra condición social”. Este precedente sin duda servirá para fundamentar comunicaciones individuales futuras.

7.3 Discriminación por Razones de Parentesco o Calidad de Dependiente

El primer caso en donde se ocupó el artículo 26 para efectos de fundamentar reclamos por discriminación por razones de parentesco o calidad de dependiente fue *Doesburg Lannooij Neefs v. los Países Bajos*⁴¹⁶. En su comunicación individual el autor expuso que al solicitar prestaciones de seguridad social se le otorgaron en menor monto a lo concedido a otros debido al hecho de que vivía con su madre.

El Estado Parte argumentó que las prestaciones de seguridad social se pagaban de acuerdo con las necesidades del solicitante y, en este caso, las necesidades del autor eran menores que las de otros postulantes, aun cuando el autor afirmó que le pagaba a su

⁴¹⁶ CCPR/C/51/D/425/1990.

madre una renta por concepto de arrendamiento. Además, el Estado argumentó que el caso era distinto a aquellos en donde el postulante vivía con sus hermanos, pues existen obligaciones legales entre padres e hijos que no existen entre hermanos.

Al dictaminar el Comité estableció que:

“El Comité observa que los beneficios previstos en la Ley de seguridad social se otorgan a las personas de bajos ingresos o que carecen de ingresos con el fin de proveer a su mantención. El propio autor ha reconocido que sus gastos de vivienda son reducidos porque comparte una vivienda con su madre, ya sea a título comercial o por razón de apoyo mutuo. A la luz de las explicaciones dadas por el Estado Parte, el Comité considera que la diferencia de trato entre padres e hijos y otros familiares, respectivamente, establecida en las disposiciones de la Ley de seguridad social no es irrazonable ni arbitraria, y que su aplicación al caso del autor no equivale a una violación del artículo 26 del Pacto”⁴¹⁷.

Una vez más vemos un caso claro de justificaciones objetivas y razonables para declarar que una diferenciación de trato se ajusta a derecho.

Un caso más complejo fue resuelto al año siguiente cuando el Comité dictaminó en el caso *Monaco de Gallicchio v. Argentina*⁴¹⁸. Los hechos del caso que conciernen a la discriminación son los siguientes: La hija de la autora fue desaparecida por fuerzas del régimen militar en 1977 junto con su cónyuge y su hija de nueve meses de edad; luego de una búsqueda intensa, en 1984 la autora logró dar con el paradero de su nieta quien vivía con una enfermera que la había criado desde pequeña. Siguió un proceso judicial respecto a la custodia de la niña, pero a la autora se le negó la calidad de parte en este juicio debido a que la ley argentina estipulaba que los únicos que podían litigar en casos de custodia o tutoría de niños y niñas eran los padres y los tutores legales. Por ende la petición de la autora de que las visitas de la enfermera a la niña se suspendieran debido a perjuicios psiquiátricos de ésta fue desestimada por falta de *ius standi*.

La autora afirmó que dadas estas circunstancias la negativa de los tribunales de justicia a permitirle representar a su nieta en juicio resultaba discriminatoria.

El Comité encontró violaciones a los primeros dos incisos del artículo 23 (protección de niños y niñas y derecho al nombre), pero estimó que a las peticiones bajo el artículo 26 les faltaba substanciación.

Respecto de la posibilidad de discriminación en este caso, me parece que corresponde un reclamo bajo el artículo 14 en conjunto con el artículo 2.1 del Pacto, en lugar de usar el artículo 26. Esto debido a que el ámbito en que se pudo producir la referida discriminación es dentro de las reglas del debido proceso, específicamente la igualdad

⁴¹⁷ *Ibidem*, párrafo 7.4.

⁴¹⁸ CCPR/C/53/D/400/1990.

ante los tribunales de justicia, derecho protegido por el artículo 14.1 del Pacto. Consecuentemente, lo que se debió haber argumentado fue discriminación dependiente con respecto al derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia.

7.3.1 Conclusiones

Me encuentro plenamente de acuerdo con el dictamen en *Doesburg*, pues nuevamente el Comité ha aplicado la prueba de lo objetivo y lo razonable para concluir que en este caso es claro que la distinción hecha corresponde.

En cuanto a la interrogante de si hubo o no discriminación en el caso *Monaco de Gallicchio*, se puede afirmar que la ley sobre custodia de niños y niñas en Argentina se aplicaba a todos por igual y no hacía distinciones poco razonables. Sin embargo la situación en que se encontraban la autora y su nieta fue extraordinaria y tuvo su origen en la política de exterminio de la oposición empleada por el mismo Estado. Es por ello que me pregunto si es que el caso amerita la aplicación de medidas especiales. Ya se había visto en *Stalla Costa v. Uruguay*⁴¹⁹ cómo el Comité apoyó la aplicación de medidas especiales por el Estado Parte para reparar el daño hecho por la dictadura a los exonerados políticos.

Además, ya se ha visto que la Observación General N°18 del Comité, referente a la no discriminación, establece en su párrafo 10 que:

“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”⁴²⁰.

Opino que el Estado de Argentina estaba obligado a dictar medidas tendientes a poner fin a la desprotección jurídica sufrida por las personas que se encontraban en situaciones similares a la de la autora y su nieta, en parte porque efectivamente constituían un grupo social desprotegido y en parte porque el origen de dicha desprotección fue obra del Estado.

⁴¹⁹ CCPR/C/30/D/198/1985. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Tercero, punto 3.

⁴²⁰ Comité de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 15 párrafo 10.

7.4 Discriminación por Razones de Profesión

7.4.1 La Incompatibilidad de Cargos

En *Debrezny v. los Países Bajos*⁴²¹, dictaminado en abril de 1995, se presentó al Comité una comunicación en donde un oficial de policía, quien había sido electo por votación popular para ocupar un puesto en el consejo de la municipalidad donde trabajaba, reclamó discriminación bajo el artículo 26 en razón de que no pudo ocupar su puesto dado que existía una ley que prohibía que miembros de las fuerzas policíacas sirvieran en el consejo debido a un conflicto de intereses.

El autor argumentó que los bomberos y profesores de escuela sí podían ser electos y que los policías habían sido electos en otras dos municipalidades. Ante esto el Estado contra-argumentó que las disposiciones citadas sólo se aplicaban a bomberos voluntarios y que los profesores no dependían del consejo. En cuanto a los policías, uno trabajaba en una municipalidad distinta a la en que fue electo y el otro había sido elegido ilegalmente.

Al dictaminar el Comité declaró que el criterio de diferenciación estaba establecido por ley, era objetivo y además era razonable pues su finalidad era el aseguramiento del proceso democrático. Además, el Comité volvió a invocar *B.d.B.*⁴²² para recalcar que el error en la aplicación de normas legales, en este caso el hecho que se haya permitido a policías postular a cargos de elección pública en dos municipalidades, no llevaba a la conclusión de que su correcta aplicación fuera discriminatoria.

Debe decirse aquí que el autor hizo mal uso del artículo 26 ya que, dado que el derecho a ser elegido para cargos públicos está consagrado en el artículo 25 del Pacto, si el autor quería afirmar que se le discriminó en este ámbito, debió haber invocado violaciones del artículo 2.1 *juncto* 25, en lugar del 25 *juncto* 26 como fue el caso, sin perjuicio de que el resultado hubiera sido el mismo.

7.4.2 La Distinción entre Profesionales para Efectos de Pagos de Seguridad Social.

Más tarde, el mismo año, se dictaminó la comunicación *García Pons v. España*⁴²³. Los hechos del caso son los siguientes: un funcionario público fue nombrado como juez sustituto durante un tiempo en el cual sus solicitudes de nombramiento definitivo fueron denegadas. Cuando el puesto de juez fue adjudicado a otra persona, el autor postuló para recibir prestaciones de desempleo, prestaciones que también le fueron denegadas. El autor alegó que era el único juez desempleado que no recibía prestaciones de desempleo, aun cuando había pagado seguro de desempleo durante años.

⁴²¹ CCPR/C/53/D/500/1992.

⁴²² Véase *supra*, nota 292.

⁴²³ CCPR/C/55/D/454/1991.

El Comité acogió el argumento del Estado en cuanto a que el autor nunca estuvo desempleado pues en todo momento pudo haber vuelto a su trabajo de funcionario público, por ende no tenía derecho a prestaciones de desempleo.

7.4.3 La Posibilidad de Auto-Representación de Ilustrados en Juicio

En *Torregruesa Lafuente v. España*⁴²⁴, dictaminado en julio de 2001, la autora afirmó que sufrió discriminación dado que ante el tribunal constitucional de su país se le denegó el derecho a auto-representarse, vale decir, a presentar su caso sin el auxilio de un abogado, requerimiento a que no están obligados los abogados. El tribunal justificó esto en que un abogado era necesario para asegurar el derecho a una debida defensa.

El Comité declaró inadmisibles esta comunicación dado que la autora no había substanciado suficientemente la afirmación de que el requerimiento de representación por un abogado no obedecía a criterios objetivos y razonables.

Llama la atención la opinión individual disidente de la Sra. Chanet donde afirma que:

“El privilegio que la normativa procesal civil española otorga a las personas que tengan título de licenciado en derecho, en virtud del cual están dispensadas de la obligación de valerse de procurador para comparecer en juicio, plantea en principio, en mi opinión, una cuestión con respecto a los artículos 2, 14 y 26 del Pacto”⁴²⁵.

En la siguiente sesión del mismo año se dictaminó la comunicación *Marín Gómez v. España*⁴²⁶, en donde el autor presentó exactamente el mismo reclamo que la autora de la comunicación recién examinada. A su respecto el Comité dictaminó de la misma manera y la Sra. Chanet formuló la misma opinión individual disidente.

Sin embargo, además de aquel reclamo, el autor formuló otro cuyos hechos son los siguientes: el autor formó parte de las filas de la guardia civil hasta que un examen médico lo declaró física y psicológicamente incapaz para ello, quedando con el estatus de “reserva activa”. Luego de un tiempo, una corte militar le notificó que ya se le consideraba hábil para volver al servicio, sin embargo, durante dos meses el autor no postuló para volver. Un mes después de la notificación de la corte militar, en España se dictaron normas que abolieron el estatus de “reserva activa” dentro de la guardia civil, quedando todos los que se encontraban en esta situación como simples “reservas”, quienes no tenían el derecho a volver al servicio. A la vez, se elevó la edad de retiro de 50 a 56 años de edad y como consecuencia, se ofreció a los jubilados menores de 56 la posibilidad de reintegrarse a las filas. Como resultado de la nueva normativa, cuando el autor solicitó ser reincorporado al servicio, su petición fue denegada pues no tenía entre 50 y 56 años de edad.

⁴²⁴ CCPR/C/72/D/866/1999.

⁴²⁵ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente de la Sra. Chanet.

⁴²⁶ CCPR/C/73/D/865/1999.

Al autor le fue denegada la posibilidad de volver al servicio puesto que su retiro se produjo por razones médicas en lugar de razones de edad; esta fue la base de su segundo reclamo por discriminación.

El Comité encontró, en este caso, que no hubo discriminación dado que el autor tuvo un mes para volver al servicio (antes de la dictación de la nueva normativa) y no lo hizo, siendo por ende su situación producto de su propia inactividad.

7.4.4 Conclusiones

Estoy en completo acuerdo con lo dictaminado por el Comité en estos casos. Me parece que en cada uno de ellos se demuestra un uso claro e irrefutable de la prueba de lo objetivo y lo razonable para justificar diferenciaciones de trato. Esto especialmente en *Debreczny y Torregruesa Lafuente*.

7.5 Discriminación por Razón de la Categoría de Supuestos Delitos Cometidos. El Problema de las Restricciones al Debido Proceso de Personas Acusadas de Delitos Graves

El tema del debido proceso para personas acusadas de delitos graves ha cobrado una enorme importancia en los últimos tiempos, especialmente con respecto a los delitos considerados “terroristas” desde los ataques contra la población civil perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. En Latinoamérica tenemos el antecedente de los jueces sin rostro en Perú, por ejemplo, y las restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad por delitos considerados como terroristas en Chile⁴²⁷.

Ante el Comité, los reclamos por diferenciaciones de trato basadas en la gravedad del delito supuestamente cometido comenzaron con *Bethel v. Trinidad y Tobago*⁴²⁸ en donde el autor, un preso condenado a muerte quien aún no terminaba la tramitación de su denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, argumentaba que la denuncia del Protocolo por el Estado Parte discriminaba en su contra, pues le dejaba sin su legítima expectativa de concurrir ante el Comité en caso de que la resolución de la CIDH no le favoreciera.

En efecto, dado el alto número de comunicaciones individuales presentadas ante el Comité en contra de Trinidad y Tobago por el uso de la pena de muerte, el Estado Parte

⁴²⁷ La Ley N°18.314 del 17 de mayo de 1984 que “Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad” aumenta la pena asignada a delitos comunes cuando tengan fines terroristas (artículo 3), establece la posibilidad de aumentar el plazo dentro del cual el detenido debe ser puesto a disposición del tribunal y el tiempo máximo de incomunicación (artículo 11), autoriza la restricción al régimen de visitas y la posibilidad de interceptar, abrir o registrar las comunicaciones telefónicas e informáticas del procesado así como su correspondencia epistolar y telegráfica (artículo 14) entre otras medidas. http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/ver_archivo_leyes.php?id_ley=136&file=1 consultado el 24 de mayo de 2006.

⁴²⁸ C/PR/C/65/D/830/1998.

denunció el Protocolo el 26 de agosto de 1998. El mismo día, el Estado Parte volvió a adherirse al Protocolo, pero con la siguiente reserva:

“...el Comité de Derechos Humanos no será competente para recibir ni examinar comunicación alguna que tenga relación con los reclusos que estén condenados a pena de muerte y que verse sobre cualquier asunto relacionado con su acusación, detención, procesamiento, condena, sentencia o ejecución de la pena de muerte a que se lo hubiere condenado, ni con ningún asunto conexo”⁴²⁹.

Lamentablemente para el autor, el Comité declaró inadmisibles su comunicación dado que el derecho a recurrir ante el Comité no es un derecho resguardado en el Pacto:

“El Comité señala que, según el abogado, el Estado Parte ha violado el derecho del autor a recurrir al Comité, ya que, si la CIDH desestimara la queja del autor, éste ya no podría recurrir al Comité, dado que el Estado Parte ha denunciado el Protocolo Facultativo. Sin embargo, el Comité estima que el derecho que reivindica el autor no es un derecho protegido por el Pacto. Por tanto, la comunicación es inadmisibles a tenor del artículo 3 del Protocolo Facultativo”⁴³⁰.

La reserva de Trinidad y Tobago fue examinada nuevamente el mismo año en la decisión sobre la admisibilidad de la comunicación individual *Kennedy v. Trinidad y Tobago*⁴³¹. El autor de esta comunicación, también condenado a la pena de muerte, planteó su reclamo en contra de la reserva de manera diferente que en *Bethel*. En *Kennedy*, el autor esgrimió que la reserva hecha por el Estado Parte al Protocolo Facultativo del Pacto era discriminatoria dado que su intención era impedir que el Comité conociera comunicaciones interpuestas por una cierta categoría de personas, específicamente personas condenadas a la pena de muerte.

En este caso, con cuatro votos en contra, el Comité dictaminó que:

“Con la presente reserva, formulada después de la publicación de la Observación general N°24, no se pretende excluir la competencia del Comité prevista en el Protocolo Facultativo con respecto a una disposición concreta del Pacto sino más bien a todo el Pacto para un determinado grupo de reclamantes, a saber los reclusos condenados a pena de muerte. Sin embargo, no por ello resulta la reserva más compatible con el objeto y fin del Protocolo Facultativo. Por el contrario, el Comité no puede aceptar una reserva en virtud de la cual se conceda a un determinado grupo de ciudadanos menos protección procesal que al resto de la población. A juicio del Comité, ello constituye una discriminación que infringe algunos de los principios

⁴²⁹ *Ibidem*, párrafo 2.3.

⁴³⁰ *Ibidem*, párrafo 8.2.

básicos incorporados en el Pacto y sus protocolos, y también por esta razón la reserva no puede considerarse compatible con el objeto y fin del Protocolo Facultativo. La consecuencia es que el Comité no tiene impedimentos para examinar la presente comunicación con arreglo al Protocolo Facultativo”⁴³².

Es de sumo interés ver cómo dos comunicaciones que alegan la ilegitimidad de una reserva pueden ser consideradas de tan diversa manera de acuerdo con la forma en que plantean sus reclamos. *Bethel* era efectivamente inadmisibile pues no invocaba un derecho resguardado por el Pacto. Sin embargo, *Kennedy* usó la cláusula de no discriminación ubicada en el artículo 26 y logró su propósito.

En marzo de 2002 la comunicación de *Kennedy* fue examinada en el fondo y se encontraron violaciones por parte del Estado de los artículos 6.1, 7, 9.3, 10.1, 14.3(c), 14.5 y 14.1 y 3(d) *juncto* 2.3 del Pacto⁴³³.

En *Gómez Vásquez v. España*⁴³⁴, dictaminado por el Comité en 2000, el autor reclamó contra las diferencias entre los procesos aplicados a personas acusadas de cometer delitos graves y personas acusadas de delitos menos graves. El proceso del autor, quien estaba procesado por homicidio, era instruido por un juez instructor quien investigaba, fijaba los hechos y luego pasaba el conocimiento de la causa a un tribunal colegiado, quien en definitiva fallaba. En cambio los procesos de personas acusadas de delitos menores pasaban del juez instructor a un juez único, quien fallaba. La supuesta discriminación estaba en el hecho de que las sentencias de los tribunales unipersonales eran recurribles ante la Audiencia Provincial que podía revisar tanto la aplicación de la ley como los hechos, mientras que los delitos fallados por el tribunal colegiado no estaban sujetos a revisión de los hechos y las causales que daban lugar al recurso de casación eran muy limitadas.

Al dictaminar respecto del artículo 26, el tribunal estableció que:

“Con respecto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto porque el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito, el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos no constituye necesariamente una discriminación. El Comité considera que el autor no ha sustanciado una violación el artículo 26 del Pacto en este respecto”⁴³⁵.

La forma en que el comité expresó este dictamen, al decir que no constituye necesariamente una discriminación, lleva a creer que el asunto no es tan cerrado; que eventual-

⁴³¹ CCPR/C/67/D/845/1999.

⁴³² *Ibidem*, párrafo 6.7.

⁴³³ CCPR/C/74/D/845/1998.

⁴³⁴ CCPR/C/69/D/701/1996.

⁴³⁵ *Ibidem*, párrafo 11.2.

mente las diferenciaciones de trato en ámbitos procesales podrían constituir discriminación, sólo que en este caso específico no se substanció suficientemente.

En su siguiente sesión, el Comité volvió a referirse a la discriminación respecto de la pena de muerte en *Thompson v. San Vicente-Granadinas*⁴³⁶, un caso en donde el autor reclamó que la imposición automática de la pena de muerte para todos los condenados por homicidio era discriminatoria dado que no permitía que posibles atenuantes rebajaran la pena.

Este es un caso del tratamiento igual a personas que no se encuentran en iguales condiciones, de discriminación según la segunda parte del aforismo “trata igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

A pesar de la tremenda importancia que hubiera revestido un dictamen respecto a la discriminación en esta comunicación, que en todo caso debió ser planteada como una posible violación del artículo 6.4 *juncto* 2.1, el Comité, al encontrar violaciones a los artículos 6.2 y 10.1 estimó innecesario referirse al 26, volviendo a una práctica que había dejado hace muchos años.

En *Kavanagh v. Irlanda*⁴³⁷, dictaminado por el Comité en abril de 2001 el autor, quien había sido condenado a 29 años de prisión por participar en el secuestro de un ejecutivo bancario y su familia para efectos de robar una gran suma de dinero, volvió a poner en el tapete el tema de distinciones procesales basadas en la gravedad de los supuestos delitos. Al ser arrestado, la Fiscalía del Estado decidió que los tribunales ordinarios de justicia eran “inadecuados para asegurar la efectiva administración de justicia” y que por ende el autor debió ser procesado por una corte especial compuesta de tres jueces, sin jurado. El autor no tuvo la posibilidad de apelar la decisión de la Fiscalía del Estado y su abogado no tuvo acceso a ciertos aspectos del proceso.

El proceso ante cortes especiales fue creado en Irlanda a principios de los años '70, durante el aumento de la violencia subversiva en Irlanda del Norte y se mantuvo por lo menos hasta la fecha de la comunicación del autor, según el Estado, para efectos de manejar el fenómeno del crimen organizado violento.

Al dictaminar en este caso, el Comité encontró que:

“Dentro de la jurisdicción del Estado Parte, el enjuiciamiento por un jurado en particular se considera una salvaguardia importante, a disposición por lo general de los acusados. En virtud del artículo 26, el Estado Parte debe, pues, demostrar que la decisión de enjuiciar a una persona con arreglo a otro procedimiento estaba basada en motivos razonables y objetivos. A este respecto, el Comité señala que el ordenamiento del Estado Parte, en la Ley sobre los delitos contra la

⁴³⁶ CCPR/C/70/D/806/1998.

⁴³⁷ CCPR/C/71/D/819/1998.

seguridad del Estado, tipifica cierto número de delitos que pueden ser competencia del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa de la Fiscalía del Estado. Se dispone también que cualquier otro delito podrá ser juzgado por un tribunal penal especial si la Fiscalía del Estado considera que los tribunales ordinarios son “inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia”. El Comité considera problemático que, incluso en la hipótesis de que sea aceptable un sistema penal doble para ciertos delitos graves siempre que sea imparcial, el Parlamento, por disposición legislativa, defina algunos delitos graves que estarán comprendidos dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa ilimitada de la Fiscalía del Estado (“considere apropiado”), y proceda a permitir, como en el caso del autor, que cualquier otro delito también sea juzgado de este modo si la Fiscalía del Estado considera inadecuados los tribunales ordinarios. No se han de comunicar los motivos de la decisión de que el Tribunal Penal Especial sería “adecuado” o de que los tribunales ordinarios serían “inadecuados” y en el presente caso no se han comunicado al Comité los motivos de la decisión. Además, la revisión judicial de las decisiones de la Fiscalía del Estado está restringida efectivamente a las circunstancias más excepcionales y casi imposibles de demostrar.

“El Comité considera que el Estado Parte no ha conseguido demostrar que la decisión de enjuiciar al autor ante el Tribunal Penal Especial se basaba en fundamentos razonables y objetivos. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del autor establecido en el artículo 26 a igualdad ante la ley y a igual protección de la ley”⁴³⁸.

En este caso es interesante ver cómo el Comité hace efectiva la insinuación presente en su dictamen de *Gómez Vásquez*, respecto que los sistemas procesales penales dobles no eran *per se* discriminatorios, pero que podían llegar a serlo si se substancaba que no se basaba la decisión de aplicar uno u otro en criterios objetivos y razonables.

Otro punto interesante de este dictamen es cómo se expresa, explícitamente, que la carga de la prueba, en cuanto a la objetividad y razonabilidad de una distinción, es del Estado Parte⁴³⁹.

Llama la atención el hecho que el Comité prefirió usar el artículo 26 para resolver este caso en lugar del artículo 14.1 que también fue invocado por el autor y que, al

⁴³⁸ *Ibidem*, párrafos 10.2 y 10.3.

⁴³⁹ Este criterio *pro-personae* fue contradicho posteriormente en casos en donde los reclamos por discriminación fueron rechazados porque los autores no habían logrado demostrar la falta de objetividad y razonabilidad de las distinciones hechas. Véase por ejemplo *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria* CCPR/C/81/D/1160/2003 y *Borzov v. Estonia* CCPR/C/81/D/1136/2002.

establecer que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, parece ser más ajustado al caso, tomado junto con el artículo 2.1.

Al año siguiente el Sr. Kavanagh recurrió nuevamente ante el Comité, volviendo a alegar discriminación en *Kavanagh v. Irlanda*⁴⁴⁰ dado que, en su opinión, el Estado Parte no había cumplido con el dictamen del Comité en su comunicación anterior. A este efecto al autor no se le ofreció otro juicio frente a un jurado ni se le había acortado la condena y seguía preso. Lo único que le había ofrecido el Estado era un cheque por mil libras, que el autor rechazó pues no lo consideraba un “recurso efectivo”.

El Comité declaró inadmisibles estas comunicaciones pues no presentaban hechos nuevos, distintos a los que fueron objeto del dictamen anterior y por ende no sustentaban una petición compatible con el Pacto.

7.5.1 Conclusiones

El debido proceso es uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico y del sistema democrático. Por ello aplaudo la decisión del Comité de no aceptar la reserva al Protocolo de Trinidad y Tobago por ser discriminatoria y su determinación de continuar revisando comunicaciones individuales de personas condenadas a la pena de muerte en ese país.

Ya se ha hecho mención a la pregunta de si es que hoy en día son legítimas las restricciones al debido proceso para efectos de juzgar a presuntos terroristas. Urge una respuesta a esta interrogante por parte de un organismo de alto prestigio como es el Comité, pues la brutalidad de los ataques terroristas contra civiles parece haber hecho que algunas personas duden de la universalidad de los derechos humanos y de las normas convencionales y de *ius cogens* que reglan la restricción a derechos humanos básicos, específicamente en relación al tratamiento que se debe dar a presuntos terroristas.

A este respecto, de los presentes dictámenes se puede colegir lo siguiente: la existencia de sistemas procesales penales diferentes para delitos de mayor gravedad no es *per se* contraria al artículo 26; sin embargo, si es que se decide aplicar a una persona el sistema más restringido en cuanto a garantías procesales, esta decisión debe estar fundamentada en criterios objetivos y razonables; la prueba de la objetividad y la razonabilidad es del Estado Parte y una decisión discrecional de una persona u órgano no constituye ni objetividad ni razonabilidad.

Es de esperar que los Estados Partes del Pacto y del Protocolo tomen en cuenta estos lineamientos proporcionados por el primer dictamen de *Kavanagh*, redactado antes de los ataques del 11 de septiembre de 2001, para efectos de regular el trato procesal dado a presuntos responsables de delitos graves, entre ellos, presuntos terroristas.

⁴⁴⁰ CCPR/C/76/D/1114/2002.

7.6 Discriminación por Razones de Discapacidad

En julio de 2002 el Comité dictaminó en uno de los casos más llamativos que se han visto en esta materia. Se trataba de *Wackenheim v. Francia*⁴⁴¹, un caso en donde el autor, una persona con enanismo (“persona pequeña”), reclamó por discriminación pues el alcalde de su lugar de residencia, a instancias del Ministerio del Interior, prohibió la actividad de “lanzamiento de enanos”. Esta actividad, llevada a cabo en bares y discotecas involucraba el lanzamiento del autor, por personas sin su discapacidad, sobre un colchón. Al parecer, el objetivo de la actividad era ver quién lanzaba al autor más lejos.

El decreto que prohibía la actividad se fundamentaba en que era contraria a la dignidad humana y por consiguiente al orden público. El autor, en cambio, argumentó que la medida era discriminatoria y le privaba de su fuente de trabajo, ya que en Francia no había otras oportunidades laborales para personas pequeñas.

En su dictamen, el Comité estableció la objetividad de la medida pues el hecho que sólo se aplicaba a personas pequeñas se debía a que solamente dichas personas eran “susceptibles de ser lanzadas” en esta actividad, por ende:

“Así pues, la distinción entre las personas afectadas por la prohibición, a saber, los enanos, y aquéllas a las que no se aplica dicha prohibición, a saber, las personas que no están aquejadas de enanismo, se funda en una razón objetiva y no reviste carácter discriminatorio. El Comité considera que el Estado Parte ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto. Por consiguiente, el Comité concluye que la distinción entre el autor y las personas a las que no se aplica la prohibición enunciada por el Estado Parte se basa en motivos objetivos y razonables”⁴⁴².

7.6.1 Conclusiones.

A pesar de que aún es temprano para predecir los efectos de este dictamen, creo que va a ser de gran importancia en el futuro como precedente. Si las autoridades de los Estados Partes pueden decidir qué es digno para una persona pequeña, es lógico que algunos vayan a comenzar a decidir lo mismo con respecto a otros sectores de la sociedad; con niños y niñas o con otras personas con discapacidad, por ejemplo.

⁴⁴¹ CCPR/C/75/D/854/1999. Este fue el segundo caso presentado al Comité donde se examinó una posible discriminación por razones de discapacidad. El primero, *C. v. Italia*, fue declarado inadmisibile en 1984. Este caso versó sobre el retiro de medidas especiales en favor de personas con discapacidad y será examinada en el Capítulo Tercero de esta parte, referente a las medidas especiales. Véase *infra*, Segunda Parte, Capítulo Tercero, punto 2.

⁴⁴² *Ibidem*, párrafo 7.4.

En el mundo actual hay muchos trabajos ejercidos por personas adultas que bordean los límites de lo que se entiende por dignidad humana. Podrá preverse, entonces, que grupos conservadores intenten usar este dictamen para que se declare que la prostitución, la pornografía y hasta los deportes extremos violan la dignidad humana.

Si uno interpreta este dictamen de otra manera, entonces sólo puede llegarse a la conclusión de que el Comité no consideró que el autor, un hombre adulto, pudiera decidir por sí mismo qué hacer con su vida, y qué estaba dispuesto a hacer para ganarse esa vida.

Se podría argumentar que lo que el autor hacía afectaba la imagen de todas las personas pequeñas, contribuyendo a perpetuar así actitudes discriminatorias que la sociedad quiere eliminar. Sin embargo, lo mismo puede decirse respecto de las mujeres que trabajan en la industria pornográfica. ¿Esto significa que el Estado puede decir que ese trabajo es indigno y prohibirlo?

Capítulo Segundo

El Cumplimiento del Propósito del Artículo 26 en tanto Herramienta para Lograr la Igual Protección de Derechos No Incluidos en el Pacto

1. Introducción

Ya se ha dicho en varias ocasiones que el derecho establecido en el artículo 26 es autónomo, vale decir, no restringido al ámbito de aplicación del Pacto. A pesar de que el Comité ha reiterado este hecho en un sinnúmero de dictámenes, el texto de más autoridad que lo establece es la Observación General N°18, que en su párrafo 12 explicita que:

“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 porque 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”⁴⁴³.

Así como el artículo 2.1 es el artículo indicado para argumentar discriminación en relación con cualquier derecho mencionado en el Pacto, el artículo 26 cumple esa misma función en relación con derechos no incluidos en dicho Pacto, así como aquellos no reconocidos en el Pacto alguno.

⁴⁴³ Comité de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 15, párrafo 12.

Es de este modo como el artículo 26 se ha convertido en la herramienta utilizada por muchos para lograr la igualdad de trato en ámbitos donde se pensaba que la protección no era viable.

Esto ha tenido un impacto enorme en los derechos económicos, sociales y culturales, en especial, como se verá, en las prestaciones de seguridad social. De hecho, ninguno de los pactos sobre derechos económicos, sociales y culturales contempla una forma de exigibilidad judicial o cuasijudicial.

A través del uso del artículo 26 no se ha logrado que el Estado Parte dicte medidas para implementar los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se ha logrado que aquellos existentes se apliquen de igual manera a todos. La consecuencia más radical en este sentido es que por estar obligado por el artículo 26, el Estado Parte tiene la obligación de asegurar un nivel básico de subsistencia a todos.

A continuación, se verán tres materias no cubiertas por el Pacto, en donde se ha usado el artículo 26 para equiparar condiciones desiguales existentes.

2. La Seguridad Social

Algunos de los casos más importantes en cuanto seguridad social se trata, han sido:

- 1987 *Broeks v. los Países Bajos*
 Zwaan de Vries v. los Países Bajos
 Danning v. los Países Bajos
- 1988 *P.P.C. v. los Países Bajos*
- 1989 *Vos v. los Países Bajos*
 B.d.B. v. los Países Bajos
 Gueye v. Francia
 H.A.E.d.J. v. los Países Bajos
- 1992 *Pauger v. Austria*
 Sprenger v. los Países Bajos
 Oulajin & Kaiss v. los Países Bajos
- 1993 *J.H.W. v. los Países Bajos*
 A.P.L.v.d.M. v. los Países Bajos
 Calvacanti Araujo Jongen v. los Países Bajos

- 1994 *S.B. v. Nueva Zelanda*
 J.A.M.B.-R. v. los Países Bajos
 Doesburg v. los Países Bajos
 Pepels v. los Países Bajos
- 1995 *García Pons v. España*
- 1996 *Nahlik v. Austria*
- 1997 *Van Oord v. los Países Bajos*
- 1998 *Hoofdman v. los Países Bajos*
- 1999 *Pauger v. Austria*
 Johannes Vos v. los Países Bajos
- 2001 *Schmitz-de-Jong v. los Países Bajos*
- 2003 *Young v. Australia*
 Althammer et al. v. Austria
- 2004 *Derksen v. los Países Bajos*
- 2005 *Jongenburger-Veerman v. los Países Bajos*⁴⁴⁴

Como se puede ver, el gran afectado por estas comunicaciones fue los Países Bajos, en parte porque tiene un sistema de seguridad social bastante avanzado en el sentido de que se ofrecen un gran número de prestaciones distintas, y en parte porque su población se encuentra bien informada acerca de sus derechos en el ámbito nacional e internacional⁴⁴⁵.

Las comunicaciones alegaban todo tipo de criterios de discriminación, incluidos más notablemente el sexo, el origen nacional y el estado civil. Todas involucraban la denegación de prestaciones o la mayor dificultad para acceder a estas prestaciones causadas únicamente por el criterio de diferenciación prohibido.

El problema específico que el Comité debió resolver fue el del cumplimiento inmediato o no inmediato del principio de no discriminación respecto de programas de seguridad social que eran sujetos a implementación gradual y a recursos limitados.

De hecho, la primera defensa del Estado en los primeros casos traídos ante el Comité fue que dado que los derechos económicos, sociales y culturales eran de implementación gradual, no podían ser obligados a proporcionarlos a todas las personas. En este sentido, *Broeks y Zwaan de Vries* fueron claves pues en sus dictámenes se estableció la línea jurisprudencial que seguiría en esta materia hasta hoy.

⁴⁴⁴ Para detalles de cada uno, refiérase al Anexo III de este trabajo.

⁴⁴⁵ Nowak, *op. cit.* nota 90, p. 461.

Dicha línea jurisprudencial estableció que el Comité no podía obligar al Estado Parte a legislar sobre materias no incluidas en el Pacto; sin embargo si el Estado decidía hacerlo, dicha legislación debía cumplir con las exigencias de la cláusula de no discriminación contemplada en el artículo 26:

“Aunque el artículo 26 exige que la ley prohíba la discriminación, dicho artículo no contiene en sí mismo ninguna obligación con respecto a las cuestiones que pueda regular la ley. Así, no exige, por ejemplo, a ningún Estado que promulgue una ley estableciendo la seguridad social. Sin embargo, una vez que esta ley haya sido aprobada en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, deberá ajustarse al artículo 26 del Pacto”⁴⁴⁶.

Entonces, en los términos más simples, si un Estado Parte contempla seguridad social debe hacerlo para todos, en igualdad de condiciones. Esto se aplicó especialmente en referencia a distinciones basadas en sexo y nacionalidad.

Este es un paso agigantado hacia la reunificación de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, separados por razones políticas durante la guerra fría. Hoy, la gran mayoría de la doctrina postula que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes en un Estado de derecho; que el respeto y la garantía de los unos no se puede lograr sin la satisfacción de los otros.

Eso dicho, queda el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales pues, a pesar del antes mencionado acuerdo doctrinario, se evidencia la escasez de instancias judiciales internacionales que reciben comunicaciones individuales respecto de la insatisfacción de la mayoría de estos derechos.

Ahora bien, dado que la mayoría de los países reconoce un cierto nivel de seguridad social a una parte de su población, la cláusula de no discriminación puede servir de nexo entre ambos tipos de derechos humanos en la medida en que logra asegurar a todos una especie de piso básico, un nivel mínimo de satisfacción de necesidades de seguridad social (y de derechos económicos, sociales y culturales) bajo el cual los Estados no pueden caer. Ese piso es constituido por el nivel de seguridad social que el Estado reconoce al individuo no discriminado. Este sujeto, de acuerdo con la jurisprudencia estudiada con anterioridad en este trabajo, tiende a ser el hombre, nacional, heterosexual, soltero o casado, empleado y sin discapacidad.

Entonces, si este sujeto ficticio recibe un determinado trato en cuanto a las prestaciones de seguridad social que recibe, o más ampliamente en cuanto al respeto de sus derechos económicos, sociales y culturales, la cláusula de no discriminación contemplada en el artículo 26 del Pacto asegura que todas las demás personas en una situación comparable reciban el mismo trato, sin importar su raza, sexo, origen nacional, u otra condición.

⁴⁴⁶ *Broeks v. los Países Bajos y Zwaan de Vries v. los Países Bajos*, op. cit. nota 173, párrafo 12.4 común.

No llega a ser la situación ideal de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, pero es un avance que debe ser más difundido como táctica judicial a todo aquel que se interese por lograr el pleno respeto de los derechos humanos. Una vez ocurrida esta difusión, pienso que los Estados se verán obligados a avanzar, tal como lo hizo los Países Bajos, hacia la extendida satisfacción de estos derechos.

El primer paso en este esfuerzo para lograr la igualdad en materia de seguridad social fue dado por las mujeres de los Países Bajos, las muchas veces invocadas *Broeks y Zwaan de Vries*, quienes lograron que el Comité declarara que la exigencia de prueba para que una mujer fuera considerada “sostén de familia” y por ende para que pudiera recibir prestaciones de seguridad social, era discriminatoria. Así se logró que el Estado eliminara de su legislación ciertas disposiciones despectivas respecto de la capacidad de la mujer de ser jefa de hogar.

Más adelante, cuando hombres empezaron a impugnar disposiciones de la legislación de seguridad social neerlandesa y austriaca que eran más bien paternalistas con respecto a las mujeres, otorgándole beneficios que no otorgaba a hombres, por el solo hecho de ser mujeres, se completó el círculo de condena del Comité a la discriminación por sexo dentro de la legislación referente a la seguridad social.

Ahora bien, fue exclusivamente en el ámbito de la seguridad social que el Comité fue consultado acerca de si el estado civil de la persona era un criterio de diferenciación prohibido o no. La controversia se centró en si las parejas no matrimoniales debían recibir las mismas prestaciones de seguridad social que las parejas casadas. El Comité estableció la jurisprudencia de que, en el ámbito de la seguridad social, las diferenciaciones hechas entre parejas no matrimoniales y parejas casadas eran objetivas y razonables, pero queda la pregunta de si esta decisión se aplicará en otros ámbitos; por ejemplo, en la adopción de hijos, en los derechos sucesorios o en la toma de decisiones referentes a personas incapacitadas para ello.

A modo de conclusión, se puede decir que la seguridad social fue el primer ámbito en que el artículo 26 se aplicó en su real sentido, como protector de la igualdad de trato en esferas no contempladas por el Pacto. Además, se la puede considerar como la puerta de entrada al logro de la igualdad de trato en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales.

Si pensamos en las grandes desigualdades existentes en Chile y en Latinoamérica en áreas como la salud, la educación y la previsión, no resulta desmesurado pensar en comunicaciones individuales sometidas al Comité, por ejemplo por chilenas que denuncian la flagrante discriminación por sexo que existe en el sistema privado de salud.

Espero que con la mayor difusión de la teoría de los derechos humanos y del funcionamiento de los sistemas de protección, tanto a nivel regional como a nivel universal, las personas comiencen a utilizar las herramientas que existen para el resguardo de sus derechos económicos, sociales y culturales, y de esta manera se logre terminar con las prácticas discriminatorias que se mantienen respecto de éstos.

3. La Extradición

En primer lugar cabe aclarar que la extradición no es *per se* discriminatoria sino que es una institución legítima que la mayoría de las veces funciona a favor de la administración de la justicia y no constituye un atentado a los derechos humanos. No existe reconocimiento del derecho a no ser extraditado como un derecho humano, sin embargo cabe el examen en este libro de los siguientes casos pues, dado que la extradición puede acarrear perjuicios para el prisionero en cuestión, al concederla, el Estado Parte debe ceñirse estrictamente al principio de no-discriminación.

Ahora bien, el problema que se planteó ante el Comité en materia de discriminación bajo el artículo 26 fue si es que ese artículo permitía la extradición de prisioneros a países en donde existía la pena de muerte y en casos en que era probable que les fuera aplicado dicho castigo en razón de la gravedad de los delitos por los que habían sido condenados.

Las comunicaciones individuales en esta materia fueron interpuestas en contra de Canadá por personas extraditadas a los Estados Unidos.

Los casos más importantes son:

- 1992 *K.C. v. Canadá*
- 1993 *Kindler v. Canadá*
Ng v. Canadá
- 1994 *Cox v. Canadá*
- 2002 *Judge v Canadá* (deportación)⁴⁴⁷

Todos los casos en contra de Canadá salvo *Judge* fueron fundados en la discriminación por raza, pues los autores afirmaron que en los procesos capitales en los Estados Unidos las minorías raciales sufrían una desventaja resultante de dicha discriminación.

El primero de los casos, *K.C. v. Canadá*⁴⁴⁸ fue declarado inadmisibile por no agotamiento de recursos internos, mientras que el reclamo referente a la discriminación que se argumentó en *Kindler v. Canadá*⁴⁴⁹ fue declarado inadmisibile por falta de substanciación, y sus demás peticiones fueron desestimadas en el examen de fondo.

Sin embargo, el punto más interesante de *Kindler* desde la perspectiva de este trabajo son las opiniones individuales; dos de ellas plantean dudas importantes acerca del dictamen de la mayoría respecto de una posible discriminación.

⁴⁴⁷ Para mayores detalles, refiérase al Anexo III de este trabajo.

⁴⁴⁸ CCPR/C/45/D/486/1992.

⁴⁴⁹ CCPR/C/48/D/470/1991.

En primer lugar, el miembro del Comité Sr. Lallah afirma que:

“...parecería que se ha violado el artículo 26 del Pacto, que garantiza la igualdad ante la ley. La igualdad en virtud de ese artículo prevé, a mi juicio, una igualdad sustantiva en virtud de la legislación de un Estado Parte considerada en su totalidad y sus efectos sobre el individuo. Puede afirmarse efectivamente que se ha concedido al Sr. Kindler un trato diferente y desigual en comparación con el trato que se habría otorgado en el Canadá a un individuo que hubiera cometido el mismo delito...”⁴⁵⁰.

A su vez, la Sra. Chanet, en su opinión individual disidente argumentó que:

“...Es más, tras haber restablecido así la pena de muerte por poder, el Canadá limita la aplicación de dicha pena a una determinada categoría de personas: las que son extraditables a los Estados Unidos”⁴⁵¹.

Como ya se puede ver, los casos se refieren a si la obligación contraída por Canadá de proteger el derecho a la vida de todas aquellas personas bajo su jurisdicción, prohíbe o no que sean extraditados prisioneros a quienes se le aplicará la pena de muerte. Específicamente en cuanto a la discriminación, la pregunta no tiene que ver con el trato diferente otorgado en los Estados Unidos en razón de raza, sino si hay un trato distinto entre criminales que comenten delitos graves en Canadá (donde fue abolida la pena de muerte en 1976), y criminales que cometieron delitos de igual gravedad pero que son extraditables a Estados Unidos.

En *Ng v. Canadá*⁴⁵² no se resolvió acerca de una supuesta violación al artículo 26 pues, luego de una exhaustiva descripción de los efectos crueles de la ejecución por asfixia, el Comité declaró que al extraditar al autor a Estados Unidos, el Estado Parte había violado el artículo 7 del Pacto (prohibición de pena o tratos crueles inhumanos o degradantes) y por ende no era necesario examinar más supuestas violaciones.

En su opinión individual disidente el Sr. Aguilar declaró que Canadá había violado los artículos 5.2, 6, y 26⁴⁵³.

En *Cox v. Canadá*⁴⁵⁴, el Comité no encontró violación alguna del Pacto pero los Sres. Chanet y Lallah emitieron las mismas opiniones individuales que emitieron en *Kindler*. En *Judge v. Canadá*⁴⁵⁵, que trataba de la deportación (y no la extradición) del autor a Estados Unidos en donde estaba condenado a muerte, el Comité parece haber dado un giro en torno a la responsabilidad del Estado Parte por la ejecución en el extran-

⁴⁵⁰ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente Sr. Lallah, párrafo 5.

⁴⁵¹ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente Sra. Chanet.

⁴⁵² CCPR/C/49/D/469/1991.

⁴⁵³ *Ibidem*, Opinión Individual Disidente del Sr. Aguilar, párrafo 14.

⁴⁵⁴ CCPR/C/52/D/539/1993.

⁴⁵⁵ CCPR/C/78/D/829/1998.

jero de personas deportadas (y presumiblemente también las extraditadas) al condenar a Canadá por la violación del artículo 6.1 (derecho a la vida) debido a la falta de debida consideración del peligro que corría la vida del señor Judge en caso de ser efectivamente deportado. En este caso, el autor ni siquiera postuló que hubo discriminación en su contra pero en su opinión individual anexa el Sr. Lallah de todos modos planteó que el caso involucraba al artículo 26.

En conclusión, en los casos de extradición (y deportación) a países donde se aplicará la pena de muerte, el Comité nunca ha encontrado una violación del artículo 26 en el actuar de Canadá. Recién en 2005 encontró que se había violado el derecho a la vida de un deportado y ha mostrado cierta inconsistencia respecto a la posibilidad de que la forma de ejecución de la pena de muerte fuera tortuoso, encontrando una violación al artículo 7 en sólo uno de los cinco casos en estudio.

La razón por la cual estos dictámenes fueron incluidos en esta parte de este trabajo fue la gran importancia que tienen las opiniones individuales de los Sres. Lallah y Chagnet que afirman que los autores de las comunicaciones individuales sufrieron discriminación autónoma. En este sentido, me convence lo dicho por estos miembros del Comité en cuanto a que los autores fueron tratados en forma diferente a las personas que cometieron la misma especie de delitos pero que no eran extraditables a Estados Unidos.

Sea que se entiendan los casos como violaciones al artículo 6 (derecho a la vida) *juncto* 2.1, o como violaciones al artículo 26, en forma autónoma y respecto al “derecho” a no ser extraditado, opino que la distinción hecha no se basó en criterios objetivos ni razonables.

4. La Propiedad y la Indemnización por Confiscación o Expropiación

Un error bastante común es considerar al derecho de propiedad privada como un derecho civil y político; se piensa que esto proviene de la importancia dada a este derecho por el bloque occidental, con base capitalista o liberalista, durante la posguerra.

El Pacto no reconoce el derecho de propiedad y por ende, la igual protección de la ley a su respecto se ha intentado lograr a través del uso del artículo 26. Los casos relacionados con esta materia y examinados con anterioridad en este trabajo fueron:

- 1994 *Zelaya et al. v. Nicaragua*
- 1995 *Simunek et al. v. La República Checa*
- 1996 *Somers v. Hungría*
- 1996 *Adam v. La República Checa*
- 1997 *Drobek v. Eslovaquia*

- 1998 *Malik v. La República Checa*
- 1998 *Schlosser v. La República Checa*
- 2001 *Blazek, Hartman y Krizek v. La República Checa*
- 2001 *Des Fours Walderode y Kammerlander v. La República Checa*
- 2002 *Pezoldova v. La República Checa*
- 2005 *Marik v. La República Checa*
*Kriz v. La República Checa*⁴⁵⁶

Lo que tienen en común estos casos es que los hechos se dieron en el contexto de regímenes socialistas, ya sea antes o durante su vigencia, en donde la propiedad de disidentes fue confiscada y/o expropiada por el Estado por la fuerza y sin indemnización. Otro factor en común fue que los autores de las comunicaciones individuales tuvieron que esperar hasta la caída del régimen para poder iniciar las acciones tendientes a recuperar su propiedad; por lo menos en el caso de la ex Checoslovaquia eso fue una demora de más de cuarenta años. Uno puede entender cómo esto dificultó mucho los procesos de rehabilitación de propietarios o de su indemnización en el caso de destrucción de la propiedad, especialmente desde que en varios casos los dueños originales habían muerto y le tocaba a sus herederos seguir los procesos, hasta llegar al Comité.

Por otro lado, muchos de estos autores se habían radicado en el extranjero luego de ser exiliados de su país debido a su oposición al régimen, su raza o su origen nacional.

Por todas estas razones el acceso a la restitución de la propiedad de por sí fue dificultoso. Sin embargo, en los casos examinados, los Estados Partes empeoraron las cosas con la exigencia del cumplimiento de requisitos adicionales para lograr la restitución, requisitos que en muchos casos se podía presumir que los postulantes no iban a poder cumplir.

Los primeros en lograr que el Comité declarara que las exigencias de nacionalidad y residencia para la restitución de propiedades confiscadas eran discriminatorias fueron *Simunek* y *Adam* en 1995 y 1996 respectivamente. La jurisprudencia asentada en estos casos sirvió de precedente para que en 2001 el Comité dictaminara de la misma manera en *Blazek et al.* y *Des Fours Walderode* y para que en 2005 hiciera lo mismo en *Marik* y *Kriz*.

El razonamiento detrás de estos dictámenes fue bastante simple: si la nacionalidad y la residencia no fueron requisitos para adquirir la propiedad en primer lugar, era poco razonable exigir las para la restitución de dicha propiedad, especialmente desde que el Estado era responsable por la ausencia de los autores durante tantos años.

⁴⁵⁶ Véase *supra*, Segunda Parte, Capítulo Primero, puntos 5.1, 6.3 y 6.4. Además, para mayores detalles, refiérase al Anexo III de este trabajo.

Distinto fue el razonamiento del Comité al tratar los casos de negación de restitución debido a raza u origen nacional. Aquí hay un quiebre importante en la jurisprudencia. El reclamo interpuesto por los autores fue que la legislación rehabilitadora de la propiedad se aplicaba sólo a propiedades confiscadas durante el régimen comunista y por ende, dejó fuera de su aplicación a todos los que perdieron sus bienes durante la guerra por ser judíos o durante la posguerra por ser alemanes étnicos.

Los primeros en recurrir al Comité fueron los alemanes étnicos, *Drobek, Malik y Schlosser*, en 1997 y 1998 cuyas comunicaciones individuales fueron declaradas inadmisibles por falta de substanciación (un juicio de admisibilidad que en estos casos pareció estar basado en el fondo de la materia) dado que el hecho de que una legislación rehabilitadora no contemplara todos los casos de confiscación ilícita no era *per se* discriminatoria. Estos dictámenes fueron opuestos sólo por los miembros del Comité Sra. Cecilia Medina y Sr. Eckhardt Klein⁴⁵⁷.

Tres años más tarde, lo mismo fue reclamado por personas judías en *Fábryová y Brok y Brokova* (2001) en donde la jurisprudencia dio un vuelco y dictaminó que hubo violación del artículo 26 por parte del Estado en no reparar a los autores por los actos cometidos en su contra, incluyendo la confiscación y posterior nacionalización de sus bienes.

En el fondo, dada la similitud de los hechos expuestos en ambos grupos de casos, no se explica que el Comité haya encontrado discriminación en uno mas no en el otro. En este sentido me encuentro de acuerdo con los miembros discordantes del Comité en que los casos de los alemanes étnicos debieron haber sido examinados debidamente en cuanto a los argumentos de fondo. Cuando, en 2002, el Comité dictaminó en otro caso similar presentado por la heredera de un alemán étnico, se declaró que hubo discriminación autónoma en su contra, sin embargo se fundamentó el dictamen en el ocultamiento de evidencia imputable al Estado y no en la fuente de la confiscación de los bienes de su familia.

A modo de conclusión los casos vistos demuestran de qué manera el Comité ha utilizado el artículo 26 para proteger, aunque no con completa consistencia, la igualdad de trato en el reconocimiento de otro derecho no contemplado por el Pacto, en el sentido de establecer que la raza, la nacionalidad y la residencia no son elementos objetivos ni razonables en las que se pueden basar diferencias de trato en la restitución de propiedades confiscadas o expropiadas.

⁴⁵⁷ Véase *supra*, nota 368.

1. Introducción

El fenómeno de las medidas especiales aplicadas por los Estados fue analizado en la Primera Parte de este trabajo⁴⁵⁸. Conviene recordar que, en ocasiones, el Estado debe emprender acciones tendientes a superar la desigualdad *de facto* que persiste en la sociedad a pesar de la existencia de una igualdad *de iure*.

La decisión de tomar medidas tendientes a beneficiar a las personas pertenecientes a grupos que se encuentran en estas situaciones de desventaja no constituye, entonces, una excepción al principio de igualdad que se recoge en este trabajo sino una exigencia del mismo. La obligación de adoptar medidas especiales resulta ser una manifestación de la idea de que hay que tratar de forma igual a los que se encuentran en situaciones comparables y diferente a quienes se encuentran en situaciones diversas.

Ahora bien, dado que su objetivo es paliar una desigualdad de facto, las medidas especiales son esencialmente temporales y deben cesar una vez que ya no son consideradas como necesarias, vale decir, una vez que el grupo de personas que se buscó beneficiar ya se encuentre en una situación equiparable con el resto de la sociedad.

En lo que respecta al órgano cuya jurisprudencia es materia de este libro, conviene en este momento recordar lo establecido por el Comité en su Observación General N°18:

“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. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trata un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Véase *supra*, Primera Parte, punto 1.5.

⁴⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, *op. cit.* nota 15, párrafo 10.

El Comité, en dictámenes referentes a la discriminación autónoma del artículo 26 nunca ha explicitado que un Estado Parte deba aplicar medidas especiales a favor de algún grupo; sin embargo, en varias ocasiones ha sido consultado respecto de la legitimidad de un trato diferencial favorable otorgado a un sector o grupo de personas. A continuación se examinarán los dictámenes más importantes para determinar la línea jurisprudencial del Comité en materia de medidas especiales, algunos de los cuales han sido examinados con anterioridad en este trabajo.

2. Medidas Especiales para Fomentar la Plena Inserción de Personas con Discapacidad en la Sociedad

En 1984 el Comité trató la Comunicación *C. v. Italia*⁴⁶⁰. Con anterioridad a la comunicación había existido en la legislación laboral italiana un conjunto de disposiciones que obligaban a empleadores públicos y privados a asegurar que al menos quince por ciento de su fuerza laboral fueran personas con discapacidad. Además, dentro de este quince por ciento, la ley establecía que ciertos porcentajes debían ser llenados por veteranos de guerra, civiles heridos en guerra, personas discapacitadas producto de accidentes laborales y por último personas discapacitadas por otras razones. Cuando faltaban personas para llenar las cuotas porcentuales dentro de estos grupos específicos de personas con discapacidad, los puestos correspondientes podían ser llenados por otras personas con discapacidad.

Con el pasar del tiempo había cada vez menos personas con discapacidad producto de la guerra, por lo cual sus puestos estaban siendo llenados por personas cuya discapacidad se originaba en otras causas. Debido a esto, se aprobó una ley que cambiaba la distribución porcentual de los puestos ofrecidos a discapacitados, perjudicando así a los llamados “discapacitados ordinarios”.

Lamentablemente la comunicación fue declarada inadmisibles pues había sido interpuesta por un grupo de personas en lugar de una víctima específica y por ende no se ajustaba al artículo primero del Protocolo.

Ahora bien, la discapacidad no es una causal incluida dentro de los criterios de diferenciación prohibidos por los artículos 26 y 2.1; sin embargo, queda claro que la discriminación basada en la discapacidad estaría plenamente abarcada por la cláusula abierta “otra condición social”.

En este caso, el Estado Parte desde hacía mucho tiempo había implementado medidas especiales a favor de las personas con discapacidad, reconociendo así que su exclusión del mundo laboral, especialmente luego de haber servido en las fuerzas armadas, era una injusticia. Lo que reclamaban los autores era que el cese o la restricción de dichas medidas revertía su estatus a una antigua situación discriminatoria.

⁴⁶⁰ CCPR/C/21/D/163/1984.

Esto es entendible por parte de las personas con discapacidad que reclamaron; sin embargo, hay que recordar que una de las situaciones que impulsó esta legislación a favor de ellos era la gran cantidad de discapacitados militares y civiles que quedaron luego de la Segunda Guerra Mundial. Dado que en la década de los '80 cada vez menos de ellos permanecían con vida y dado que uno de los requisitos de la implementación de las medidas especiales es que tengan el carácter de temporales hasta lograr la igualdad de facto, no parece que el cambio en las cuotas porcentuales de puestos de trabajo para personas con discapacidad sea *prima facie* discriminatorio.

Ahora bien, me parece extremadamente extraño que más personas con discapacidad no hayan formulado comunicaciones individuales al Comité, dado que constituyen uno de los grandes grupos discriminados en el mundo y especialmente en nuestro país. Asimismo, me parece que el sistema de cuotas porcentuales de trabajadores con discapacidad, dentro de empresas públicas y privadas, es una medida efectiva para lograr la efectiva igualdad de oportunidades para estas personas, así como los sistemas de entrada especial a la educación superior y la adecuación de modos de transporte público a sus requerimientos.

Por otro lado, el artículo 26 podría considerarse muy útil para personas con discapacidad en la medida en que ya hay jurisprudencia asentada respecto de este artículo en el ámbito de la seguridad social, y es factible su uso para reclamar también discriminaciones en las esferas de la atención de salud, la educación y la contratación laboral.

3. Medidas Especiales a Favor de Exonerados Políticos

Tres años más tarde el Comité dictaminó en el caso *Stalla Costa v. Uruguay*⁴⁶¹, una comunicación individual en donde el autor expuso que había postulado a varios trabajos en el sector público pero que no había sido elegido para llenar los puestos pese a tener los antecedentes necesarios. El autor afirmó que le explicaron que durante el tiempo en que postuló, sólo se estaban adjudicando puestos de funcionario público a personas que fueron exoneradas por razones políticas por el anterior régimen militar. Siendo que este no era el caso del autor, argumentó ante el Comité que la medida era discriminatoria, pues se le denegaba el acceso al servicio público en términos de igualdad.

Ahora bien, el Estado Parte justificó la medida pues afirmaba que debía resarcir el daño hecho por el régimen anterior y que los exonerados políticos tenían el derecho de recobrar sus trabajos.

Al dictaminar, el Comité rechazó la petición, basándose en que el artículo 2.3 del Pacto exigía a los Estados Partes otorgar reparación a quienes habían visto violados sus

⁴⁶¹ CCPR/C/30/D/198/1985. Este caso no fue tratado en el Capítulo Primero de esta Segunda Parte, pero debe señalarse que el criterio de diferenciación (que no fue indicado por el autor) no sería opinión política sino la calidad de exonerado político. El autor nunca especificó cuáles eran sus opiniones políticas (que podían o no coincidir con aquellas de los exonerados) sino que se limitó a señalar que la razón por la cual no lo contrataron era que no había sido exonerado.

derechos y que la medida del Estado Uruguayo apuntaba justamente a eso. Por ende no podía ser considerada discriminatoria ni a la luz del artículo 2.1 ni el 26.

4. Medidas Especiales para Proteger la Cultura Francoparlante en Canadá

Anteriormente, en el punto 3.1 del Capítulo Primero de la Segunda Parte de este libro se analizaron los hechos que dieron lugar a las comunicaciones de *Ballantyne & Davidson, McIntyre y Singer* en contra de Canadá.⁴⁶² Escuetamente, los casos se referían a la prohibición de hacer publicidad en inglés dentro de Québec debido a la necesidad de preservar la cultura francoparlante ante la amenaza que constituía la influencia del inglés proveniente tanto del occidente canadiense como de Estados Unidos.

En cuanto a la discriminación, las tres comunicaciones fueron rechazadas por el Comité dado que la prohibición de usar el inglés no se aplicaba sólo a los autores sino a todos, cualquiera que fuera su idioma de origen. En lugar de una discriminación, lo que se encontró fue una violación al artículo 19 (libertad de expresión).

Podemos notar de estos dictámenes que aunque el Estado Parte argumentó que la legislación era necesaria como medida especial, el Comité omitió referirse a este punto en su resolución. La prohibición de usar el inglés en publicidad no fue declarada discriminatoria, y entonces se puede concluir, *contrariu sensu*, que el Comité no estimó que infringiera el principio de igualdad, con lo cual podría estar avalando la medida especial cuestionada. Sin embargo, por muy necesaria que pudiera ser la medida, no logró pasar la prueba de la necesidad en cuanto a la libertad de expresión. Lo único que se dejó en claro fue que las supuestas necesidades especiales de la cultura francoparlante no eran suficientes como para justificar una transgresión al derecho a la libre expresión.

5. Medidas Especiales para Eximir a Testigos de Jehová de Cualquier Tipo de Servicio Nacional

Ya en dos oportunidades anteriores en este trabajo se ha hecho referencia al dictamen de *Brinkhoff v. los Países Bajos*⁴⁶³ en donde el autor reclamó por la preferencia dada a los Testigos de Jehová a la hora de eximirlos de todo tipo de servicio nacional.

Hay que recordar que en el dictamen el Comité estimó que el autor no había subsidiado suficientemente su reclamo por discriminación pero, sin embargo, igualmente

⁴⁶² *Ballantyne & Davidson v. Canadá y McIntyre v. Canadá*, op. cit. nota 247, *Singer v. Canadá*, op. cit. nota 251.

⁴⁶³ Una vez al tratar la discriminación por religión (Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 4.4) y una vez al tratar la discriminación por opinión, específicamente de los objetores de conciencia (Segunda Parte, Capítulo Primero, punto 5.2). *Brinkhoff v. los Países Bajos*, op. cit. nota 288.

le sugirió al Estado Parte deshacerse de distinciones posiblemente discriminatorias a la hora de tratar el tema del servicio militar obligatorio.

Lo que se puede inferir de este caso es que no todo trato que favorece a un grupo de la sociedad cumple con los requisitos enumerados por Bayefsky para justificar el uso de medidas especiales:

1. Que el propósito de la medida sea asegurar el avance del grupo o persona para efectos de asegurar el igual disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales, o sea, el aceleramiento de la igualdad *de facto*.
2. Que la medida tenga carácter temporal.
3. Que la medida cese en cuanto se logre el objetivo que lo justificó.
4. Que la aplicación de la medida no resulte en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados⁴⁶⁴.

En *Brinkhoff* el Estado Parte argumentó que la medida era razonable y necesaria para no discriminar en contra de los Testigos de Jehová ni infringir sus derechos religiosos, ya que su fe les prohibía hacer el servicio militar y por el contrario debían estar disponibles a toda hora para servir a dicha fe.

Se puede ver aquí cómo en este caso la medida de favorecer a los Testigos de Jehová por sobre los demás objetores de conciencia no cumple con ninguna de las reglas expuestas por Bayefsky. Primero, no hay una desigualdad que requiera de la medida para alcanzar la igualdad de facto; los Testigos de Jehová gozan de los mismos derechos que todo otro grupo religioso/objedor de conciencia. Segundo, la medida no revestía el carácter de temporal, sino que era una norma permanente pues sus fundamentos no iban a variar. De la misma manera nunca iba a cesar su aplicación ya que la fe de los Testigos de Jehová siempre les iba a exigir lo mismo. Por último, la medida efectivamente creó estándares o derechos desiguales para con los demás objetores de conciencia.

Por lo tanto, por mucho que el Estado haya argumentado que la medida tenía por finalidad la protección de un grupo vulnerable, esto no basta para que sea considerada una medida especial justificada por parte del Comité. De ahí que aunque no se haya substanciado la comunicación del autor, el Comité igualmente recomendará al Estado Parte reformar su legislación para remover este tipo de tratamiento discriminatorio.

6. Medidas Especiales para Proteger el Derecho de Autodeterminación en Territorios Dependientes

En julio de 2002 el Comité se pronunció acerca de los reclamos de discriminación planteados en la comunicación *Gillot et al. v. Francia*⁴⁶⁵, un caso planteado de manera

⁴⁶⁴ Bayefsky, *op. cit.* nota 12, p. 27.

⁴⁶⁵ CCPR/C/75/D/932/2000.

bastante complicada. Lo medular del caso era la legislación dictada respecto del derecho al sufragio en la península de Nueva Caledonia. Al respecto, 21 autores reclamaron discriminación en razón de origen nacional debido a que la nueva ley, inserta en un proceso hacia la autodeterminación del territorio, los excluía en sus derechos a voto ya que, siendo provenientes de la Francia continental, no cumplían con el requisito de extensa residencia en las islas para poder sufragar.

El Estado Parte, al responder la acusación, hizo notar que la diferenciación no se basaba en el origen nacional de los autores sino en el tiempo de residencia que cada uno tenía en el lugar y por lo tanto no era discriminatorio. Sin embargo, agregó que:

“El Estado Parte añade que, incluso admitiendo, aunque sea por exigencias del razonamiento, que la definición de los cuerpos electorales equivale a establecer una discriminación positiva, ésta no sería contraria al artículo 25 del Pacto”⁴⁶⁶.

Esto, debido a que las elecciones estaban insertas dentro de un proceso de transición hacia la autodeterminación de las islas y por ende se privilegiaba a los que llevaban más tiempo viviendo en la zona y a los que planeaban pasar el mayor tiempo en el futuro en la zona.

El Comité hizo la observación de que para las próximas elecciones todos los autores, salvo una, cumplirían con el requisito de residencia y que:

“...dichas restricciones se limitan *ratione loci* exclusivamente a los escrutinios locales de autodeterminación y no tienen por consiguiente repercusión en la participación en las elecciones generales, tanto legislativas como presidenciales, europeas o municipales, así como en las consultas mediante referéndum.

“El Comité estima, por consiguiente, que los criterios de definición de los cuerpos electorales para las consultas de 1998 y las que se celebren a partir del año 2014 no son discriminatorios, sino que se basan en motivos objetivos de diferenciación, razonables y compatibles con las disposiciones del Pacto”⁴⁶⁷.

En definitiva, respecto de la razonabilidad de la diferenciación hecha por el Estado Parte, y en relación con las medidas especiales invocadas por el mismo para asegurar el proceso de autodeterminación, el Comité estableció que:

“Recordando el carácter no discriminatorio del criterio de la duración de residencia, el Comité estima que en este caso los umbrales fijados para las consultas de 1998 y para las que se celebren a partir de 2014 no son excesivos en la medida en que se inscriben en el

⁴⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 8.18.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, párrafos 13.17 y 13.18.

marco de la finalidad y de la índole de estos escrutinios, a saber, un proceso de autodeterminación que implica la participación de personas que justifiquen vínculos suficientes con el territorio cuyo porvenir está en juego. Se deduce, en efecto, que estos umbrales no resultan desproporcionados con relación a un proceso de descolonización que implique la participación de los residentes que, por encima de su filiación étnica o política, hayan contribuido y contribuyan a la edificación de Nueva Caledonia a través de sus vínculos suficientes con este territorio”⁴⁶⁸.

El Comité, por ende, decidió apoyar el proyecto de medidas a favor de los residentes más permanentes de Nueva Caledonia, a pesar de la diferenciación reclamada por los autores. Esto puede interpretarse como un apoyo a las medidas especiales tomadas por el Estado Parte en este caso.

7. Medidas Especiales para Asegurar el Acceso de Mujeres a Cargos Públicos

En julio de 2004 el Comité dictaminó en el caso *Jacobs v. Bélgica*⁴⁶⁹, el primer caso presentado en donde un hombre impugnó medidas especiales establecidas en favor de mujeres, específicamente cuotas para la elección de funcionarios públicos. El autor postuló a la elección de miembros del Consejo Superior de Justicia de Bélgica pero no fue electo, quedando en una lista de suplentes. Dentro de las varias quejas que presentó el autor al Comité, encontramos la afirmación que la cuota de al menos cuatro miembros de cada sexo constituía discriminación en su contra por su condición de hombre.

“Según el autor, la introducción de la condición de pertenencia a un sexo, a saber cuatro puestos reservados a las mujeres y cuatro puestos reservados a los hombres para el grupo de no magistrados de cada colegio, hace imposible la obligación de comparar las competencias de los candidatos al Consejo Superior de Justicia. El autor explica que el criterio del sexo implica que candidatos con mejores calificaciones quedan excluidos en beneficio de candidatos cuyo único mérito es pertenecer al otro sexo. A juicio del autor, en el caso en cuestión este criterio ha desfavorecido a los candidatos masculinos y en el futuro podría aplicarse en detrimento de las mujeres, por lo cual es discriminatorio”⁴⁷⁰.

Al responder sobre el fondo de la comunicación, el Estado sostuvo que la cuota impugnada era legítima pues constituía una medida especial:

⁴⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 14.7.

⁴⁶⁹ CCPR/C/81/D/943/2000.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 3.3.

“Desde el punto de vista de la norma de derecho, el Estado Parte explica que, en este caso particular, el objetivo que se persigue es garantizar un número suficiente de candidatas elegidos de ambos sexos. Añade que la presencia de mujeres en el Consejo Superior de Justicia corresponde a la voluntad del Parlamento de estimular el acceso equitativo de hombres y mujeres a mandatos públicos de conformidad con el artículo 11 *bis* de la Constitución. (...) Además, el Estado Parte sostiene que el hecho de haber previsto que 4 de los 11 candidatos, es decir, un poco más de un tercio de los candidatos, debían ser del otro sexo, no conduce a instaurar una limitación desproporcionada del derecho de los candidatos a acceder a un cargo público. Según el Estado Parte, esta norma, que tiende a asegurar una representación equilibrada de ambos sexos, es el único medio que permite alcanzar el fin legítimo perseguido y es también la menos restrictiva. (...) El Estado Parte estima que, en consecuencia, estas disposiciones encaminadas a garantizar la efectividad del principio de igualdad no derogan los principios que prohíben una discriminación por motivo de sexo⁴⁷¹”.

Al dictaminar, el Comité hizo referencia al párrafo 29 de su propia Observación General 28 que obliga a los Estados Partes del Pacto a “adoptar medidas eficaces y positivas, incluida las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos⁴⁷²”. Luego, hizo referencia a que “[e]n el presente caso, se trata de aumentar la representación y la participación de las mujeres en los diversos órganos asesores habida cuenta de la escasa presencia femenina⁴⁷³”. Por otro lado:

“[E]l Comité observa una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo del criterio, a saber la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de los órganos consultivos, el medio utilizado y las modalidades antes descritas, por una parte y, por otra, uno de los objetivos fundamentales de la ley, que es que el Consejo Superior esté integrado por personas competentes⁴⁷⁴”.

De este modo, el Comité estableció un hito importante en materia de medidas especiales al avalar la aplicación por parte del Estado de cuotas por sexo en la elección de cargos públicos. Como hemos visto, el sistema de cuotas es sin duda la forma más polémica que tiene el Estado de cumplir con su obligación de asegurar el goce sin discriminación de los derechos humanos, por lo que este dictamen constituye un mensaje poderoso

⁴⁷¹ *Ibidem*, párrafos 6.2, 6.4 y 6.5.

⁴⁷² Observación General 28, *op. cit.* nota 195, párrafo 29.

⁴⁷³ *Jacobs v. Bélgica*, *op. cit.* nota 469, párrafo 9.4.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 9.5.

a los detractores de dicho sistema. Cabe señalar que este dictamen no afirma que los Estados se encuentran en la obligación de establecer cuotas sino que deja en claro la obligación del Estado de asegurar que las mujeres se encuentren en condiciones de participar de la vida pública, aplicando, si es necesario, medidas especiales. Siendo que las cuotas son una forma de medida especial pero no la única, parece claro que el Comité está dejando al arbitrio del Estado determinar el mecanismo a ocupar para el logro del propósito mencionado, siempre que tal mecanismo no constituye discriminación⁴⁷⁵. De este modo, determinó que, en este caso, la cuota por sexo era una medida especial válida cuya adopción por el Estado constituía la justificación objetiva y razonable que calificaba lo reclamado por *Jacobs* como una distinción legítima, aun cuando el trato impugnado se fundamentaba en una categoría sospechosa.

8. Conclusiones

Del pequeño número de casos expuestos se puede concluir que, a pesar del fuerte respaldo dado por el Comité a las medidas especiales en su Observación General N°18, hasta 2005 fue difícil encontrar un caso en donde se avalaran específicamente estas medidas.

Hasta 2005, la jurisprudencia más fuerte al respecto fue *Stalla Costa*, con un apoyo relativamente explícito en *Gillot et al.* Sin embargo, a partir de *Jacobs* encontramos que el Comité dio su apoyo explícito a la medida especial más polémica: la cuota. Aunque avalar la cuota impugnada no significa que el Pacto requiere cuotas, sí significa que el mecanismo de cuotas no contraviene *per se* el Pacto, dejando al arbitrio del Estado su utilización (cumpliendo con los requisitos pertinentes) como forma de remediar la desigualdad arraigada en nuestras sociedades.

Aun reconociendo la gran importancia de los dictámenes comentados en esta sección, sería de más utilidad aún para el progreso de los grupos marginados que, en comunicaciones individuales que no se refieren específicamente a medidas especiales pero en donde los hechos descritos demostraren una falta de igualdad de hecho arraigada en las sociedades respectivas, el Comité sugiriera la adopción de medidas especiales en el remedio postulado luego de un dictamen contra el Estado. Sin desconocer que un dictamen del Comité se refiere sólo al caso específico y sólo a las víctimas identificadas como tales, no estimo que la sugerencia de la adopción de medidas especiales para evitar la repetición de los hechos caería fuera de su ámbito de competencia. Al contrario, sería una manera eficaz de difundir el apoyo del Comité a las medidas especiales y a su vez para que los que estudian la jurisprudencia del Comité pudieran ver cómo se aplican estas medidas a casos concretos de discriminación, aterrizando de esta manera un concepto doctrinario en hechos específicos.

⁴⁷⁵ En este sentido, véase la Opinión Individual Concurrante de la Sra. Wedgwood en donde afirma que este dictamen no significa que la prohibición de cuotas existentes en algunos países sea contraria al Pacto.

Tercera Parte

Conclusiones y Observaciones Finales

A. El Concepto de Discriminación

Del estudio jurisprudencial anterior podemos concluir que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha adherido al concepto tradicional de discriminación; vale decir, el concepto parecido/diferencia, y se ha mantenido en esta línea durante sus treinta años de funcionamiento.

Pioneros en este sentido fueron los ya conocidos dictámenes de *Broeks y Zwaan de Vries*, que fueron los primeros en detallar los elementos de la doctrina de no discriminación que adoptaría el Comité, a saber:

- El derecho de la igualdad ante la ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato.
- Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el artículo 26⁴⁷⁶.

El trabajo del Comité frente a comunicaciones individuales, entonces, ha consistido en un proceso doble: primero, establecer si es que efectivamente hay dos personas en situaciones comparables que han sido tratadas de forma diferente; luego, determinar si es que esa diferencia obedece a criterios objetivos y razonables.

En caso de que la respuesta a la primera interrogante sea positiva y la segunda sea negativa, nos encontramos frente a una discriminación.

Fue a partir de estos dos procesos básicos que el Comité llegó a su propia definición de discriminación, contenida en el párrafo 7 de su Observación General N°18 sobre la No Discriminación, que establece que:

“...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”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ *Broeks v. los Países Bajos y Zwaan de Vries v. los Países Bajos*, op. cit. nota 173, párrafo 13 común.

⁴⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, op. cit. nota 15, párrafo 7.

Sin embargo, a este esquema simple faltaría agregar un último requisito, que es que el trato supuestamente discriminatorio no se funde en la necesidad de medidas especiales de protección, definidas por el mismo Comité como:

“...disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. (...) Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”⁴⁷⁸.

De esta manera, tenemos la definición de discriminación a la que se ha apegado estrictamente el Comité desde *Broeks* hasta el día de hoy.

B. El Carácter Abierto del Artículo 26

El examen de jurisprudencia que precede, ha demostrado que la cláusula abierta de “otra condición social” ha sido invocada por personas que afirman haber sido objeto de discriminación por causales tan variadas como nacionalidad, estado civil, edad, parentesco, calidad de dependiente, profesión, delitos imputados y discapacidad.

A este respecto es importante recordar aquí *Gueye*, en donde el Comité afirmó que la nacionalidad era un criterio de diferenciación prohibido que estaba comprendido en “otra condición social”; así como *Toonen*, en donde el Comité dejó en claro que la orientación sexual de una persona no estaba incluida en dicha cláusula abierta sino dentro de “sexo”.

Lo anterior es de suma importancia si consideramos que la mayoría de las comunicaciones presentadas por discriminación en razón de sexo y declaradas admisibles han terminado en dictámenes a favor de los autores; mientras que de las comunicaciones presentadas por discriminación por razones de “otra condición social”, sólo fueron acogidas algunas referentes a la nacionalidad del autor y algunas referentes a la calidad de delitos imputados.

Se ha demostrado entonces, en la jurisprudencia del Comité, el gran peso de las llamadas categorías sospechosas de diferenciación. Recordemos que éstas implican una mayor carga de la prueba para el Estado en cuanto a demostrar su objetividad y razonabilidad.

Bayefsky había originalmente nombrado como sospechosos a la raza, el sexo y la religión⁴⁷⁹; sin embargo, en 2002 en el contexto del dictamen de la comunicación *Müller*

⁴⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 10.

⁴⁷⁹ Bayefsky, *op. cit.* nota 12, pp. 18 a 24.

y *Engelhard v. Namibia*, el Comité por fin se refirió específicamente a este tema al afirmar que todos los criterios explícitamente mencionados en el artículo 26 eran criterios sospechosos⁴⁸⁰.

La consecuencia de lo dicho tiene que ver con el *onus probandi* en casos de discriminación. De lo dicho por el Comité en *Müller y Engelhard* queda claro que el Estado está obligado a una mayor carga probatoria si la diferenciación invocada por el autor resulta ser sospechosa. Por otro lado, de la práctica del Comité con respecto a las comunicaciones presentadas bajo “otra condición social” se puede deducir que es muy difícil lograr un dictamen contrario al Estado Parte. La mayoría de estas comunicaciones son desestimadas por falta de substanciación o porque las diferenciaciones han sido objetivas y razonables.

Eso dicho, no se puede desestimar la enorme importancia de la cláusula abierta, especialmente dado el avance de la práctica de los Estados respecto de la discriminación. Con esto quiero decir que la mayoría de los Estados partes están ubicados en alguna parte del largo proceso de la conformación de su legislación interna a las exigencias de los artículos 2.1 y 26. Así, hay cada vez menos reclamos por discriminaciones por sexo o raza por ejemplo, y cada vez más por causales comprendidas dentro de “otra condición social”.

La cláusula abierta es lo que mantiene a este artículo vivo en el tiempo, lo que le permite seguir al servicio de las personas aun cuando cambian con el tiempo las formas de vivir, y las formas de discriminar. Así como hoy nos sirve para protegernos de discriminación por causales que los redactores del Pacto no imaginaron plausibles, la cláusula abierta es la puerta hacia la no discriminación en el futuro por criterios de discriminación que hoy nos cuesta imaginar.

C. La Autonomía del Artículo 26

La otra gran virtud del artículo 26 que ha estado presente a través de la jurisprudencia, es su autonomía respecto de los derechos civiles y políticos reconocidos en el Pacto; su uso como herramienta para ampliar el espectro de los derechos humanos reconocidos a las personas humanas a través de la igualdad ante la ley.

Esta característica viene también desde los famosos dictámenes en *Broeks y Zwaan de Vries* en donde el Comité estableció que:

“... el artículo 26 no se limita a repetir las garantías establecidas en el artículo 2. Se deriva del principio de la protección igual de la ley, sin discriminación, contenido en el artículo 7 de la Declaración Uni-

⁴⁸⁰ *Müller y Engelhard v. Namibia*, op. cit. nota 207. El párrafo 6.7 de este dictamen establece que: “todo trato distinto que se base en los motivos enumerados en la segunda frase del artículo 26 del Pacto impone al Estado Parte la carga onerosa de explicar el motivo de la diferenciación.”

versal de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación en derecho o en la práctica en cualquiera de las esferas reglamentadas y protegidas por autoridades públicas. El artículo 26 se refiere pues a las obligaciones impuestas a los Estados con respecto a su legislación y a la aplicación de la misma.

“Aunque el artículo 26 exige que la ley prohíba la discriminación, dicho artículo no concierne en sí mismo ninguna obligación con respecto a las cuestiones que puede regular la ley. Así, no exige, por ejemplo, a ningún Estado que promulgue una ley estableciendo la seguridad social. Sin embargo, una vez que esta ley haya sido aprobada en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, deberá ajustarse al artículo 26”⁴⁸¹.

No es arriesgado decir que la mayor utilidad del artículo 26 ha sido y será dentro de la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto ya se ha comprobado respecto de la seguridad social, pero aún falta que las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados Partes invoquen el artículo 26 en defensa de la igualdad en materia del derecho a la salud, a la educación, al trabajo y a todos los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Tengo la profunda convicción de que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es una de las grandes herramientas a través de las cuales se logrará la reunificación de las distintas “categorías” de derechos humanos. Esto lo digo con la confianza en que el Comité seguirá con su jurisprudencia en este sentido y reconociendo la gran autoridad que inspiran sus dictámenes tanto en los Estados partes de buena fe como en los grupos de estudiosos y defensores de los derechos humanos.

D. El Futuro de la Jurisprudencia Respecto del Artículo 26 en el Comité

A través de los veintiocho años de jurisprudencia estudiados para escribir este libro, se ha podido apreciar cómo los hechos en que se basan las comunicaciones han pasado de constituir casos de solución relativamente simple hasta constituir casos altamente complejos, detallados y difíciles de dictaminar.

Esto debido a que una vez asentadas las grandes bases sobre las que descansa el principio de no discriminación, se han tenido que ir refinando los detalles respecto de estos principios. Asimismo, con la lenta reforma hecha por los Estados Partes en respuesta a la jurisprudencia dictada con relación a la discriminación, las comunicaciones se han

⁴⁸¹ *Broeks v. los Países Bajos y Zwaan de Vries v. los Países Bajos*, op. cit. nota 173, párrafos 12.3 y 12.4 común. Esta característica fue recalcada en el párrafo 12 del Observación General N°18 del Comité, op. cit. nota 15.

puesto más complejas así como las causales de diferenciación se han ido diversificando, utilizándose cada vez más la cláusula abierta “otra condición social”.

Los dictámenes del Comité tienden a llegar unos tres o cuatro años después de las comunicaciones, por lo que creo que las resoluciones del Comité relativas a la discriminación que se verán a corto plazo, tendrán que ver con temas de actualidad como los derechos de las minorías sexuales, la censura en Internet y los abusos sufridos por ciertos grupos a raíz de las respuestas estatales frente al terrorismo internacional.

Más a largo plazo, preveo un problema serio con las distinciones que se harán en todo ámbito entre seres humanos basadas en su código genético. La manipulación genética de seres humanos y la clonación de los mismos parece ser un proceso infrenable, y tarde o temprano el Comité será llamado a dictaminar acerca de si los beneficios otorgados a personas debido a las características de su ADN son objetivos y razonables, o no.

En este momento es difícil predecir tanto los casos que se presentarán como los dictámenes del Comité. Sin embargo, reconociendo que el Comité históricamente ha sido y sigue siendo una de las instancias de protección de derechos humanos más respetadas en el ámbito internacional, confío en que no habrá mayor problema en la adaptación del concepto de no discriminación a las eventualidades que depara el futuro.

Específicamente respecto del artículo 26, esta labor será facilitada por su carácter abierto y autónomo. Vendrán nuevos criterios de diferenciación y nuevos derechos que defender, pero mientras se mantenga el principio de igualdad entre los seres humanos del planeta, el artículo 26 seguirá siendo una herramienta sólida en la lucha por erradicar la discriminación de todo tipo y en todo lugar.

Anexo I

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49

Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

Parte I

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Parte II

Artículo 2

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

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Parte III

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Geno-

cidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo:
 - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
 - ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2.
 - a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
 - b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y 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. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restric-

ciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Artículo 26

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 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Parte IV

Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.
2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.
3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

Artículo 29

1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.
2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.
3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

Artículo 30

1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.
2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.
4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes en el presente Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, quedarán elegidos miembros del Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

Artículo 31

1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.
2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Artículo 32

1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.
2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

Artículo 33

1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la de ausencia temporal, el Presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.
2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

Artículo 34

1. Si se declara una vacante de conformidad con el artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales, para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 29.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.
3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 33 ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme a lo dispuesto en este artículo.

Artículo 35

Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 36

El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

Artículo 37

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.
2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.
3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Artículo 38

Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 39

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.
2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:
 - a) Doce miembros constituirán el quórum;
 - b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Artículo 40

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

- a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;
 - b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.
2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.
 3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.
 4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.
 5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.

Artículo 41

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:
 - a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.
 - b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados

tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.

c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.

f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:

ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe a los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 42

1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto.
b) La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si, transcurridos tres meses, los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.
2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41.
3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento.
4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.
5. La secretaría prevista en el artículo 36 prestará también servicios a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.
6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.
7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:
 - a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto dentro de los doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto;
 - b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

- c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados;
- d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al Presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.
8. Las disposiciones de este artículo no afectan a las funciones del Comité previstas en el artículo 41.
 9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.
 10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme al párrafo 9 del presente artículo.

Artículo 43

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 44

Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

Artículo 45

El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

Parte V

Artículo 46

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 47

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Parte VI

Artículo 48

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 49

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 50

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 51

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 52

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 48;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 51.

Artículo 53

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 48.

Anexo II

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966

Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9

Los Estados Partes en el siguiente Protocolo,

Considerando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de Derechos Humanos establecido en la parte IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Artículo 2

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

Artículo 3

El Comité considerará inadmisibles toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

Artículo 4

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo en conocimiento del Estado Parte del que se afirme que se ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.
2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

Artículo 5

1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.
2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:
 - a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
 - b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.
3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.
4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo.

Artículo 6

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 45 del Pacto un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

Artículo 7

En tanto no se logren los objetivos de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, las disposiciones del presente Protocolo no limitarán de manera alguna el derecho de petición concedido a esos pueblos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos y convenciones internacionales que se hayan concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados.

Artículo 8

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto.

2. El presente Protocolo está sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Protocolo, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 9

1. A reserva de la entrada en vigor del Pacto, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 10

Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 11

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Protocolo, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

Artículo 12

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

Artículo 13

Independientemente de las notificaciones formuladas conforme al párrafo 5 del artículo 8 del presente Protocolo, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 48 del Pacto:

- a) Las firmas, ratificaciones, y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 8;
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en el artículo 9, la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 11;
- c) Las denuncias recibidas en virtud del artículo 12.

Artículo 14

1. El presente Protocolo, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el Artículo 48 del Pacto.

Anexo III

Cuadro Resumen de Comunicaciones Individuales que
Contienen Supuestas Violaciones al Artículo 26
del Pacto Internacional de Derechos Civiles
y Políticos, por Fecha de Resolución

Cuadro Resumen de Comunicaciones que Contienen Supuestas Violaciones al Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por Fecha de Resolución¹

Fecha de Resolución ²	Número de la Comunicación	Partes ³	Materia de la Supuesta Discriminación ⁴	Admisibilidad Respecto de la Supuesta Discriminación	Resolución Respecto de la Supuesta Discriminación	Observaciones ⁵
1 25/07/1977	013/1977	C.E. v. Canadá	Negativa del Estado a pagar gastos médicos e indemnizaciones por accidentes del trabajo sufridos por el autor.	Inadmisible - ratióne temporis.		
2 18/07/1978	017/1977	Z.Z. v. Canadá	Supuesta parcialidad de tribunal que resolvió sobre una demanda civil en contra del autor.	Inadmisible - falta de substanciación.		
3 28/07/1978	026/1978	N.S. v. Canadá	Raza y Religión. Despido de un profesor de escuela pública supuestamente en razón de su raza y religión.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		
4 14/08/1979	053/1979	K.B. v. Noruega	Resolución judicial que niega a la autora la facultad de disponer de su propiedad.	Inadmisible - falta de substanciación.		

¹ Incluye toda comunicación que alega una violación del art.26 o que el Comité consideró como referido al art.26, desde julio de 1977 hasta noviembre de 2005.

² Fecha en que el Comité se reunió para resolver.

³ Iniciales generalmente indican comunicaciones inadmisibles.

⁴ En los términos expuestos por el autor de la comunicación. Negritillas corresponden a causales explicitadas en el art.26, cuando el autor o el Comité alude a ellas.

⁵ Cuando se hace referencia a opiniones individuales, éstas son sólo las referentes a la supuesta discriminación y no incluyen otras materias discutidas.

5	26/03/1980	059/1979	K.L. v. Dinamarca	Religión, Origen nacional y étnico. Entre otras denuncias, el autor afirma ser objeto de una conspiración del Estado para declararlo mentalmente perturbado.	Inadmisible - falta de substanciación.	
6	31/07/1980	072/1980	K.L. v. Dinamarca	Supuesta mala evaluación del ingreso tributable del autor.	Inadmisible - abuso del derecho de petición.	
7	29/10/1980	028/1978	Weinberger v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido, prohibición de participar en asuntos políticos por quince años.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 7, 9, 10, 14, 15, 19 y 25, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.
8	31/03/1981	032/1978	Touron v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido e irregularidades en su juicio.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 9 y 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.
9	31/03/1981	068/1980	A.S. v. Canadá	Negativa de permiso para entrar al país.	Inadmisible - incompatible con las disposiciones del Pacto.	

10	09/04/1981	035/1978	Aumeeruddy- Cziffra v. Mauricio	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres para efectos de leyes de inmigración y deportación.	Admisible.	Violación del art. 26. Discriminación basada en razones de sexo.	
	28/07/1981	Observación General N°4		Observación General Referente a la Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres.			
11	30/07/1981	024/1977	Lovell v. Canadá	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres que implica la pérdida de la calidad de indígena a mujer casada con un hombre no indígena.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 27, El comité considera innecesario referirse al art. 26.	Opinión individual de Sr. Néjib Bouziri (parcialmente disidente – afirma que hay una violación del art. 26).
12	29/03/1982	030/1978	Bleier v. Uruguay	Opinión política y religión. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido, supuestamente agravado por el hecho de ser judío.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 7, 9 y 10, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26	
13	23/07/1982	121/1982	A.M. v. Finlandia	Origen Nacional. Decisión del Estado de deportar a extranjero residente luego de que cumpla condena.	Inadmisible - reserva del Estado ⁶ .		

⁶ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

14	31/03/1983	080/1980	Vasilskis v. Uruguay	Opinión política. Peor tratamiento recibido por presos políticos que por presos comunes, incluyendo tortura.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 9 y 10 y 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.
15	06/04/1983	129/1982	I.M. v. Noruega	Raza. Falta del Estado a proporcionar asistencia al autor para efectos de llenar los formularios de declaración de impuestos, llevó a que pagara más impuestos que nacionales que sí recibieron facilidades.	Inadmisible - falta de substanciación.	
16	21/07/1983	043/1979	Drescher v. Uruguay	Opinión política. Detención de sindicalista por fuerzas del régimen militar y posteriores irregularidades en su juicio.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 9 y 10 y 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.
17	21/07/1983	105/1981	Estradet v. Uruguay	Opinión política. Peor tratamiento recibido por presos políticos que por presos comunes, incluyendo tortura.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 10, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.

18	25/07/1983	092/1981	Almiranti v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	
19	04/11/1983	103/1981	Oxandabarat v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.	
20	29/03/1984	110/1981	Viana v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositor al régimen militar mientras detenido.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 7 y 10 y 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26	
21	30/03/1984	094/1981	L.S.N. v. Canadá	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres que implica la pérdida de la calidad de indígena a mujer casada con un hombre no indígena.	Admisible.	-	La autora retiró la comunicación luego de la derogación de la legislación respectiva.
22	06/04/1984	123/1982	Manera v. Uruguay	Opinión política. Peor tratamiento recibido por presos políticos que por presos comunes, incluyendo tortura.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 10 y 14, el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.	

23	10/04/1984	163/1984	C. v. Italia	Modificación por parte del Estado de legislación que imponía medidas especiales en cuanto a la obligación de contratar a personas con discapacidad.	Inadmisibles - víctimas no fueron debidamente individualizadas.		
24	26/03/1985	178/1984	J.D.B. v. Los Países Bajos	Exigencia de licencia para trabajar como técnico reparador de televisores.	Inadmisibles - falta de substanciación.		
25	26/03/1985	183/1984	D.F. v. Suecia	Negativa del Estado a perseguir criminalmente a los responsables de una caricatura supuestamente racista que apareció en un diario de la capital.	Inadmisibles - pendiente ante otro procedimiento internacional, falta de personalidad.		
26	12/04/1985	187/1985	J.H. v. Canadá	Idioma. Programas de promoción del servicio en las fuerzas armadas dirigidos a la población francoparlante serían discriminatorios contra angloparlantes.	Inadmisibles - víctimas no fueron debidamente individualizadas.		
27	17/07/1985	168/1984	V.O. v. Noruega	Sexo. Resolución judicial que otorga la custodia de la hija del autor a su ex-conyuge y la posterior supuesta denegación de justicia frente al incumplimiento del régimen de visitas.	Inadmisibles - reserva del Estado ⁷ .		

⁷ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

28	25/10/1985	170/1984	E.H. v. Finlandia	Raza. Mujer de minoría étnica fue condenada a cumplir una pena más gravosa que una mujer finlandesa condenada por un delito similar.	Inadmisible - falta de substanciación.		
29	01/11/1985	147/1983	Arzuada Gilboa v. Uruguay	Opinión política. Trato inhumano recibido por opositora al régimen militar mientras detenida.	Inadmisible - falta de substanciación.		
30	26/03/1986	157/1983	Mpaka-Nsusu v. La República Democrática del Congo	Opinión política. Detención y relegación del autor en razón de su postulación a la presidencia de la república.	Admisible.	Al encontrar una violación de los arts. 9, 12, 19 y 25 el Comité evitó pronunciarse sobre la supuesta violación del art. 26.	
31	08/04/1986	112/1981	Y.L. v. Canadá	Dada de baja del autor en razón de una supuesta discapacidad mental y la posterior negativa ante la petición de acceso a su expediente médico.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		Opinión individual de Sres. Graefrath, Pocar y Tomuschat (concurrente).
32	10/04/1986	184/1984	H.S. v. Francia	Privación de la nacionalidad del autor y la demora en el proceso judicial al respecto.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		
	22/07/1986	Observación General N°15	Observación General Respecto a Derechos de Extranjeros.				

33	24/07/1987	192/1985	S.H.B. v. Canadá	<p>Raza y Sexo. Fallo judicial que otorgó custodia del hijo del autor, junto con una elevada pensión alimenticia, a su ex-cónyuge, supuestamente porque el autor es un hombre de origen extranjero y su ex cónyuge es una mujer canadiense.</p> <p>Origen nacional. Despido masivo de trabajadores extranjeros, avalado por el respectivo órgano estatal.</p> <p>Origen nacional. Preferencia a favor de ciudadanos de la República Federal de Alemania en los criterios de contratación de una organización internacional.</p> <p>Sexo y Estado Civil. Distinción entre hombres y mujeres casados para efectos de ser calificado como "sostén de familia" y de recibir prestaciones de seguridad social.</p>	<p>Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.</p> <p>Inadmisibles - no agotamiento de los recursos internos.</p> <p>Inadmisibles - falta de jurisdicción.</p> <p>Admisibles.</p>	<p>Violación del art. 26. Discriminación basada en razones de sexo.</p>
34	25/03/1987	209/1986	F.G.G. v. Los Países Bajos			
35	08/04/1987	217/1986	H. v.d. P. v. Los Países Bajos			
36	09/04/1987	172/1984	S.W.M. Broeks v. Los Países Bajos			

37	09/04/1987	180/1984	L.G. Danning v. Los Países Bajos	Estado Civil. Menor monto de prestaciones de discapacidad pagados a un beneficiario que vive en relación a otros casados.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Criterios de diferenciación objetivos y razonables.
38	09/04/1987	182/1984	F.H. Zwaan de Vries v. Los Países Bajos	Sexo y Estado Civil. Discriminación entre hombres y mujeres casados para efectos de ser calificado como "sostén de familia" y de recibir prestaciones de seguridad social.	Admisible.	Violación del art.26. Discriminación basada en razones de sexo.
39	09/07/1987	198/1985	R.D. Stalla Costa v. Uruguay	Imposibilidad de acceder a un trabajo en el servicio público en razón de medidas especiales aplicables a otros.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Falta de substanciación.
40	02/11/1987	176/1984	Penarrieta et al v. Bolivia	Peor trato a prisioneros políticos en relación a presos comunes.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Pruebas insuficientes.
41	05/11/1987	243/1987	S.R. v. Francia	Idioma. Supuesto trato peyorativo de profesor de Bretón en cuanto a las posibilidades de avanzar en su carrera profesional.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
42	05/11/1987	245/1987	R.T.Z. v. Los Países Bajos	Diferencia entre civiles y conscriptos en reglas del debido proceso.	Inadmisible - no se ha invocado un criterio prohibido en el art. 26.	

43	24/03/1988	212/1986	P.P.C. v. Los Países Bajos	Diferenciación en el resultado de la aplicación de leyes de seguridad social.	Inadmisible - la ley impugnada es aplicada uniformemente.	
44	24/03/1988	267/1987	M.J.G. v. Los Países Bajos	Otra Condición Social. Diferencia entre civiles y conscriptos en reglas del debido proceso.	Inadmisible - los hechos no pueden ser incluidos en el art. 26.	
45	04/04/1988	191/1985	Blom v. Suecia	Religión, Opiniones Políticas o de otra índole. Negativa del Estado a proporcionar al autor asistencia económica a estudiante de escuela privada durante el tiempo en que la escuela no fue supervisada por el Estado.	Admisible.	No hay violación del art. 26.
46	11/07/1988	224/1987	A. y S.N. v. Noruega	Religión. Obligatoriedad de la enseñanza de valores cristianos en jardines infantiles estatales.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
47	18/07/1988	228/1997	C.L.D. v. Francia	Idioma. Negativa de la empresa de correo a proporcionar cartas del autor por estar las direcciones escritas en Bretón.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
48	18/07/1988	236/1987	V.M.R.B. v. Canadá	Origen nacional. Negativa del Estado a reconocer la calidad de refugiado al autor implicaría que los extranjeros gozan de menores derechos que los nacionales.	Inadmisible - falta de substanciación.	

49	25/10/1988	324/1988 & 325/1988	J.B. v. Francia & H.K. v. Francia	Idioma. Tribunal negó a los autores el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que eran capaces de hacerlo en francés.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.	
50	28/10/1988	202/1986	Ato del Avellanal v. Perú	Sexo. Imposibilidad de una mujer casada para representar intereses propios en juicio.	Admisible.	Violación del art. 26 basada en razones de sexo.
51	04/11/1988	203/1986	Muñoz v. Perú	Supuesta denegación de justicia a policía dado de baja por causales injustificadas.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 14, el Comité evitó pronunciar-se sobre la supuesta violación del art. 26.
52	07/11/1988	164/1984	Croes v. Los Países Bajos	Opinión política. Supuesta persecución política y denegación de justicia a líder político del movimiento para la independencia de Aruba.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.	
53	29/03/1989	218/1986	H.S. Vos v. Los Países Bajos	Sexo. Diferenciación entre hombres y mujeres para efectos de determinación de aplicabilidad de distintos sistemas de seguridad social.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Criterios de diferenciación objetivos y razonables.

54	30/03/1989	262/1987	R.T. v. Francia	Idioma. Supuesto trato peyorativo de profesor de Bretón en cuanto a las posibilidades de avanzar en su carrera profesional.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
55	30/03/1989	273/1988	B.d.B. et al. v. Los Países Bajos	Falta de aplicación de una ley de seguridad social gravosa a ciertos terceros.	Inadmisible - no se ha invocado un criterio prohibido en el art. 26. Falta de competencia para examinar errores en la aplicación de leyes.	
56	03/04/1989	196/1985	Gueye et al. v. Francia	Raza. Menor monto de pensiones recibidos por soldados de origen senegalés en comparación con soldados franceses.	Admisible.	Violación del art.26 basada en razones de "otra condición social" (nacionalidad).
57	07/04/1989	342/1988	R.L. v. Canadá	Supuesto trato preferencial de la contraparte en juicio de quiebra contra el autor.	Inadmisible - falta de substanciación, no agotamiento de recursos internos.	
58	28/07/1989	207/1986	Moraël v. Francia	Fallo judicial encontró que el autor, gerente general de una empresa, era responsable de la quiebra de la empresa.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Falta de substanciación.

	11/09/1989	Observación General N°18		Observación General Referente a la No Discriminación.			
59	30/10/1989	297/1988	H.A.E.d.J. v. Los Países Bajos	Otra condición social. Consideración de objeto de conciencia como un conscripto y no como civil para efectos de pagos de seguridad social.	Inadmisible. No hay diferenciación de trato.		
60	08/11/1989	220/1987	T.K. v. Francia	Idioma. Tribunal negó al autor el derecho a hacer presentaciones en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		
61	08/11/1989	222/1987	M.K. v. Francia	Idioma y origen nacional. Tribunal negó al autor el derecho a hacer presentaciones ni a presentar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		
62	09/11/1989	208/1986	Singh Bhinder v. Canadá	Religión. Despido del autor (un Sikh) por su negativa a usar casco debido a que usaba turbante.	Admisible.	No hay violación del art. 26. Criterios de diferenciación objetivos y razonables.	

63	30/03/1990	379/1989	C.W. v. Finlandia	Supuesta persecución de ciudadano que intentaba desmentar una sociedad secreta.	Inadmisible - falta de substanciación, abuso del derecho de petición, no agotamiento de recursos internos.		
64	12/07/1990	195/1985	Delgado Páez v. Colombia	Religión. Persecución de un profesor debido a sus creencias religiosas.	Admisible.	No hay violación del art. 26.	
65	25/07/1990	219/1986	Guesdon v. Francia	Idioma. Tribunal negó al autor el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	
66	25/07/1990	295/1988	Jarvinen v. Finlandia	Opinión. Duración del servicio civil para objetores de conciencia es el doble del servicio militar.	Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.	Opinión individual de Sres. Aguilar Urbina y Pocar (disidente). Opinión individual de Sr. Wennergren (disidente).
67	25/07/1990	306/1988	J.G. v. Los Países Bajos	Negativa del Estado a pagar al autor prestaciones de discapacidad debido a su edad.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		

68	25/07/1990	318/1988	E.P. et al. v. Colombia	Persecución y denegación de justicia a habitantes angloparlantes y protectores de archipiélago colombiano.	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.		
69	31/10/1990	354/1989	L.G. v. Mauricio	Supuesta trampa policial que llevó a la condena del autor y a su exclusión del colegio de abogados.	Inadmisibles - falta de substanciación.		
70	02/11/1990	409/1990	E.M.E.H. v. Francia	Decisión del Estado de Argelia a discontinuar los pagos de la pensión del autor si éste establecía residencia fuera de Argelia.	Inadmisibles - falta de legitimación pasiva.		
71	06/11/1990	419/1990	O.J. v. Finlandia	Supuestas irregularidades en la expropiación de terreno de propiedad de la autora.	Inadmisibles - falta de substanciación.		
72	09/11/1990	298/1988 299/1988	Lindgren et al v. Suecia & Lundquist v. Suecia	Otra condición social. Negativa del Estado a dar ayuda financiera a ciertas escuelas privadas.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, no se probó a cabalidad la incompatibilidad de la distinción con el art. 26.	
73	11/04/1991	221/1987 323/1988	Cadoret v. Francia & Le Bihan v. Francia	Idioma. Tribunal negó a los autores el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	

74	11/04/1991	327/1988	Barzhig v. Francia	Idioma. Tribunal negó al autor el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.
75	01/11/1991	347/1988	S.G. v. Francia	Idioma. Condena del autor, un Bretón, por destruir señales de tránsito escritas en francés.	Inadmisible - falta de substanciación.	
76	01/11/1991	348/1989	G.B. v. Francia	Idioma. Tribunal negó al autor el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Inadmisible - falta de substanciación.	
77	05/11/1991	358/1989	R.L. et al. v. Canadá	Raza. Supuestos perjuicios irrogados a miembros de una comunidad indígena, debido a la mayor cantidad de personas que gozan de la calidad de indígena a la luz de la legislación dictada por el Estado para cumplir con la resolución del Comité en el caso Lovelace v. Canadá (024/1977).	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
78	08/11/1991	439/1990	C.L.D. v. Francia	Idioma. Tribunal negó al autor el derecho a prestar declaración en Bretón siendo que era capaz de hacerlo en francés.	Inadmisible - falta de substanciación.	

79	08/11/1991	463/1991	D.B.-B. v. La República Democrática del Congo	Opinión política y origen étnico. Persecución de estudiante opositor al régimen gubernamental.	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.		
80	26/03/1992	415/1990	Pauger v. Austria	Sexo. Distinción entre viudos y viudas para efectos de pagos de seguridad social.	Admisible.	Violación de art. 26 basada en razones de sexo.	Opinión individual del Sr. Ando (concurrente).
81	31/03/1992	395/1990	Sprenger v. Los Países Bajos	Otra Condición Social. Distinción entre parejas matrimoniales y no matrimoniales para efectos de pagos de seguridad social.	Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.	Opinión individual de Sres. Ando, Herndl y Ndiaye (concurrente).
82	06/04/1992	363/1989	R.L.M. v. Francia	Idioma. Supuesto trato peyorativo de profesor de Bretón en cuanto a las posibilidades de avanzar en su carrera profesional.	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.		
83	22/07/1992	397/1990	P.S. v. Dinamarca	Religión. Restricciones impuestas en juicio sobre la custodia de un niño relativas a la abstención de su padre a exponerlo a cualquier expresión de su religión (Testigo de Jehová).	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.		

84	28/07/1992	405/1990	M.R. v. Jamaica	Negativa de las autoridades a pronunciarse sobre la solicitud de libertad condicional del autor, siendo que a presos condenados con posterioridad les fue concedida.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.		
85	29/07/1992	486/1992	K.C. v. Canadá	Raza. Extradición del autor a Estados Unidos donde enfrentaba cargos de asesinato y la probabilidad de ser condenado a la pena de muerte. Se afirmó que en EEUU los procesos capitales son discriminatorios en razón de raza.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.		
86	22/10/1992	427/1990	H.H. v. Austria	Persecución del autor debido al abuso de poder del alcalde de su lugar de residencia.	Inadmisibile - falta de substanciación.		
87	23/10/1992	420/1990	G.T. v. Canadá	Religión. Tratamiento distinto de un profesor no católico en comparación con profesores católicos en una escuela católica.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.		

88	23/10/1992	406/1990 426/1990	Oulajin v. Los Países Bajos & Kaiss v. Los Países Bajos	a) Otra condición social. Tratamiento distinto entre hijos propios e hijos adoptados para efectos de pagos de seguridad social. b) Origen nacional. Distinción entre nacionales y extranjeros para efectos de pagos de seguridad social respecto a hijos adoptados.	Admisible.	a) No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación de objetivos y razonables. b) No hay violación del art. 26, no hubo tratamiento distinto.	Opinión individual de Sres. Herndl, Müllerson y Sadi (concurrente).
89	28/10/1992	263/1987	González del Río v. Perú	Opiniones políticas y origen nacional. Demora indebida de proceso contra alto funcionario público de origen español.	Admisible.	No hay violación del art. 26.	
90	30/03/1993	490/1992	A.S. y L.S. v. Australia	Supuestas preferencias otorgadas a la contraparte en juicio iniciado por los autores.	Inadmisible - <i>ratione temporis</i> .		
91	30/03/1993	499/1992	K.L.B.-W. v. Australia	Negativa del Estado a proporcionar indemnizaciones por negligencia médica y maltratos en hospital.	Inadmisible - <i>ratione temporis</i> .		
92	31/03/1993	359/1989 385/1989	Ballantyne & Davidson v. Canadá y McIntyre v. Canadá	Idioma. Prohibición del uso del inglés en publicidad dentro de Quebec.	Admisible.	No hay violación del art. 26, no hubo tratamiento distinto en relación a francoparlantes.	

93	16/07/1993	501/1992	J.H.W. v. Los Países Bajos	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres para efectos de pago de impuestos destinados a financiar pagos de seguridad social a favor de niños.	Inadmisible - situación se enmendó.	
94	14/07/1993	309/1988	Orihuela Valenzuela v. Perú	Opinión política. Demora indebida de pago de indemnización por despido de funcionario público al cambiar el gobierno.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de opinión política.
95	14/07/1993	314/1988	Chiko Bwalya v. Zambia	Opinión política. Persecución política de un candidato al parlamento.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de opinión política.
96	16/07/1993	467/1991	V.E.M. v. España	Negativa de tribunales superiores a revocar la decisión anterior de un tribunal militar de dar de baja al autor en razón de su tolerancia del comportamiento deshonroso de su mujer.	Inadmisible - reserva del Estado ⁸ .	
97	26/07/1993	478/1991	A.P.L.v.d.M. v. Los Países Bajos	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres casados para efectos de ser calificado como "sostén de familia" y de recibir prestaciones de seguridad social.	Inadmisible - no hay víctima porque la situación se enmendó; no hay distinción.	

⁸ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

98	27/07/1993	402/1990	Brinkhoff v. Los Países Bajos	Distinción entre Testigos de Jehová y otros objetos de conciencia para efectos de exención del servicio militar.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	A pesar de no encontrar violación en este caso particular, se propuso una solución consistente en asegurar trato igualitario a todos los objetos de conciencia.
99	30/07/1993	470/1991	Kindler v. Canadá	Raza , Extradición del autor a Estados Unidos donde enfrentaba cargos de asesinato y la probabilidad de ser condenado a la pena de muerte. Se afirmó que en EEUU los procesos capitales son discriminatorios en razón de raza.	Inadmisible - falta de substanciación.		Opinión individual de Sr. Lallah (disidente). Opinión individual de Sra. Chanet (disidente). Opinión individual de Sr. Aguilar (disidente).
100	19/10/1993	509/1992	A.R.U. v. Los Países Bajos	Negación de recurso civil a conscripto que se negó a prestar servicio militar por calificar al ejército como una "organización criminal".	Inadmisible - falta de substanciación.		

101	20/10/1993	468/1991	Olo Bahamode v. Guinea Ecuatoriana	Opinión política. Persecución política de miembro de la oposición.	Admisible.	Violación del art. 26 por razón de opinión política.
102	22/10/1993	418/1990	Calvacanti Araujo-Jongen v. Los Países Bajos	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres casados para efectos de ser calificado como "sostén de familia" y de recibir prestaciones de seguridad social.	Admisible.	No hay violación del art. 26 - no hay víctima por- que la situación se enmendó; criterios de diferencia- ción objetivos y razonables.
103	03/11/1993	544/1993	K.J.L. v. Finlandia	Supuesta injusticia en el proceso de expropiación de terreno del autor para efectos de la construcción de una calle privada.	Inadmisible - falta de substanciación.	
104	03/11/1993	548/1993	R.E.d.B. v. Los Países Bajos	Negativa del Estado a conceder pagos retroacti- vos para el autor, un dis- capacitado mental, aun- que la falta de designa- ción de un representante legal impidió que pudiera solicitar beneficios por parte del gobierno oportu- namente.	Inadmisible - falta de substanciación.	

105	05/11/1993	469/1991	Ng v. Canadá	Raza. Extradición del autor a Estados Unidos donde enfrentaba cargos de asesinato y la probabilidad de ser condenado a la pena de muerte. Se afirmó que en EEUU los procesos capitales son discriminatorios en razón de raza.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 7, el Comité no resolvió acerca de la supuesta discriminación.	Opinión individual de Sr. Aguilar (disidente).
106	31/03/1994	475/1991	S.B. v. Nueva Zelanda	Diferenciación entre personas acogidas a planes de jubilación públicos y privados.	Inadmisible - no se hace diferenciación (falta de substanciación).		
107	31/03/1994	488/1992	Toonen v. Australia	Otra condición social. Criminalización de relaciones homosexuales consentidas entre adultos.	Admisible	Al encontrar violaciones de los arts. 17 y 2.1, se estimó innecesario resolver acerca de la supuesta violación del art. 26.	El Comité dejó en claro que entiende a la orientación sexual dentro del concepto de sexo en el art. 2.1 y el art. 26. Opinión individual de Sr. Wengren (parcialmente disidente).

108	07/04/1994	477/1991	J.A.M.B.-R. v. Los Países Bajos	Sexo. Distinción entre hombres y mujeres casados para efectos de ser calificado como "sostén de familia" y de recibir prestaciones de seguridad social.	Inadmisible - falta de substanciación.	Opinión Individual de Sr. Wengren (disidente).
109	08/04/1994	559/1993	J. M. v. Canadá	Rechazo de la postulación del autor para integrarse a las fuerzas policiales debido a sus antecedentes médicos.	Inadmisible - falta de substanciación.	
110	08/04/1994	565/1993	A. B. v. Italia	Exclusión de colegio a niños cuyos padres se niegan a vacunarlos y proceso judicial para que sean vacunados sin el consentimiento de sus padres.	Inadmisible - ratióne personae.	
111	15/07/1994	417/1991	Balaguer Santacana v. España	Preferencia a favor de madres (en detrimento de padres) en legislación de familia.	Admisible.	No hay violación del art. 26, no hubo trato diferente, no hubo trato no razonable.
112	15/07/1994	425/1990	Doesburg Lanooij Neefs v. Los Países Bajos	Otra condición social. Menor monto de pagos de seguridad social a beneficiario que vive con su madre.	Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.

113	15/07/1994	484/1991	Pepels v. Los Países Bajos	Sexo. Distinción entre viudas y viudos para efectos de cobrar prestaciones de seguridad social a favor de hijos.	Admisible.	No hay violación del art. 26, no hubo trato diferente.
114	19/07/1994	497/1992	Amisi v. República Democrática del Congo (Zaire)	Despido ilegal de profesor acusado de escribir un artículo crítico de actos gubernamentales.	Inadmisible - falta de substantiación.	
115	20/07/1994	328/1988	Zelaya et al. v. Nicaragua	Opinión política. Demora indebida en la restitución de propiedad confiscada a opositores del gobierno Sandinista.	Admisible.	No hay violación del art. 26, pruebas insuficientes.
116	26/07/1994	455/1991	Singer v. Canadá	Idioma. Prohibición del uso del inglés en publicidad dentro de Quebec.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 19.2, se estimó innecesario resolver acerca de la supuesta violación del art. 26.
117	26/07/1994	567/1993	Poongavanam v. Mauricio	Sexo. Ausencia de mujeres integrantes del jurado en el proceso capital del autor (un hombre).	Inadmisible - no hay víctima.	

118	31/10/1994	539/1993	Cox v. Canadá	Raza. Extradición del autor a Estados Unidos donde enfrentaba cargos de asesinato y la probabilidad de ser condenado a la pena de muerte. Se afirmó que en EEUU los procesos capitales son discriminatorios en razón de raza.	Inadmisibles - falta de substanciación.	Opinión individual de Sra. Chanet (disidente). Opinión individual de Sr. Lallah (disidente).
119	28/03/1995	536/1993	Perera v. Australia	Raza y Origen Nacional. Actitud racista de policías y supuesta fabricación de evidencia falsa en contra del autor durante juicio criminal que concluyó en su condena.	Inadmisibles - ratiōne temporis.	
120	03/04/1995	400/1990	Monaco de Gaillicchio v. Argentina	Negación de la calidad de parte a la abuela de la menor en el proceso de tutoría de hija de detenidos desaparecidos.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.
121	03/04/1995	500/1992	Debrezney v. Los Países Bajos	Prohibición de un policía de servir como oficial electo en la municipalidad donde trabaja.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.

122	04/04/1995	493/1992	Griffin v. España	Origen Nacional. Incompetencia de intérprete en juicio criminal contra el autor y trato diferente dentro de la cárcel en relación con prisioneros nacionales.	Inadmisibles - falta de substanciación.	
123	14/07/1995	578/1994	L.J.M. de Groot v. Los Países Bajos	No procesamiento de otro participante en un hecho delictivo.	Inadmisibles - falta de substanciación.	
124	19/07/1995	516/1992	Simunek et al. v. La República Checa	Otra condición social (nacionalidad y residencia). Requisito de nacionalidad y residencia para efectos de la restitución de propiedades confiscadas por el régimen comunista.	Admisibles.	Violación del art. 26 por razones de otra condición social.
125	30/10/1995	454/1991	García Pons v. España	Otra condición social. Negación de prestaciones de desempleo a juez suplente luego de terminar su suplencia.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, criterio de diferenciación razonable.
126	30/10/1995	656/1995	V.E. M. v. España	Negativa de tribunales superiores a revocar la decisión anterior de un tribunal militar de dar de baja al autor en razón de su tolerancia del comportamiento deshonroso de su mujer (ver 467/1991).	Inadmisibles - falta de substanciación.	

127	31/10/1995	573/1994	Atkinson v. Canadá	Negativa del Estado Parte a apoyar reclamos de ciudadanos víctimas de abusos por parte de fuerzas japonesas durante la segunda guerra mundial.	Inadmisibile - ratiōne materiae, ratiōne temporis, no agotamiento de recursos internos.	
128	03/11/1995	638/1995	Lacika v. Canadá	Supuesta parcialidad de tribunales en el rechazo de una acción legal interpuesta por el autor.	Inadmisibile - falta de substanciación.	
129	22/03/1996	521/1992	Kulomin v. Hungría	Origen nacional. Co-mentarios xenófobos por parte del juez en contra del defendido en un proceso por asesinato.	Admisibile.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.
130	12/07/1996	480/1991	García Fuenzalida v. Ecuador	Sexo. Imposibilidad de un preso de obtener un abogado debido a su homosexualidad.	Inadmisibile - falta de substanciación.	
131	16/07/1996	557/1993	X. v. Australia	Raza. Supuesta falta de tribunal familiar a considerar debidamente el origen étnico del padre en juicio sobre custodia de hijos y separación de bienes.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.	

132	22/07/1996	608/1995	Nahlík v. Austria	Convenio colectivo privado que otorga beneficios a futuros jubilados por sobre trabajadores ya jubilados.	Inadmisible - falta de substanciación.	Opinión individual de Sres. Aguilar, Bhagwati, Evatt, Mavrommatis y Medina (disidente).
133	23/07/1996	566/1993	Somers v. Hungría	Falta de debidas distinciones entre propiedades confiscadas por el régimen comunista y propiedades nacionalizadas para efectos de la restitución. Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.	
134	23/07/1996	586/1994	Adam v. La República Checa	Otra condición social (nacionalidad). Requisito de nacionalidad para efectos de la restitución de propiedades confiscadas por el régimen comunista.	Admisible.	Opinión individual de Sr. Ando (concurrente).
135	25/10/1996	593/1994	Holland v. Irlanda	Procesamiento de un supuesto delincuente frente a un tribunal especial y la negativa del Estado a concederle el beneficio de la libertad condicional en igualdad de condiciones debido, supuestamente, a que el autor intentó hacer valer sus derechos.	Inadmisible - no agotamiento de los recursos internos.	

136	05/11/1996	674/1995	Kaaber v. Islandia	Diferencia de trato entre trabajadores independientes y trabajadores subordinados en materia de impuestos cobrados sobre seguro previsional.	Inadmisibile - no agotamiento de recursos internos.	
137	08/11/1996	659/1995	Lang v. Australia	Sexo y origen nacional. Supuesta actitud prejuiciosa de magistrado durante proceso civil donde la autora era parte.	Inadmisibile - falta de substanciación.	
138	08/11/1996	700/1996	Jarman v. Australia	Trato discriminatorio en juicio en razón de que el autor era lego y la contraparte era amigo del juez.	Inadmisibile - falta de substanciación.	
139	27/03/1997	579/1994	Werenbeck v. Australia	Absolución de otra persona acusada de un delito similar.	Inadmisibile - incompatible con las disposiciones del Pacto.	
140	03/04/1997	601/1994	Julian, Drake et al. v. Nueva Zelanda	Negativa del Estado Parte a apoyar reclamos de ciudadanos víctimas de abusos por parte de fuerzas japonesas durante la segunda guerra mundial.	Inadmisibile - ratiōne materiae; ratiōne temporis; falta de substanciación; criterios de diferenciación objetivos y razonables.	
141	03/04/1997	560/1993	A. v. Australia	Otra condición social. Derención inmediata de inmigrantes camboyanos que intentan ingresar al país por bote.	Inadmisibile - falta de substanciación; no agotamiento de recursos internos.	

142	14/07/1997	643/1995	Drobek v. Slovakia	<p>Origen nacional. Distinción entre personas cuyas propiedades fueron confiscadas antes del régimen comunista, por motivos étnicos, y durante el régimen comunista, por motivos políticos, para efectos de restitución.</p>	Inadmisibles - falta de substanciación.	Opinión individual de Sres. Medina y Klein (disidente).
143	18/07/1997	603/1994	Badu v. Canadá	<p>Origen étnico y opinión política. Negativa del Estado a reconocer al autor como refugiado supuestamente basado en el prejuicio de uno de los miembros del comité evaluador.</p>	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.	
144	18/07/1997	604/1994	Narrey v. Canadá	<p>Origen étnico y opinión política. Negativa del Estado a reconocer al autor como refugiado supuestamente basado en el prejuicio de uno de los miembros del comité evaluador.</p>	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.	
145	18/07/1997	654/1995	Williams Adu v. Canadá	<p>Opinión política y origen étnico. Negativa del Estado a reconocer al autor como refugiado supuestamente basado en el prejuicio de uno de los miembros del comité evaluador.</p>	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos, falta de substanciación.	

146	23/07/1997	658/1995	Van Oord v. Los Países Bajos	Otra condición social (nacionalidad). Diferenciación entre pagos de seguridad social hechas a personas norteamericanas que previamente tenían nacionalidad holandesa respecto de personas de otras nacionalidades.	Inadmisible - no hay base para reclamar bajo el art. 26.		
147	29/07/1997	549/1993	Hopu y Bessert v. Francia	Construcción de un complejo hotelero en tierras donde se ubica un cementerio ancestral indígena.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 17.1 y del art. 23.1, se estimó innecesario resolver acerca de la supuesta violación del art. 26.	Opinión individual de Sres. Kretzmer, Buerghental, Ando y Lord Colville (disidente).
148	29/07/1997	698/1996	Bonelo Sánchez v. España	Prohibición de instalar farmacia dentro de límites de la ciudad.	Inadmisible - falta de substanciación.		
149	29/07/1997	758/1997	Gómez Navarro v. España	Criterios diferentes para ascender a funcionarios públicos.	Inadmisible - falta de substanciación.		
150	29/07/1997	761/1997	Singh v. Canadá	Investigación de un sospechoso en razón de su origen étnico.	Inadmisible - falta de substanciación.		

151	04/11/1997	706/1996	G.T. v. Australia	Extradición de narcotraficante a Malasia, en donde no tendría un debido proceso por discriminación basado en idioma y en su origen étnico chino.	Inadmisibles - falta de substanciación.	
152	07/11/1997	735/1997	Kalaba v. Hungría	Origen nacional. Negativa del Estado a indemnizar a víctima de abusos sufridos en campo de concentración, debido a su nacionalidad.	Inadmisibles - no agotamiento de los recursos internos.	
153	27/07/1998	651/1995	Snijders, Willemen y Vand der Wouw v. Los Países Bajos	Diferenciación basada en estado civil para efectos de cálculo de contribuciones a gastos de hospitalización a largo plazo.	Admisibles.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables; no hay víctima.
154	27/07/1998	732/1997	Whyte v. Jamaica	Sexo. Diferenciación entre hombres y mujeres para efectos de clemencia (indulto) para condenados a la pena de muerte.	Inadmisibles - falta de substanciación.	
155	20/10/1998	628/1995	Tae Hoon Park v. La República de Corea	Opinión política. Condena y encarcelación de un miembro de una organización opositora al gobierno.	Admisibles.	Al encontrar una violación del art. 19, se estimó innecesario resolver acerca de la supuesta violación del art. 26.

156	21/10/1998	669/1995	Malik v. La República Checa	Origen nacional. Distinción entre personas cuyas propiedades fueron confiscadas antes del régimen comunista, por motivos étnicos, y durante el régimen comunista, por motivos políticos, para efectos de restitución.	Inadmisibles - falta de substanciación.	Opinión individual de Sres. Medina y Klein (disidente).
157	21/10/1998	670/1995	Schlosser v. La República Checa	Origen nacional. Distinción entre personas cuyas propiedades fueron confiscadas antes del régimen comunista, por motivos étnicos, y durante el régimen comunista, por motivos políticos, para efectos de restitución.	Inadmisibles - falta de substanciación.	Opinión individual de Sres. Medina y Klein (disidente).
158	03/11/1998	602/1994	Hoofdman v. Los Países Bajos	Diferenciación entre parejas casadas y no casadas pero convivientes para efectos de pagos de pensión de viudez.	Admisible.	Opinión individual de Sra. Evatt (concurrente).
159	25/03/1999	716/1996	Pauger v. Austria	Sexo. Distinción entre viudos y viudas para efectos de pagos de seguridad social (ver 415/1990).	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de sexo.

160	25/03/1999	742/1997	Byrne y Lazarescu v. Canadá	Diferenciación entre padres sin custodia de hijos y padres con custodia para efectos de tributación sobre pagos alimentarios.	Inadmisible - incompetencia, no agotamiento de recursos internos.	
161	25/03/1999	844/1998	Petkov v. Bulgaria	Negativa de los tribunales a pronunciarse sobre el fondo de un litigio en razón de que el error en que se incurrió fue enmendado.	Inadmisible - falta de substanciación.	
162	25/03/1999	850/1999	Hankala v. Finlandia	Distinta sentencia en dos procesos similares.	Inadmisible - falta de substanciación.	
163	31/03/1999	830/1998	Bethel v. Trinidad y Tobago	Denuncia del Pacto por parte del Estado impide que el autor reclame ante el comité en el futuro en razón de su condena a muerte.	Inadmisible - no es un derecho contenido en el Pacto.	
164	07/04/1999	737/1997	Lamagna v. Australia	Negativa de órganos gubernamentales a proporcionar a la representante de una empresa información que sería usada en contra de dicha empresa posteriormente.	Inadmisible - <i>ratione personae</i> , falta de substanciación.	

165	07/04/1999	751/1997	Pasla v. Australia	Negativa del Estado a proporcionar representación judicial gratuita en juicio relativo a materias de empleo y seguridad social.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
166	15/07/1999	754/1997	A. v. Nueva Zelanda	Supuesta estigmatización de paciente psiquiátrico luego de un largo período internado.	Inadmisible - falta de substanciación.	
167	23/07/1999	717/1996	Acuña Inostroza et al. v. Chile	Secuestro y asesinato del autor y 17 otros en 1973 por fuerzas del régimen militar y la posterior denegación de justicia.	Inadmisible - ratióne temporis.	Opinión Individual de Sr. Solari (disidente). Opinión Individual de Sra. Chanet (disidente).
168	23/07/1999	740/1997	Barzana Yurronic v. Chile	Opinión política y origen nacional. Persecución política y denegación de justicia a víctima de violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.	Inadmisible - falta de substanciación.	
169	23/07/1999	744/1997	Urbanetz Linderholm v. Croacia	Irregularidades en la determinación del derecho de restitución o indemnización de la autora en relación con propiedad expropiada.	Inadmisible - reserva del Estado ⁹ .	

⁹ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

170	23/07/1999	768/1997	Mukuntuo v. Zambia	Negativa del Estado a fijar una fecha para audiencia en juicio por indemnización relativa a detenciones ilegales	Inadmisible - razione temporis.	
171	26/07/1999	718/1996	Vargas y Vargas v. Chile	Desaparición forzada de opositor al régimen militar en 1973 y la posterior denegación de justicia para su madre.	Inadmisible - razione temporis (desaparecido). Inadmisible - falta de substanciación (madre).	Opinión Individual Sres. Chanet y Pocar (disidente).
172	26/07/1999	724/1996	Mazurkiewiczova v. La República Checa	Opinión política. Confiscación de propiedad por parte del régimen comunista, supuestamente debido a persecución política.	Inadmisible - razione materiae, no agotamiento de recursos internos.	Opinión individual de Sr. Ando (parcialmente disidente).
173	26/07/1999	746/1997	Menanteau y Carrasco v. Chile	Muerte de opositores al régimen militar y la posterior denegación de justicia al respecto.	Inadmisible - razione temporis.	
174	26/07/1999	786/1997	Johannes Vos v. Los Países Bajos	Sexo. Diferenciación entre hombres y mujeres para efectos de calcular beneficios de pensión a funcionarios públicos casados.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de sexo.
175	27/07/1999	741/1997	Cziklin v. Canadá	Despido de un trabajador en razón de su supuesta discapacidad física.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	

176	29/10/1999	816/1998	Tadman et al. v. Canadá	Religión. Financiamiento estatal para escuelas laicas y católicas pero no para escuelas de otras denominaciones.	Inadmisible - no hay víctima; falta de sustanciación.	Opinión individual de Sres. Bhagwati, Evatt, Henkin y Medina (disidente).
177	29/10/1999	871/1999	Timmerman v. Los Países Bajos	Diferencias de trato y de remuneración respecto de trabajo equivalente.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.	
178	02/11/1999	845/1999	Kennedy v. Trinidad y Tobago	La reserva hecha por el Estado al Protocolo Facultativo del Pacto sería discriminatoria dado que pretende impedir que el comité conozca cualquier comunicación presentada por personas condenadas a muerte.	Admisible - el comité encontró que la reserva del Estado es discriminatoria.	Opinión individual de Sres. Ando, Bhagwati, Klein y Kretzmer (disidente); la comunicación sería inadmisible a la luz de la reserva del Estado). Opinión individual de Sr. Henkin (concurrente).
179	03/11/1999	666/1995	Foin v. Francia	Opinión. Duración del servicio civil para objetores de conciencia es el doble del servicio militar.	Admisible.	Opinión individual de Sres. Ando, Klein y Kretzmer (disidente).

180	03/11/1999	694/1996	Waldman v. Canadá	Religión. Financiamiento estatal para escuelas laticas y católicas pero no para escuelas de otras denominaciones.	Admisible.	Violación del art. 26, por religión.	Opinión individual de Sr. Scheinin (concurrente).
181	03/11/1999	861/1999	Lestournaud v. Francia	Diferencia de remuneración de abogados que prestaron asistencia jurídica dependiendo de qué parte defendieron.	Inadmisible - falta de substanciación.		
182	03/11/1999	873/1999	Hoelen v. Los Países Bajos	Condena del autor por participar en una protesta violenta frente a la negativa del Estado a condenar a oficiales de policía que reprimieron dicha protesta.	Inadmisible - falta de substanciación.		
183	15/03/2000	891/1999	Tamihere v. Nueva Zelanda	Supuestas irregularidades procesales en juicio criminal contra el autor por asesinato.	Inadmisible - falta de substanciación.		
184	20/03/2000	807/1998	Koutny y Koutny v. la República Checa	Negativa a restituir propiedades confiscadas o indemnizar a sus propietarios.	Inadmisible - ratiōne temporis.		
185	24/03/2000	824/1998	Nicolov v. Bulgaria	Opinión política o de cualquier índole (moral). Despido de fiscal supuestamente debido a su negativa a cooperar con la mafia.	Inadmisible - falta de substanciación.		

29/03/2000	29/03/2000	Observación General Nº28	Doukoure et al. v. Francia	Observación General Referente a la Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres Origen nacional y otra condición social (nacionalidad). Menor monto de pensiones recibidas por viudas de soldados de origen senegalés en comparación con sobrevivientes de soldados franceses.	Inadmisibles - no agotamiento de recursos internos.		
186	756/1997						
29/03/2000	29/03/2000	Observación General Nº28	Ben Said v. Noruega	Origen nacional. Negación de entrada al país a un extranjero para efectos de asistir a la audiencia en proceso sobre custodia de hijos.	Admisible.	No hay violación del art. 26.	
187	767/1997						
10/07/2000	10/07/2000	Observación General Nº28	Maille v. Francia	Opinión. Duración del servicio civil para objetores de conciencia es el doble del servicio militar.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de opinión.	Opinión individual de Sres. Ando, Klein, Kretzmer y Zakhia (disidente).
188	689/1996						
10/07/2000	10/07/2000	Observación General Nº28	Venier y Nicolas v. Francia	Opinión. Duración del servicio civil para objetores de conciencia es el doble del servicio militar.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de opinión.	Opinión individual de Sres. Ando, Klein, Kretzmer y Zakhia (disidente).
189	690/1996 & 691/1996						

190	17/07/2000	934/2000	G. v. Canadá	Origen nacional. Preferencia de una universidad para contratar a académicos que se formaron en el extranjero.	Inadmisibles - falta de substanciación.		
191	17/07/2000	936/2000	Gillan v. Canadá	Presunción de culpabilidad respecto a delitos relativos a la Ley de Control de Alcoholes.	Inadmisibles - no hay víctima.		
192	20/07/2000	701/1996	Gómez Vásquez v. España	Diferenciación entre delitos de distinta gravedad para efectos procesales.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	
193	25/07/2000	760/1996	Diergaardt et al. v. Namibia	Idioma. Elección del inglés como idioma oficial del país y la consecuente prohibición de usar el afrikaans en ambientes oficiales.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de idioma.	Opinión individual de Sr. Amor (disidente). Opinión individual de Sr. Ando (disidente). Opinión individual de Sres. Bhagwati, Lord Colville y Yalden (disidente). Opinión individual de Sres. Evatt, Klein,

194	18/10/2000	806/1998	Thompson v. San Vicente - Granadinas	Imposición automática de la pena de muerte para todos los condenados por homicidio no permite diferenciar entre las circunstancias de cada caso, impidiendo que atenuantes rebajen la pena.	Admisible.	Al encontrar una violación de los artículos 6.2 y 10.1 del Pacto se estimó innecesario resolver acerca de la supuesta violación del art. 26.	Kretzmer y Medina (concurrente). Opinión individual de Sr. Lallah (disidente). Opinión individual de Lord Colville (disidente). Opinión individual de Sres. Kretzmer, Amor, Yalden y Zakhia (disidente).
195	25/10/2000	947/2000	Hart v. Australia	Falta de debida regulación estatal de prácticas médicas que llevó a graves negligencias médicas y la posterior denegación de justicia.	Inadmisible - ratione temporis y falta de substanciación.		
196	27/10/2000	547/1993	Mahuika et al. v. Nueva Zelanda	Comunidades Maoríes cuyos derechos de pesca fueron afectados por actos del gobierno.	Inadmisible - falta de substanciación.		
197	02/11/2000	675/1995	Toala et al. v. Nueva Zelanda	Origen nacional. Negación de residencia a personas de Samoa del Oeste.	Admisible.	No hay violación del art. 26, no hubo trato diferente.	

198	02/11/2000	949/2000	Keshayjee v. Canadá	Raza. Despido del autor en base a criterios racistas.	Inadmisible - ratióne personae y falta de substanciación.		
199	22/03/2001	952/2000	Parun y Bulmer v. Nueva Zelanda	Supuesta parcialidad de tribunales en contra de los autores y la supuesta falta de recursos efectivos para remediar la situación.	Inadmisible - falta de substanciación.		
200	04/04/2001	727/1996	Paraga v. Croacia	Opinión política. Persecución política de un opositor al gobierno.	Admisible.	No hay violación del art. 26, falta de substanciación.	
201	04/04/2001	819/1998	Kavanagh v. Irlanda	Procesamiento de un supuesto delincuente común bajo reglas diseñadas para subversivos.	Admisible.	Violación del art. 26, falta de criterios de diferenciación objetivos y razonables.	Opinión individual de Sres. Henkin, Lallah, Medina, Tawfik Khalil y Vella (parcialmente concurrente).
202	12/07/2001	791/1997	Singh v. Nueva Zelanda	Color. Conducta racista de magistrado en juicio criminal contra el autor.	Inadmisible - no agotamiento de recursos internos.		
203	12/07/2001	857/1999	Blazek, Hartman y Krizek v. La República Checa	Otra condición social (nacionalidad). Requisito de nacionalidad para efectos de la restitución de propiedades confiscadas por el régimen comunista.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de otra condición social.	Opinión individual de Sr. Ando (concurrente).

204	16/07/2001	787/1997	Gobin v. Mauricio	Raza y Religión. Disposición constitucional que impidió que el autor accediera a un puesto parlamentario debido a que no pertenecía al grupo religioso mayoritario.	Inadmisible - incompatible con las disposiciones del Pacto.		
205	16/07/2001	855/1999	Schmitz-de-Jong v. Los Países Bajos	Negación de anexo conyugal a pase de adulto mayor en razón de poca edad de la postulante.	Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios de diferenciación objetivos y razonables.	
206	16/07/2001	866/1999	Torregruesa Lafuente et al. v. España	Imposibilidad de iletrados de representarse en juicio.	Inadmisible - falta de substanciación.		Opinión individual de Sra. Chagnet (disidente).
207	23/07/2001	935/2000	Mahmoud v. Eslovaquia	Falta de notificación de aviso de cancelación de visa de residencia y falta de intérprete en el consiguiente proceso.	Inadmisible - falta de substanciación.		
208	24/07/2001	790/1997	Anatolievich Cheban et al. v. La Federación Rusa	Negación de un proceso con jurado a niños acusados, siendo que otros procesados en otros Estados federados lo reciben.	Admisible.	No hay violación del art. 26, no hubo diferenciación dentro del mismo Estado federado.	

209	25/07/2001	832/1998	F. v. Australia	Otra condición social (discapacidad). Obligación de un niño con problemas de comportamiento de firmar un acuerdo de buen comportamiento antes de permitirsele el ingreso a un colegio.	Inadmisibles - falta de substanciación.	
210	22/10/2001	865/1999	Marín Gómez v. España	a) Impedimento de un reserva de Guardia Civil de volver a servicio activo, siendo que otros inactivos por razones distintas pudieron hacerlo. b) Imposibilidad de iletrados de representarse en juicio.	a) admisible. b) inadmisibles - falta de substanciación.	b) Opinión individual de Sra. Chanet (disidente).
211	30/10/2001	747/1997	Des Fours Walderode y Kammerlander v. La República Checa	Otra condición social (nacionalidad). Requisito de nacionalidad para efectos de la restitución de propiedades confiscadas antes del régimen comunista.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de otra condición social.
212	30/10/2001	765/1997	Fábryová v. La República Checa	Religión y Raza. Negativa del Estado a restituir propiedades confiscadas a judíos antes del régimen comunista	Admisible.	Violación del art. 26, falta de criterios de diferenciación objetivos y razonables.

213	31/10/2001	774/1997	Brok y Brokova v. La República Checa	Religión y Raza. Negativa del Estado a restituir propiedades confiscadas a judíos antes del régimen comunista.	Admisible.	Violación del art. 26, falta de diferenciación objetivos y razonables.	Opinión individual de Sr. Schenin (parcialmente concuerde, parcialmente disidente). Opinión individual de Sr. Ando (disidente). Opinión individual de Sra. Chanet (disidente).
214	21/03/2002	803/1998	Althammer et al. v. Austria	Cambios en la forma de calcular pensiones de jubilados de organismos estatales que reduce el monto efectivo recibido.	Inadmisibles – falta de substanciación.		
215	21/03/2002	1005/2001	Sánchez González v. España	a) Imposibilidad de iletrados de representarse en juicio. b) negativa de ascenso laboral debido a falta de título profesional universitario.	Inadmisibles – falta de substanciación		

216	21/03/2002	1048/2002	Riley et al. v. Canadá	Permiso del Estado a policías Sikh para que usen turbante en lugar de sombrero tradicional afectaría igualdad religiosa dentro de la institución policíaca.	Inadmisible – no hay víctima.	
217	26/03/2002	919/2000	Müller y Engelhard v. Namibia	Sexo. Dificultosos procedimientos administrativos para cambiar el apellido del hombre por el de su cónyuge, mientras que la mujer puede adoptar el nombre de su cónyuge sin trámites.	Admisible.	Violación del art. 26 por razones de sexo.
218	01/04/2002	1065/2002	Andrewos Mankarious v. Australia	Falta de prestaciones de seguridad social y asesoría legal luego de accidente laboral que discapacitó al autor.	Inadmisible – falta de substanciación, no agotamiento de recursos internos	
219	03/04/2002	802/1998	Rogerson v. Australia	Supuesto trato en perjuicio de un abogado por parte de autoridades judiciales que llevó a la revocación de su licencia para ejercer.	Inadmisible – falta de substanciación.	

220	04/04/2002	965/2000	Karakurt v. Austria	Otra condición social (nacionalidad). Prohibición legal del autor para ser electo representante de asociación de trabajadores debido a que no era nacional del Estado Parte.	Admisible	Violación de artículo 26 por razones de otra condición social (nacionalidad).	Opinión individual de Sres. Rodley y Sheinin (parcialmente disidente).
221	09/07/2002	641/1995	Toro Gedumbe v. La República Democrática del Congo.	Negativa del Estado a hacer valer decisiones favorables al autor en contra de alto oficial del Servicio Nacional de Inteligencia y Protección.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 25 (c) <i>juncto</i> 2, se estimó innecesario pronunciarse sobre el art. 26.	
222	15/07/2002	854/1999	Wackenheim v. Francia	Prohibición de la actividad de "lanzamiento de enanos", fuente de trabajo para el autor.	Admisible.	No hay violación al art. 26, criterios objetivos y razonables.	
223	15/07/2002	932/2000	Gillot et al. v. France	Origen nacional. Restricción a derecho al sufragio para franceses continentales residentes en Nueva Caledonia.	Admisible.	No hay violación del art. 26, criterios objetivos y razonables.	
224	15/07/2002	1087/2002	Hesse v. Australia	Decisión judicial de trasladar el proceso iniciado por el autor a otro Estado federado, en donde existía la prescripción extintiva aplicable a su caso, institución que no existía en el Estado original.	Inadmisible – falta de substanciación.		

225	17/07/2002	902/1999	Joslin et al. v. Nueva Zelanda	Sexo. Negativa del Estado a permitir el matrimonio entre parejas homosexuales.	Admisible.	No hay violación del art. 26.	Opinión individual de Sres. Lallah y Scheinin (concurrente).
226	23/10/2002	890/1999	Krausser v. Austria	Sentencia judicial que otorgó la custodia de la hija del autor a su ex-cónyuge. Persecución penal del autor luego de que éste huyera del país con su hija. Negativa del Estado a proporcionar un pasaporte al autor. Negativa del Estado a proporcionar ayuda letrada gratuita al autor.	Inadmisible – no agotamiento de recursos internos y falta de substanciación.		
227	25/10/2002	757/1997	Pezoldova v. la República Checa	Origen nacional o nacionalidad. Distinción entre titulares de bienes confiscados bajo leyes distintas para efectos de repararlos. Denegación de acceso a documentación que apoyaba reclamación de restitución de la autora.	Admisible.	Violación del art. 26 en conjunto con el art. 2.	Opiniones individuales de Sres. Ando y Bhagwati (parcialmente concurrente). Se cree que la violación del art. 2 guarda relación con el

228	25/10/2002	942/2000	Jonassen et al. v. Noruega	<p>Sentencia judicial de la Corte Suprema basada en una supuesta discriminación de las minorías étnicas Sami.</p> <p>Inadmisible – falta de substanciación.</p>			acceso al recurso efectivo del párrafo 3, y no a la cláusula de no-discriminación contenida en el párrafo 1. Sin embargo, el Comité no especifica.
229	25/10/2002	1114/2002	Kavanagh v. Irlanda	<p>Negativa del Estado a proporcionar un remedio efectivo al autor luego de que el Comité haya dictaminado a su favor en 819/1998.</p>	Inadmisible – no hay hechos nuevos.		
230	31/10/2002	876/1999	Yama y Khalid v. Eslovaquia	<p>Negativa del Estado a permitir declaraciones orales y a proporcionar intérpretes en procedimiento de solicitud de asilo.</p>	Inadmisible – falta de pretensión.		

231	01/11/2002	1001/2001	Strik v. Los Países Bajos	Otra condición social (edad). Falta de aplicación al autor de legislación laboral referente a la imposibilidad de imponer trabajo a mayores de 55 años.	Inadmisible – falta de substanciación.		
232	25/03/2003	983/2001	Love, Bone, Craig e Ivanoff v. Australia	Otra condición social (edad). Jubilación forzada de pilotos al cumplir los 60 años de edad.	Re. Bone, Craig e Ivanoff: inadmissible – ratione temporis. Re. Love: admisible.	No hay violación del art. 26 – criterios objetivos y razonables con un fin legítimo bajo el Pacto.	En sus opiniones individuales concurrentes, los Sres. Ando y Bhagwati discuten si la edad puede entenderse dentro de los criterios del art. 26.
233	25/03/2003	1021/2001	Hiro Balani v. España	Diferente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un caso que la autora considera parecido al suyo.	Inadmisible – falta de substanciación.		
234	26/03/2003	1049/2002	Van Puyvelde v. Francia	Sentencias contrarias al autor en materia de pagos alimentarios, custodia de hijos y visitas y su posterior condena por abandono de familia.	Inadmisible – falta de substanciación.		

235	27/03/2003	1142/2002	A.J.v.G. v. los Países Bajos	Sexo (autor invoca género). Negativa del Estado a devolver custodia de hijos al padre, luego de que éste matara a la madre de los niños.	Inadmisibles – falta de substanciación.	
236	28/03/2003	978/2001	Dixit v. Australia	Negativa de conceder una visa de inmigrante a la familia del autor fundamentado en el alto costo médico en que incurriría el Estado debido a que la hija del autor padece espina bífida.	Inadmisibles – no agotamiento de recursos internos.	
237	28/03/2003	1038/2001	Ó Colchúin v. Irlanda	Distinción entre ciudadanos irlandeses residentes y no residentes en Irlanda para efectos de sufragio en elecciones parlamentarias y presidenciales, además de referendos.	Inadmisibles – no hay víctima.	
238	15/07/2003	878/1999	Yong Joo-Kang v. República de Corea	Opinión política. Trato preferente dado a presos que se acogen a “sistema de conversión ideológica” que busca cambiar su posición política.	Admisibles.	Violación de los arts. 18 y 19 en conjunto con el art. 26.
239	16/07/2003	951/2000	Kristjánsson v. Islandia	Condena del autor por infracción a ley que establecía cuotas limitadas de pesca.	Inadmisibles – no hay víctima.	

240	27/07/2003	953/2000	Zündel v. Canadá	<p>Opinión política. Negativa del parlamento a permitir que el autor realizara una conferencia de prensa dentro del recinto parlamentario. La confidencia versaba sobre una sentencia del Tribunal Constitucional en un juicio en donde no se permitió que el autor probara la inexistencia del holocausto.</p>	Inadmisible – no agotamiento de los recursos internos.	
241	30/07/2003	986/2001	Semey v. España	<p>Raza u color. Ponderación de la prueba supuestamente perjudicial en juicio criminal contra el autor, un afro descendiente, que llevó a su condena.</p>	Inadmisible – falta de substanciación.	
242	30/07/2003	989/2001	Kollar v. Austria	<p>Supuesto tratamiento diferente entre el autor y su supervisor en un procedimiento disciplinario que terminó con la destitución del primero y la absolución del segundo.</p>	Inadmisible – reserva del Estado ¹⁰ .	

¹⁰ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

243	30/07/2003	1013/2002	Boboli v. España	Aplicación de un plazo uniforme para la presentación de un recurso de amparo perjudicaría a aquellos que residen fuera de la ciudad donde debe ser presentado.	Inadmisibles – falta de substanciación.	
244	30/07/2003	1169/2003	Hom v. Filipinas	Supuesta falta de imparcialidad de tribunales de justicia en el litigio entablado por el autor frente al manejo indebido de deducciones de impuestos por parte de su empleador.	Inadmisibles – falta de substanciación.	
245	31/07/2003	960/2000	Baumgarten v. Alemania	Otra condición social (nacionalidad). Falta de aplicación de legislación pro-reo de la RFA a resposables jerárquicos de militares de frontera de la RDA, en proceso por muertes de personas que intentaban fugarse de la RDA.	Admisibles.	No hay violación del art. 26 – no hay tratamiento diferente.

246	05/08/2003	829/1998	Judge v. Canadá	<p>Deportación del autor de Canadá a EEUU en donde estaba condenado a muerte.</p> <p>El autor no fundó su comunicación en el artículo 26.</p>	-	-	<p>El Comité encontró violaciones del artículo 6.1 en sí mismo y en conjunto con el art. 2.3.</p> <p>En su opinión individual concuerda con el Sr. Lallah postula que el caso plantea problemas bajo el art. 26.</p>
247	06/08/2003	820/1998	Rajan y Rajan v. Nueva Zelanda	<p>Supuesta mayor rigurosidad en la aplicación de la ley migratoria a "no europeos". Diferente jurisprudencia en casos que los autores consideraron parecidos al suyo.</p>	Inadmisibles – falta de substanciación.		
248	06/08/2003	837/1998	Kolanowski v. Polonia	<p>Falta de la posibilidad de recurrir judicialmente en contra de la decisión de no ascender al autor dentro de la policía.</p>	Inadmisibles – falta de substanciación.		

249	06/08/2003	941/2000	Young v. Australia	Sexo. Negativa estatal de otorgar al autor una pensión de viudez luego de la muerte de quien fue su pareja por 38 años, debido a que su relación era homosexual.	Admisible.	Violación del art. 26.	Opinión individual de Sra. Wedgwood y Sr. De-pascuale (concurrente).
250	06/08/2003	1088/2002	Veriter v. France	Falta de debida reparación por una discriminación ya declarada en el sistema judicial de la Comunidad Europea. El autor amparó su comunicación en el artículo 2 del Pacto en lugar del 26.	Inadmisible – asunto sometido a otra instancia internacional, falta de agotamiento de recursos internos.		El Comité insinúa que la comunicación debió haberse presentado bajo el art. 26 pues el art. 2 no se puede violar autónomamente. Sin embargo no examina la comunicación bajo el art. 26.
251	07/08/2003	972/2001	Kazantzis v. Chipre	Contratación de una persona supuestamente menos calificada que el autor para desempeñarse como juez.	Inadmisible – falta de substanciación.		
252	07/08/2003	1007/2001	Sineiro v. España	Ausencia de recurso de apelación en procesos criminales referentes a ciertos delitos que conllevarían penas graves.	Inadmisible – ratióne materiae.		

253	08/08/2003	998/2001	Althammer et al. v. Austria	Efecto mayormente per- judicial de reforma previ- sional para personas jubi- ladas.	Admisible.	No hay violación del art. 26 – no hay diferencia, además, criterios objetivos y razo- nables.
254	30/10/2003	1191/2003	Hruska v. La República Checa	Requisito de representa- ción letrada en la tramita- ción de un recurso de apelación ante Tribunal Supremo Administrativo.	Inadmisible – falta de substanciación.	
255	31/10/2003	1045/2002	Baroy v. Filipinas	Determinación supuesta- mente arbitraria de la edad del autor lo clasifica como mayor de edad, lo cual hace posible su con- dena a muerte.	Inadmisible – falta de agotamiento de re- cursos internos.	
256	19/03/2004	990/2001	Irschik v. Austria	Aplicación al autor de legislación tributaria desfa- vorable a la vez que se dejó de aplicar a litigantes que lograron la declaración de su inconstitucionalidad.	Inadmisible – reserva del Estado ¹¹ , falta de agotamiento de re- cursos internos.	
257	24/03/2004	1138/2002	Arenz, Röder y Röder v. Alemania	Expulsión de los autores del partido político “Unión Democrática Cristiana” a causa de su negativa a renunciar a sus creencias de Cienciología.	Inadmisible – falta de substanciación.	

¹¹ Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

258	30/03/2004	1008/2001	Hoyos y Martínez de Irujo v. España	Sexo. Preferencia dada al hermano menor de la autora para heredar el título nobiliario de su padre, en razón de la primacía otorgada a los hombres.	Inadmisibles – ratiōne materiae.	Opiniones individuales de Sr. Rivas Posada, Sr. Solari Irigoyen y Sra. Wedgwood (disidentes).
259	30/03/2004	1019/2001	Carrión Barcaiztegui v. España	Sexo. Preferencia dada al título de la autora para heredar el título nobiliario de la tía de la autora, en razón de la primacía otorgada a los hombres.	Inadmisibles – ratiōne materiae.	Opiniones individuales de Sr. Rivas Posada y Sr. Solari Irigoyen (disidentes).
260	30/03/2004	1024/2001	Sanlés v. España	Otra condición social (discapacidad). Distinción entre personas con y sin discapacidad inhabilitante para efectos de determinar la posición del Estado frente al suicidio.	Inadmisibles – no hay víctima.	
261	31/03/2004	1106/2002	Palandjian y Palandjian v. Hungría	Otra Condición Social (nacionalidad). Falta de reparación por la nacionalización de la propiedad del padre de los autores.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos.	

262	01/04/2004	976/2001	Derksen v. los Países Bajos	Imposibilidad de que la autora y su hija reciban prestaciones de viudez y orfandad en razón de la falta de vínculo matrimonial con el fallecido. Falta de aplicación a la autora y su hija de legislación que elimina esta diferencia.	Admisible.	Re. autora: no hay violación del art. 26. Re. hija: violación del art. 26.	Opiniones individuales de Sr. Ando y de Sir Nigel Rodely (disidentes).
263	01/04/2004	977/2001	Brandtsma v. los Países Bajos	Sexo. Diferencia en la tasa de impuestos aplicable a pagos de vacaciones en donde el sector privilegiado es predominantemente masculino.	Inadmisible – falta de subestanciación y no hay víctima.		
264	01/04/2004	1115/2002	Petersen v. Alemania	Imposibilidad del autor de participar en el proceso por cambio de nombre de su hijo no matrimonial y falta de reparación por la negativa de su ex-pareja a permitirle acceso a su hijo.	Inadmisible – falta de subestanciación.		
265	01/04/2004	1214/2003	Vlad v. Alemania	Supuesto retardo injustificado y falta de seriedad en varios procesos judiciales iniciados por el autor. Intervención de sus comunicaciones y deterioro de su salud y la de su familia por lanzamiento de su hogar.	Inadmisible – no hay víctima, ratióne materiae, falta de subestanciación y falta de agotamiento de recursos internos.		

266	01/04/2004	1239/2004	Wilson v. Australia	Inadmisibilidad en tribunales de las denuncias del autor en contra de un banco por fraude en su contra.	Inadmissible – ratione materiae, falta de substanciación.		
267	07/07/2004	943/2000	Jacobs v. Bélgica	Sexo e Idioma. Aplicación de cuotas mínimas por sexo en la designación de miembros no jueces del Alto Consejo de Justicia. Supuesta diferencia en la forma de designar miembros flamencos.	Admisible.	No hay violación del art. 26 – criterios objetivos y razonables.	Opinión individual de la Sra. Wedgwood (concurrente).
268	07/07/2004	999/2001	Dichtl et al. v. Austria	Efecto mayormente judicial de reforma previsional para personas jubiladas.	Inadmissible – falta de substanciación.		
269	09/07/2004	901/1999	Laing v. Australia.	Pago estatal de costas al ex-cónyuge pero no a la autora en juicio por secuestro de la hija de la pareja.	Inadmissible – falta de substanciación.		
270	09/07/2004	1160/2003	Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria	Trato diferente entre dueños de predios rurales y urbanos, dentro de una misma provincia, para efectos del cálculo de contribuciones a la construcción de alcantarillado.	Admisible.	No hay violación del art. 26 – criterios objetivos y razonables.	

271	20/07/2004	1015/2001	Pertterer v. Austria	Supuesta falta de imparcialidad de tribunal especial disciplinario en proceso contra el autor.	Inadmisibles – falta de substanciación.		
272	21/07/2004	1033/2001	Singarasa v. Sri Lanka	Negativa de tribunales de excluir supuesta confesión del autor prestada sin presencia de un intérprete calificado e independiente.	Inadmisibles – <i>ratione temporis</i> .		
273	26/07/2004	1136/2002	Borzov v. Estonia	Origen social. Negativa del Estado a otorgar nacionalidad al autor debido a que prestó servicios en las fuerzas armadas rusas antes de la independencia y se casó con una mujer que adquirió la nacionalidad por naturalización.	Admisibles.	No hay violación del art. 26 – criterios objetivos y razonables.	
274	26/07/2004	1011/2001	Madafferi y Madafferi v. Australia	Supuesta arbitrariedad en el ejercicio de facultades discrecionales en el proceso de concesión de visa y deportación.	Admisibles.	Al encontrar violaciones de los arts. 10.1, 17.1 <i>juncto</i> 23 y 24.1, el Comité consideró innecesario referirse al art. 26.	

275	27/07/2004	1060/2002	Deisl v. Austria	Negativa de las autoridades a otorgar permiso municipal para construir a la vez que este permiso fue otorgado a vecinos.	Inadmisibles - no se ha invocado un criterio prohibido en el art. 26 y falta de substanciación.	
276	27/07/2004	909/2000	Majuwana Kankanamge v. Sri Lanka	Procesamiento del autor, periodista y editor de un diario, por el delito de difamación.	Admisible.	Al encontrar violaciones de los arts. 14.3, y 19 <i>junto</i> 2.3, el Comité encontró innecesario referirse al art. 26.
277	26/10/2004	944/2000	Mahabir v. Austria	Raza y origen nacional. Trato perjudicial a preso afrocaribeño en relación con presos blancos encarcelados por delitos similares.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos y falta de substanciación.	
278	26/10/2004	958/2000	Jazairi v. Canadá	Opinión política. Negativa del Estado a proteger al autor de la discriminación por opinión política en el proceso de evaluación y ascenso universitario.	Inadmisibles – falta de substanciación.	Opinión individual de Sra Chanut y Sres. Glèlé Ahanhunzo, Tawfik Khalil y Lallah (disidente).
279	01/11/2004	1101/2002	Alba Cabriada v. España	Distinción entre condenados por delitos más y menos graves para efectos de la posibilidad de una apelación completa.	Inadmisibles - falta de substanciación.	

280	02/11/2000	954/2000	Minogue v. Australia	Supuesta obstaculización de los esfuerzos del autor de preparar una petición de revisión de su condena desde la cárcel.	Inadmisibles – falta de substanciación.		
281	02/11/2004	1188/2003	Riedl-Riedenstein et al. v. Alemania	Mayor carga de la prueba, en relación con demandantes judíos, en juicio para recuperar propiedad alemana confiscada por autoridades checoslovacas después de la segunda guerra mundial.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos y falta de substanciación.		
282	03/11/2004	988/2001	Gallego Díaz v. España	Diferencia en montos de pensiones por jubilación dependiendo del país hacia el que los jubilados emigraron.	Inadmisibles – los hechos no se enmarcan en un criterio prohibido del art. 26 y falta de substanciación.		
283	05/11/2004	1073/2002	Terrón v. España	Diferencia de trato entre congresistas que cometen delitos dentro y fuera de sus distritos para efectos de la posibilidad de apelar de sus condenas.	Admisibles.	Al encontrar una violación del art. 14.5, el Comité encontró innecesario referirse al art. 26.	

284	15/03/2005	1076/2002	Kasper y Olavi Sopanen v. Finlandia	Menor monto pagado a los autores por la expropiación de sus bienes raíces en relación con lo pagado a otros expropiados.	Inadmisibles – falta de substanciación.		
285	17/03/2005	1099/2002	Marín Contreras v. España	Decisión judicial contraria a la autora en litigio que buscaba indemnización por la muerte de su cónyuge en un accidente provocado mayormente por él mismo.	Inadmisibles – falta de substanciación.		
286	18/03/2005	939/2000	Dupuy v. Canadá	Sexo. Condena del autor por amenazas a su cónyuge, supuestamente beneficiaría a grupos feministas extremos.	Inadmisibles - falta de substanciación y falta de agotamiento de recursos internos.		
287	29/03/2005	823/1998	Czernin y Czernin v. la República Checa	Aplicación desigual de la ley relativa a la recuperación de la nacionalidad y de bienes confiscados por el régimen comunista.	Admisible.	Al encontrar una violación del art. 14.1 <i>juncto</i> 2.3, el Comité consideró innecesario referirse al art. 26.	Opinión individual de Sra. Wedgwood (concurrente).
288	29/03/2005	1356/2005	Parra Corral v. España	Distinción entre condenados por delitos más y menos graves para efectos de la posibilidad de una apelación completa.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos.		

289	20/07/2005	11119/2002	Jeong-Eun Lee v. la República de Corea	Opinión política. Condena del autor por pertenecer a una organización estudiantil.	Inadmisible – falta de substanciación.	
290	21/07/2005	975/2001	Ratiani v. Georgia	Opinión política. Detención y maltrato del autor en razón de sus opiniones políticas.	Inadmisible – falta de substanciación.	
291	21/07/2005	1097/2002	Martínez, Fajardo y Orenes v. España	Diferencia en remuneración de sobre tiempo para bomberos de turno y voluntarios.	Inadmisible – falta de substanciación.	
292	22/07/2005	1292/2004	Radosevic v. Alemania	Remuneración desproporcionadamente menor por trabajo realizado por presos en relación con trabajos comparables realizados por personas no privadas de libertad.	Inadmisible – falta de substanciación.	
293	25/07/2005	1192/2003	De Vos v. los Países Bajos	Diferencia de carga tributaria entre empleados que usan sus vehículos empresariales para fines privados más y menos de 1000 Km. por año.	Inadmisible – los hechos no se enmarcan en un criterio prohibido del art. 26 y falta de substanciación.	
294	25/07/2005	1210/2003	Damianos v. Chipre	Perjuicios económicos y de estatus resultantes de la falta de aplicación de un convenio colectivo al autor.	Inadmisible – falta de substanciación.	

295	25/07/2005	1220/2003	Hoffman y Simpson v. Canadá	Idioma. Obligación de dar "predominancia marcada" a publicidad en francés dentro de Québec.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos.	
296	25/07/2005	1336/2004	Yo Han Chung v. Australia	Raza y otra condición social (discapacidad). Exclusión del autor, de origen coreano, de la universidad en razón de que sus enfermedades mentales imposibilitaron su continuación.	Inadmisibles – ratiōne materiae y falta de suibstanciación.	
297	26/07/2005	945/2000	Marik v. la República Checa	Otra condición social (nacionalidad). Requisito de nacionalidad para efectos de recuperar propiedad confiscada durante el régimen comunista.	Admisibles.	Violación del art. 26.
298	26/07/2005	969/2001	Da Silva Queiroz et al. v. Portugal	Diferencia entre propietarios de bienes situados en Portugal y aquellos con bienes en antigua colonia de Angola para efectos de la indemnización por expropiación.	Inadmisibles – ratiōne temporis.	

299	26/07/2005	1326/2004	Mazón Costra y Morote Vidal v. España	Imposibilidad de que un abogado solicite la remoción de un juez que le es hostil siendo que se podría solicitar la remoción de un juez pariente de un abogado que litiga ante él.	Inadmisibles – falta de agotamiento de recursos internos.	
300	26/07/2005	1371/2005	Mariategui et al. v. Argentina	Gran deuda impaga del Estado a la empresa de los autores e inacción de los tribunales de justicia durante más de 30 años.	Inadmisibles – <i>ratione personae</i> .	
301	26/07/2005	1379/2005	Queenan v. Canadá	Nacimiento. Tolerancia del aborto voluntario supuestamente evidenciada una falta de protección estatal de fetos y embriones.	Inadmisibles – <i>ratione personae</i> (<i>actio popularis</i>).	
302	27/07/2005	968/2001	Kim Jong-Cheol v. la República de Corea	Prohibición de publicar encuestas electorales en período pre-electoral supuestamente discrimina a personas que no tienen acceso a esa información en relación con aquellos que sí lo tienen.	Inadmisibles – falta de substanciación.	

303	21/10/2005	1012/2001	Burgess v. Australia	Imposibilidad de apelar orden de deportación firmada por el ministro en relación con aquellos no firmados por esa autoridad. Además falta de calificación del autor como extranjero no sujeto a deportación.	Inadmisible – falta de agotamiento de recursos internos.	
304	21/10/2005	1249/2004	Hermana Immaculate Joseph et al. v. Sri Lanka	Religión. Negativa de la Corte Suprema de autorizar el otorgamiento de una orden religiosa cristiana debido a que perjudicaría a la religión principal del Estado, el Budismo. Además, falta de notificación a las autoras en dicho proceso.	Admisible.	Violación del art. 26.
305	24/10/2005	1153/2003	Llantoy Huamán v. Perú	Negativa del Estado de permitir el aborto terapéutico de feto anencefálico.	Inadmisible – falta de substanciación.	
306	28/10/2005	1034/2001 y 1035/2001	Soltes v. la República Checa y la República Eslovaca	Origen nacional. Supuesto perjuicio de tribunales checos en contra del autor en razón de su origen eslovaco.	Inadmisible – falta de substanciación.	

307	28/10/2005	1396/2005	Fernández v. España	Sistema de elección de miembros del Consejo General del Poder Judicial que distingue entre jueces asociados y no asociados y exige patrocinio de jueces pertenecientes a la misma categoría que el candidato.	Inadmisibles – reserva del Estado ¹² .	
308	28/10/2005	1417/2005	J.O., Z.S. y S.O. v. Bélgica	Raza. Supuesta denegación de justicia debido a negligencia del abogado de los autores y prejuicios de los peritos.	Inadmisibles – falta de substanciación.	
309	28/10/2005	1420/2005	Linder v. Finlandia	Idioma y otra condición social (origen étnico). Negativa del Estado a cubrir gastos médicos del autor incurridos en el extranjero luego de que el autor no comprobó que residía en Finlandia.	Inadmisibles – falta de substanciación.	
310	01/11/2005	1054/2002	Kříž v. la República Checa	Otra condición social (nacionalidad). Requisito de nacionalidad para efectos de la restitución de bienes confiscados por el régimen comunista. Admisible.	Violación del art. 26.	

¹² Referente a la falta de competencia para conocer asuntos ya presentados ante otra instancia internacional.

311	01/11/2005	1238/2004	Jongenburger-Veerman v. los Países Bajos	Negativa del Estado de pagar pensión de viudez a ex-cónyuge de empleado público que trabajaba en el extranjero, siendo que se pagaba a ex-cónyuges de empleados públicos que trabajaban en los Países Bajos.	Admisible.	No hay violación del art. 26 – los hechos no se enmarcan en un criterio prohibido del art. 26 y la justificación es objetiva y razonable.
-----	------------	-----------	--	--	------------	---

Bibliografía

1. Alexy, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
2. Bayefsky, Anne F. **The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law**. Reproducido en el compilado «International Human Rights Law» Volumen II. Profesora Rebecca J Cook, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto 1991-92.
3. Bayefsky, Anne F. **General Approaches to Domestic Application of Womens International Human Rights Law**. Incluido en: Human Rights of Women, National and International Perspectives. Cook, Rebecca J., ed. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.
4. Bayefsky, Anne F. **How to Complain to the UN Human Rights Treaty System**. Transnational Publishers, Inc. with Consultative Council of Jewish Organizations and the Shores Charitable Trust. Ardsley, NY 10502, 2002.
5. Bobbio, Norberto. **Igualdad y Libertad**. Editorial Paidós I.C.E./U.A.B. Barcelona, 1993.
6. Buergenthal Thomas. **International Human Rights**. Segunda Edición. Editorial West Publishing Co., St. Paul, Minesota 1995.
7. Burrows, Noreen. **International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights**. Reproducido en el compilado "International Human Rights Law" Volumen II. Profesora Rebecca J Cook, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto 1991-92.
8. Byrnes Andrew. **Toward More Effective Enforcement of Women's Human Rights Through the Use of International Human Rights Law and Procedures**. Incluido en: Human Rights of Women, National and International Perspectives. Cook, Rebecca J., ed. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.

9. Casas Becerra, Lidia. **La Igualdad, ¿Una Mera Formalidad del Derecho para las Mujeres?** Incluido en: *Sexo, Igualdad y Derecho*. Apuntes de Derecho N°3. Espejo Yaksic, Nicolás: ed. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Otoño 1988.
10. Chioma Steady, Filomena. **The United Nations and Women: An Alliance of Fifty Years**. Incluido en: *Women and the United Nations: reflections and new horizons*. (1995). Steady, Filomina Chioma, ed.; Touré, Remie, ed. ONUDI. Rochester, VT: Schenkman Books, 1995. Forum of Women Professionals, Vienna, May 1995.
11. Comisión Andina de Juristas. **Protección de los Derechos Humanos - Definiciones Operativas**. Lima: CAJ, 1997.
12. Comisión Andina de Juristas. **Protección de los Derechos Humanos de la Mujer: Estándares Internacionales**. Lima: CAJ, diciembre 2000.
13. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°4: Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres**. Organización de Naciones Unidas, 28 de julio de 1981.
14. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°5: Emergencias Públicas**. Organización de Naciones Unidas, 28 de julio de 1981.
15. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°11: Prohibición de Propaganda a Favor de la Guerra y Apología del Odio**. Organización de Naciones Unidas, 29 de julio de 1983.
16. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°13: Garantías Procesales en Juicios Civiles y Procesales**. Organización de Naciones Unidas, 12 de abril de 1984.
17. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°15: Derechos de Extranjeros**. Organización de Naciones Unidas, 22 de julio de 1986.
18. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°17: Derechos del Niño**. Organización de Naciones Unidas, 5 de abril de 1989.
19. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°18: No Discriminación**. Organización de Naciones Unidas, 11 de septiembre 1989.
20. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°19: Matrimonio y Familia**. Organización de Naciones Unidas, 24 de junio de 1990.
21. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°23: Derechos de Menores**. Organización de Naciones Unidas, 8 de abril de 1994.
22. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°25: El Derecho a Participar en Asuntos Públicos, el Derecho a Voto y el Derecho al Acceso Igualitario al Servicio Público**. Organización de Naciones Unidas, 12 de julio de 1996.
23. Comité de Derechos Humanos. **Comentario General N°28: Igualdad de Derechos Entre Hombres y Mujeres (artículo 3)**. Organización de Naciones Unidas, 29 de marzo de 2000.

24. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. **General Recommendation 5: Temporary Special Measures.** Organización de Naciones Unidas, 4 de marzo de 1988.
25. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. **General Recommendation 19: Violence against Women.** Organización de Naciones Unidas, 29 de enero de 1992.
26. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. **General Recommendation 21: Equality in Marriage and Family Relations.** Organización de Naciones Unidas, 4 de febrero de 1994.
27. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XIV: Definition of Discrimination (art.1, par.1).** Organización de Naciones Unidas, 22 de marzo de 1993.
28. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XV: Organized Violence Based on Ethnic Origin (art.4).** Organización de Naciones Unidas, 23 de marzo de 1993.
29. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XIX: Racial Segregation and Apartheid (art.3).** Organización de Naciones Unidas, 18 de agosto de 1995.
30. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XX: Non-discriminatory implementation of Rights and Freedoms (art.5).** Organización de Naciones Unidas, 15 de marzo de 1996.
31. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XXI: Right to Self Determination.** Organización de Naciones Unidas, 23 de agosto de 1996.
32. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XXIII: Indigenous Peoples.** Organización de Naciones Unidas, 18 de agosto de 1997.
33. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. **General Recommendation XXV: Gender Related Dimensions of Racial Discrimination.** Organización de Naciones Unidas, 23 de marzo de 2000.
34. Cook, Rebecca J. **Womens International Human Rights Law: The Way Forward.** Incluido en: *Human Rights of Women, National and International Perspectives.* Cook, Rebecca J., ed. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.
35. Correa Sutil, Jorge. **Igualdad y Derecho: ¿Qué Pueden Garantizar las Normas Jurídicas?** Incluido en: *Sexo, Igualdad y Derecho.* Apuntes de Derecho N°3. Espejo Yaksic, Nicolás: ed. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Otoño 1988.

36. Corte Europea de Derechos Humanos. **Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”** Eur. Court H.R. Series A. Vol. 6, Decisión de 23 de julio de 1968.
37. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de Enero de 1984; Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.** Reproducida en «Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1984», OEA/Ser.L/V/III.10, Secretaría General. Organización de los Estados Americanos, 15 de agosto 1984.
38. De Lucas, Javier. **Artículo 2.** Incluido en: La Declaración Universal de Derechos Humanos - comentario Artículo por Artículo. Varios Autores, Asociación para las Naciones Unidas en España, Editorial Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998.
39. De Lucas, Javier. **Artículo 7.** Incluido en: La Declaración Universal de Derechos Humanos - comentario Artículo por Artículo. Varios Autores, Asociación para las Naciones Unidas en España, Editorial Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998.
40. Dworkin, Ronald. **Reverse Discrimination.** Incluido en: Taking Rights Seriously. Editorial Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1978.
41. Dworkin, Ronald. **Do Values Conflict? A Hedgehog’s Approach.** Incluido en Arizona Law Review, Summer 2001. Arizona, 2001.
42. Elter, Doris; Briant, Marie-Hélène. **La situación de las mujeres en el nuevo sistema previsional chileno.** (1995). Santiago: SERNAM, 1995 (Documentos de Trabajo - SERNAM, n. 34).
43. Espejo Yaksic, Nicolás. **El Principio de Igualdad y la No Discriminación.** Incluido en: Dimensiones de la Intolerancia y la Discriminación; Reflexiones Pendientes. Ministerio Secretaría General de Gobierno, División de Organizaciones Sociales, Programa Tolerancia y No Discriminación, Santiago, junio de 2001.
44. Facio, Alda. **Sexismo en el derecho de los derechos humanos (1991).** Incluido en: ISIS Internacional. La mujer ausente; derechos humanos en el mundo. Santiago: ISIS Internacional, 1991.
45. Garretón, Manuel Antonio. **Modelos de Discriminación e Intolerancia.** Incluido en: Dimensiones de la Intolerancia y la Discriminación; Reflexiones Pendientes. Ministerio Secretaría General de Gobierno, División de Organizaciones Sociales, Programa Tolerancia y No Discriminación, Santiago, junio de 2001.
46. Gómez Bernal, Gastón. **Constitución, Derechos y Libertad Sexual.** Incluido en: Sexo, Igualdad y Derecho. Apuntes de Derecho Nº3. Espejo Yaksic, Nicolás: ed. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Otoño 1988.

47. Gros Espiell, Héctor. **La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano.** Incluido en Revista IIDH, Número Especial en Conmemoración del Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, mayo de 1989.
48. Guernsey, JoAnn Bren. **Affirmative action: a problem or a remedy?** Lerner Publications, Minneapolis, 2000.
49. Horvitz Lennon, María Inés. **Delitos Sexuales, Libertad Personal y Protección de la Moral.** Incluido en: Sexo, Igualdad y Derecho. Apuntes de Derecho N°3. Espejo Yaksic, Nicolás: ed. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Otoño 1988.
50. Instituto Centroamericano de Estudios Políticos. **Identidad y derechos de los pueblos indígenas: la cuestión étnica 500 años después** (1993). Guatemala: INCEP, 1993 (Panorama Centroamericano. Temas y Documentos de Debate, n. 47-48).
51. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. **Igualdad de oportunidades de personas con minusvalía** (1999). España. Madrid: IMSERSO, 1999.
52. La Morada. **Más Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Menos Desigualdades de las Mujeres en Chile: 2º Informe de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Mujeres en Chile, 2001.** Matus, Verónica, ed. Corporación de Desarrollo de la Mujer - La Morada en colaboración con la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional y la Fundación Ford, 2001.
53. Lewis-Anthony, Siân. **Treaty Based Procedures for Making Human Rights Complaints Within the UN System.** Incluido en: Guide to International Human Rights Practice. Hannum, Hurst: ed. University of Pennsylvania Press, 1992. Procedural Aspects of International Law Institute en colaboración con Human Rights Law Group.
54. Mahoney, Kathleen E. **Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts.** Incluido en: Human Rights of Women, National and International Perspectives. Cook, Rebecca J., ed. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.
55. Mariner, Joanne. **Utilización de los Instrumentos y Mecanismos de las Naciones Unidas Para Proteger los Derechos de la Mujer.** Incluido en: Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres, I Curso Taller, IIDH, CLADEM, 1997.
56. Martínez Cobo, José R. **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas; vol. 5: conclusiones, propuestas y recomendaciones.** NU. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Nueva York, NY: Naciones Unidas, 1987.

57. Max-Neef, Manfred. **Discriminación y Pobreza**. Incluido en: Dimensiones de la Intolerancia y la Discriminación; Reflexiones Pendientes. Ministerio Secretaría General de Gobierno, División de Organizaciones Sociales, Programa Tolerancia y No Discriminación, junio de 2001.
58. McKean, Warwick. **Equality and Discrimination Under International Law**. Editorial Clarendon Press, Oxford, 1983.
59. Medina Quiroga, Cecilia. **Do International Human Rights Laws Protect Women?** Incluido en “Ours by right: women’s rights as human rights” (1993). Kerr, Joanna, ed. North-South Institute. Londres: Zed Books, 1993. International Conference Linking Hands for Changing Laws: Women’s Rights as Human Rights Around the World, Toronto, septiembre 1992.
60. Medina Quiroga, Cecilia. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Incluido en “Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”, editores Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa, publicado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre 1996.
61. Micco, Sergio. **Tolerancia: Conceptos Fundamentales**. Incluido en: Dimensiones de la Intolerancia y la Discriminación; Reflexiones Pendientes. Ministerio Secretaría General de Gobierno, División de Organizaciones Sociales, Programa Tolerancia y No Discriminación, junio de 2001.
62. Nikken, Pedro. **El Concepto de Derechos Humanos**. Incluido en “Estudios Básicos de Derechos Humanos: Tomo 1”, Primera Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.
63. Nino, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. Editorial Ariel Derecho, Octava Edición, Barcelona, 1997.
64. Nowak, Manfred. **U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary**. Editorial N.P. Engel, 1993.
65. NU. Departamento de Información Pública. **The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1996** (1996). Revised edition. New York, NY: United Nations, 1996. 845 p. (The United Nations Blue Books Series, vol. 6).
66. NU. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Human Rights: A Compilation of International Instruments**. ST/HR/1/Rev.5. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 1997.
67. NU. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. **The United Nations and Persons with Disabilities: The First 50 Years** (2000). ST/ESA/259. New York, NY: United Nations, 2000.

68. NU. **Multilateral treaty framework, an invitation to universal participation; focus 2001: rights of women and children, 19 September-5 October 2001.** Naciones Unidas, New York, NY, 2001.
69. Peña González, Carlos. **El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Incluido en “Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”, editores Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa, publicado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, septiembre 1996.
70. Pérez González, Manuel. **La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.** Incluido en: La Declaración Universal de Derechos Humanos - comentario Artículo por Artículo. Varios Autores, Asociación para las Naciones Unidas en España, Editorial Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998.
71. Pietilä, Hilikka; Vickers, Jeanne. **Making women matter: the role of the United Nations.** Edición revisada y puesta al día. Londres, Zed Books, 1994. Conferencia Mundial de la Mujer, 4: Acción para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, Beijing, 4-15 septiembre 1995.
72. Rawls, John. **Teoría de la Justicia.** Editorial Fondo de Cultura Económica, Primera Edición, Buenos Aires, 1993.
73. Romany, Cecilia. **Los Derechos de la Mujer: Hacia una Mejor Utilización del Sistema de Naciones Unidas.** Incluido en: Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres, I Curso Taller, IIDH, CLADEM, 1997.
74. Roth, Kenneth. **Domestic Violence as an International Human Rights Issue.** Incluido en: Human Rights of Women, National and International Perspectives. Cook, Rebecca J., ed. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994.
75. Sanders, Douglas. **Collective Rights.** Reproducido en el compilado “International Human Rights Law” Volumen II. Profesora Rebecca J. Cook, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 1991-92.
76. Sen, Amartya. **¿Igualdad de Qué?** Incluido en Libertad, Igualdad y Derecho: Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral. Editorial Sterling M. McMurrin. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1988.
77. Sen, Amartya. **Inequality Reexamined.** Oxford University Press, Oxford, 1992.
78. Skidmore, Thomas E. y Smith, Peter H. **Modern Latin America.** Oxford University Press Inc., Segunda Edición, Nueva York, 1989.
79. Sohn, Louis B. **The Rights of Minorities.** Reproducido en el compilado “International Human Rights Law” Volumen II. Profesora Rebecca J. Cook, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, 1991-92.

80. Ulshoefer, Petra. **Igualdad de oportunidades para las mujeres en los años 90: desafíos para la legislación del trabajo, la seguridad social y las relaciones laborales.** (1994). Ginebra: OIT, 1994. Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe, 6, Mar del Plata, 25-29 septiembre 1994.
81. Villán Durán, Carlos. **La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica Desarrollada por los Órganos de las Naciones Unidas.** Incluido en: La Declaración Universal de Derechos Humanos - comentario Artículo por Artículo. Varios Autores, Asociación para las Naciones Unidas en España, Editorial Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998.
82. Viveros, Felipe. **El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación en el Sistema Jurídico Chileno.** Incluido en la publicación «Bases Generales del Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile 2001-2006», Programa Tolerancia y No Discriminación, División de Organizaciones Sociales, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Gobierno de Chile, 2001.

Instrumentos Internacionales:

1. **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.** Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950.
2. **Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.** Naciones Unidas, 29 de enero de 1957.
3. **Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación).** Organización Internacional del Trabajo, 25 de junio de 1958.
4. **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.** Naciones Unidas, 21 de diciembre de 1965.
5. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
6. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
7. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
8. **Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.** Organización de Estados Americanos, 22 de noviembre de 1969.
9. **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.** Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.

10. **Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a Abolir la Pena de Muerte.** Naciones Unidas, 15 de diciembre de 1989.

Bases de Datos:

1. Base de datos <http://sim.law.uu.nl/sim/Dochome.nsf> de la Facultad de Derecho, Universidad de Utrecht, Países Bajos.
2. Base de datos www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
3. Base de datos www.icj-cij.org/ de la Corte Internacional de Justicia.
4. Base de datos www.cajpe.org.pe/rij/ de la Comisión Andina de Juristas.
5. Base de Datos www.bayefsky.com de Anne F. Bayefsky.

