

**Comunicación Nº 902/1999: New Zealand. 30/07/2002.
CCPR/C/75/D/902/1999. (Jurisprudence)**

Convention Abbreviation: CCPR

75º período de sesiones

8 - 26 de julio de 2002

ANEXO

**Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

- 75º período de sesiones -

Comunicación Nº 902/1999

Presentada por: Juliet Joslin y otras (representadas por el abogado Nigel C. Christie)

Presunta víctima: Las autoras

Estado Parte: Nueva Zelanda

Fecha de la comunicación: 30 de noviembre de 1998 (comunicación inicial)

**El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos, Reunido el 17 de julio de 2002,**

**Habiendo concluido el examen de la comunicación Nº 902/1999 presentada al Comité de Derechos
Humanos por Juliet Joslin y otras con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos,**

**Habiendo tenido en cuenta toda la información que le ha presentado por escrito el autor de la
comunicación y el Estado Parte,**

Aprueba el siguiente:

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. Las autoras de la comunicación son Juliet Joslin, Jennifer Rowan, Margaret Pearl y Lindsay Zelf, todas ellas de nacionalidad neozelandesa y nacidas, respectivamente, el 24 de octubre de 1950, el 27 de septiembre de 1949, el 16 de noviembre de 1950 y el 11 de septiembre de 1951. Declaran que son víctimas de una violación por Nueva Zelanda del artículo 16; del artículo 17, en sí mismo y en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2; el párrafo 1 del artículo 23 en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2; el párrafo 2 del artículo 23 en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2; y el artículo 26. Las autoras están representadas por un abogado.

Los hechos expuestos por las autoras

2.1. La Srta. Joslin y la Srta. Rowan empezaron una relación lesbiana en enero de 1988. Desde ese momento han asumido conjuntamente la responsabilidad de sus hijos de matrimonios anteriores. Viviendo juntas mantienen un fondo común de recursos y tienen la propiedad conjunta de su vivienda. Mantienen relaciones sexuales. El 4 de diciembre de 1995 solicitaron, en virtud de la Ley de matrimonio de 1955, una licencia matrimonial en el Registro Local de Nacimientos, Defunciones y Matrimonios, notificando su intención de contraer matrimonio en la oficina local del Registro

Civil. El 14 de diciembre de 1995 el Director General Adjunto del Registro Civil rechazó la solicitud.

2.2. Igualmente, la Srta. Zelf y la Srta. Pearl iniciaron una relación lesbiana en abril de 1993. También comparten la responsabilidad por los hijos de un matrimonio anterior, tienen un fondo común de recursos y mantienen relaciones sexuales. El 22 de enero de 1996 la oficina local del Registro Civil se negó a aceptar una notificación de su intención de contraer matrimonio. El 2 de febrero de 1996 la Srta. Zelf y la Srta. Pearl notificaron su intención de contraer matrimonio en otra oficina del Registro Civil. El 12 de febrero de 1996 el Director General del Registro Civil les informó de que la notificación no podía ser tramitada. Les comunicó que él mismo procedía legalmente al entender que la Ley de matrimonio sólo era aplicable a la unión entre un hombre y una mujer.

2.3. Las cuatro autoras solicitaron entonces al Tribunal Superior una declaración de que como parejas lesbianas, tenían legítimo derecho a obtener una licencia matrimonial y a contraer matrimonio en virtud de la Ley de matrimonio de 1955. El 28 de mayo de 1996 el Tribunal Superior rechazó la solicitud. Observando, entre otras cosas, que el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto no se refería a la unión de personas del mismo sexo, el Tribunal sostuvo que era claro que el texto estatutario de la Ley de matrimonio se refería exclusivamente a la unión de un hombre y una mujer.

2.4. El 17 de diciembre de 1997 el pleno del Tribunal de Apelación desestimó la apelación de los autores. El Tribunal sostuvo unánimemente que era patente que la Ley de matrimonio se aplicaba exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer. Una mayoría del Tribunal sostuvo además que no constituía discriminación el hecho de que el matrimonio en la Ley respectiva se circunscribiera a la unión entre un hombre y una mujer. El Juez Keith, exponiendo en detalle las opiniones de la mayoría, no halló en el plan y el texto del Pacto, la jurisprudencia anterior del Comité, los trabajos preparatorios ni los estudios de expertos (1) ningún apoyo para el argumento de que limitar el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer constituía una violación del Pacto.

La denuncia

3.1. Las autoras sostienen que ha habido violación del artículo 26 porque el hecho de que la Ley de matrimonio no contemple la unión entre homosexuales discrimina contra ellos directamente por motivo de sexo e indirectamente por motivo de su orientación sexual. Declaran que el hecho de no poder contraer matrimonio les ocasiona un "perjuicio real" por diversos conceptos: se ven privadas de la posibilidad de contraer matrimonio, que es un derecho civil fundamental, excluidas como miembros de pleno derecho de la sociedad; su relación es estigmatizada, con la eventual erosión de la autoestima; y no tienen la posibilidad de elegir si contraer o no matrimonio, como hacen las parejas heterosexuales.

3.2. Los autores sostienen que la diferenciación que hace la Ley de matrimonio no puede justificarse por ninguno de los diversos motivos que podría invocar el Estado. Éstos son que el matrimonio se centra en la procreación y los homosexuales son incapaces de procrear; el reconocimiento de que el matrimonio homosexual validaría un "estilo de vida particular"; que el matrimonio es consecuente con la moral y las buenas costumbres; que el matrimonio es una institución de longevidad; que están disponibles otras modalidades contractuales/arreglos particulares; que una liberalización de la institución actual del matrimonio abriría las compuertas a todos los peligros; que el matrimonio es la estructura óptima para cuidar de los hijos, y que habría que respetar la decisión democrática del Parlamento.

3.3. A esas posibles justificaciones las autoras contraponen, en primer lugar, los argumentos de que la procreación no es el objeto central del matrimonio y no constituye un aspecto distintivo del matrimonio en el derecho neozelandés. En cualquier caso, las lesbianas podrían tener hijos utilizando tecnologías reproductivas y la autorización del matrimonio homosexual no afectaría la capacidad de procreación de los heterosexuales. En segundo lugar, no existe un "estilo de vida" homosexual. Por lo demás, la Ley de matrimonio no sanciona estilos de vida particulares y no hay prueba alguna de que un hipotético estilo de vida homosexual presente elementos que justifiquen una incapacidad para el matrimonio. En tercer lugar, de conformidad con los "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (2), la moral pública no puede justificar una discriminación contraria al Pacto. En todo caso, según las autoras, la moral pública de Nueva Zelanda no es partidaria de que se excluya a los homosexuales del matrimonio.

3.4. En cuarto lugar, la longevidad o la tradición no pueden justificar la discriminación. En cualquier caso, la investigación histórica muestra que en diferentes épocas diversas sociedades en diferentes partes del mundo han reconocido las uniones homosexuales (3). En quinto lugar, si los homosexuales tuvieran que concertar arreglos contractuales o particulares de otro tipo para poder recibir los beneficios que se derivan del matrimonio, los heterosexuales deberían tener que pagar el mismo precio. Por otra parte, en Nueva Zelanda los arreglos contractuales no conferirían todos los beneficios del matrimonio. En sexto lugar, la autorización del matrimonio homosexual no tendría por qué dar lugar a la autorización de los matrimonios polígamos o incestuosos. Hay razones para no permitir tales matrimonios que no se dan en los matrimonios homosexuales. En séptimo lugar, las autoras sostienen que la investigación social norteamericana ha demostrado que el efecto de la paternidad homosexual en los niños no es sensiblemente distinto del de la heterosexual, incluso en lo que se refiere a la identidad sexual y el bienestar psíquico o emocional (4). En cualquier caso, ya hay parejas homosexuales, como la de las autoras, que cuidan de sus hijos. Por último, las autoras sostienen que en este caso no debe mostrarse ninguna deferencia hacia la voluntad democrática, expresada por las autoridades nacionales y en particular el poder legislativo, ya que está en juego una cuestión de derechos humanos (5).

3.5. Las autoras también sostienen que ha habido violación del artículo 16. Según ellas, el artículo 16 tiene por objeto afirmar la dignidad esencial de las personas mediante su reconocimiento como

sujetos de derecho, tanto en cuanto individuos como en cuanto miembros de una pareja. La Ley de matrimonio, al impedir que las autoras obtengan los atributos y beneficios legales derivados del matrimonio, incluidas las ventajas del derecho de adopción, sucesión, propiedad matrimonial, protección familiar y pruebas, priva a las autoras de acceso a una institución importante a través de la cual las personas adquieren y ejercen personalidad jurídica.

3.6. Las autoras sostienen además que ha habido violación del artículo 17, tanto en sí mismo como en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2, porque el hecho de restringir el matrimonio a las parejas heterosexuales viola los derechos de las autoras a la familia y la vida privada. Las autoras afirman que sus relaciones tienen todos los atributos de la vida familiar, (6) pero se ven privadas de reconocimiento civil a través del matrimonio. Ello equivale a incumplimiento por el Estado de su obligación positiva de proteger la vida familiar. Es más, el que no se respeten la elección privada fundamental de la propia identidad sexual y las relaciones derivadas de ésta constituye una injerencia en la vida privada amparada por el artículo 17 (7). Este tipo de injerencia es también arbitrario porque es discriminatorio, se basa en el prejuicio y no tiene justificación por las razones ya expuestas.

3.7. Las autoras sostienen además que ha habido violación del párrafo 1 del artículo 23 en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2. Declaran que sus relaciones reúnen todas las condiciones en que se basa el reconocimiento de una familia heterosexual, y que sólo falta el requisito del reconocimiento legal. Las autoras señalan que el párrafo 1 del artículo 2 exige que el reconocimiento de la familia no sea discriminatorio, requisito que no cumple la Ley de matrimonio.

3.8. Por último, las autoras afirman que ha habido violación del párrafo 2 del artículo 23 en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2. Declaran que el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio debe ser interpretado a la luz del párrafo 1 del artículo 2, que prohíbe las distinciones de cualquier tipo. Como la Ley de matrimonio hace una distinción basada en el motivo prohibido del sexo, en cuyo ámbito está incluida la orientación sexual, (8) se han violado los derechos de las autoras a este respecto. Si bien el Tribunal Europeo ha sostenido que el derecho respectivo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se circunscribe a la unión entre un hombre y una mujer, (9) el Comité debería optar por una interpretación más amplia. Es más, si se examina el texto del párrafo, cuando se habla de "el hombre y la mujer" del párrafo 2 del artículo 23 no se quiere decir que sólo los hombres se casan con mujeres sino que los hombres como grupo y las mujeres como grupo pueden contraer matrimonio.

3.9. En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, las autoras sostienen que sería inútil apelar nuevamente la decisión del Tribunal de Apelación ante el Consejo Privado ya que los tribunales no pueden negarse a aplicar una legislación primaria como es la Ley de matrimonio.

Exposición del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1. En cuanto al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el Estado Parte rechaza las afirmaciones de las autoras en el sentido de que es inútil apelar ante el Consejo Privado, señalando que el Consejo Privado podría interpretar el texto de la Ley de matrimonio en el sentido de que permite un matrimonio entre lesbianas. El Estado Parte observa que los tribunales inferiores consideraron que era patente el sentido estatutario de la ley y que no había ninguna incongruencia entre la Ley de la Carta de Derechos y el derecho de no discriminación enunciado en ella. Los tribunales locales tenían ante sí una cuestión de interpretación estatutaria, y el Consejo Privado bien podría llegar a una conclusión diferente en cuanto al significado de la ley. Sin embargo, el Estado Parte se niega expresamente a formular una conclusión con respecto a la admisibilidad de la comunicación por este u otros conceptos.

4.2. En cuanto al fondo de la comunicación, el Estado Parte rechaza el argumento de las autoras de que el Pacto exige a los Estados Partes que autoricen a las parejas homosexuales a contraer matrimonio, observando que dicho planteamiento impondría la redefinición de una institución legal amparada y definida por el propio Pacto y de una institución que refleja valores sociales y culturales del Estado Parte que son compatibles con el Pacto. El derecho y la política del Estado Parte protegen y reconocen a las parejas homosexuales de diversas maneras. Sin embargo, su reconocimiento a través de la institución del matrimonio es algo que "va mucho más allá del ámbito del Pacto". El Estado Parte señala que, aunque varios Estados han instituido modalidades de registro de las parejas homosexuales, no hay ninguno que permita actualmente el matrimonio de homosexuales (10) . El sentido fundamental del matrimonio en el Pacto y en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el derecho neozelandés es la unión entre un hombre y una mujer.

4.3. El argumento fundamental del Estado Parte es que el texto del párrafo 2 del artículo 23 del Pacto claramente prevé una definición del matrimonio como la unión de parejas de uno y otro sexo. En su sentido ordinario las palabras "contraer matrimonio" se refieren a parejas de uno y otro sexo (11) . Es significativo que en el párrafo 2 del artículo 23 figure el único derecho sustantivo protegido por el Pacto en que se alude específicamente al sexo, con la expresión "del hombre y de la mujer", mientras que en todos los demás derechos se prescinde de consideraciones basadas en el sexo (12) .Esta lectura contextual se ve reforzada por el uso de las palabras "contrayentes" y "esposos", que designan a las partes de sexo opuesto que contraen matrimonio, en los párrafos 3 y 4 del artículo 23. El consenso universal en la práctica de los Estados respalda este punto de vista: ningún Estado Parte prevé el matrimonio homosexual; y ninguno ha entendido que el Pacto sí lo prevea, por lo que nunca se han formulado reservas a ese respecto.

4.4. El Estado Parte observa que su interpretación del párrafo 2 del artículo 23 es coherente con los travaux préparatoires del Pacto. El artículo 23 se derivó directamente del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se establece, en la única referencia específica al sexo que figura en la Declaración, el derecho de "los hombres y las mujeres... a casarse". En los travaux préparatoires del artículo 23 figuran además repetidas referencias a "el marido y la

mujer" (13). Tal interpretación está confirmada también por respetables comentarios de especialistas (14) y por decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se ha dictaminado repetidas veces que la disposición equivalente del Convenio Europeo no abarca a las parejas homosexuales (15).

4.5. El Estado Parte destaca que los términos específicos del párrafo 2 del artículo 23, que aluden claramente a parejas de distinto sexo, deben tenerse en cuenta en la interpretación de los otros derechos consagrados en el Pacto que se han invocado. Si se aplica la máxima interpretativa generalia specialibus non derogant, según la cual las disposiciones generales no deben derogar las disposiciones específicas, el significado específico del párrafo 2 del artículo 23 no permite derivar una interpretación contraria de otras disposiciones más generales del Pacto.

4.6. En cuanto al artículo 16, el Estado Parte sostiene que esta disposición confiere un derecho individual. No es posible interpretar el artículo 16 en el sentido de que crea una obligación de reconocer formas particulares de relaciones de una manera dada, porque la personalidad jurídica que protege el artículo 16 es la de la persona, no la de parejas u otros grupos sociales. Tanto los travaux préparatoires como los comentarios de especialistas refuerzan la idea de que el artículo 16 tiene por objeto evitar que los Estados denieguen a las personas la posibilidad de disfrutar y hacer efectivos sus derechos legales, y no ocuparse de la capacidad de actuar de la persona (16). En consecuencia, el artículo 16 no puede entenderse en el sentido de que establece la adquisición de derechos como consecuencia de una condición jurídica particular, o de que confiere el derecho de actuar de una determinada manera, por ejemplo, de contraer matrimonio, en virtud de la ley.

4.7. En lo que respecta al artículo 17, tanto por sí solo como conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2, el Estado Parte se remite a la Observación general N° 16, en la que se afirma que el artículo 17 protege contra "todas esas injerencias y ataques" respecto de la expresión de la identidad de las personas. Los requisitos de la Ley de matrimonio, sin embargo, no constituyen una injerencia o un ataque respecto de la familia o la vida privada de las autoras, que están protegidas por la legislación general que regula la vida privada, los derechos humanos y el derecho de la familia. A diferencia de la legislación penal invocada en el caso Toonen c. Australia, (17) la Ley de matrimonio no autoriza injerencias en los asuntos personales ni se inmiscuye de otra manera en la vida privada o familiar de las autoras, ni trata en general a éstas como miembros de un grupo social. Las autoras no están sujetas a ninguna restricción en la expresión de su identidad ni en las relaciones personales que pueden entablar, sino que piden más bien que el Estado confiera un estatuto jurídico particular a su relación.

4.8. En cuanto al párrafo 1 del artículo 23, junto con el párrafo 1 del artículo 2, el Estado Parte declara que, contrariamente a lo que se dice en la comunicación, no considera a las autoras, con o sin sus hijos, como familias. El derecho protege a la familia de varios modos, por ejemplo, mediante las leyes relativas a la protección de los niños, la protección de los bienes familiares, la disolución del matrimonio, etc. Aunque algunas de estas esferas no abarcan a las parejas homosexuales, ciertos sectores están siendo examinados, (18) y varias otras medidas sí se aplican a las parejas

homosexuales, (19) en consonancia con los cambios sociales y en el marco de un examen cuidadoso y de extensas consultas. Ese trato diferencial está admitido, ya que la jurisprudencia del Comité es clara en cuanto a que las concepciones y el trato jurídico de las familias varían ampliamente (20) . En su Observación general Nº 19, el Comité reconoce asimismo que la ley y la política relativas a las familias puedan variar de una forma de familia a otra.

4.9. El Estado Parte afirma, por lo tanto, que el párrafo 1 del artículo 23 permite claramente el trato diferente de diferentes formas de familia. El trato diferencial de las familias que comprenden a una pareja casada o están encabezadas por ella refleja también la obligación de los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23, de considerar el matrimonio como una institución aparte. El Estado Parte observa que está realizando un examen programático del derecho y la política que afectan a las parejas homosexuales para cerciorarse de que en su legislación y su práctica relativas a la familia se respeten los valores sociales, políticos y culturales.

4.10. Respecto del párrafo 2 del artículo 23, conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 2, el Estado Parte se remite a sus declaraciones anteriores de que el párrafo 2 del artículo 23 no puede interpretarse en el sentido de que abarca el derecho de una pareja homosexual a contraer matrimonio. En todo caso, la imposibilidad de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio en el derecho neozelandés no se deriva de un trato diferencial de las parejas homosexuales, sino de la naturaleza misma de la institución del matrimonio reconocida en el párrafo 2 del artículo 23.

4.11. 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.

4.12. 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. En los travaux préparatoires del Pacto se reconoce también que el derecho a la no discriminación no exige la identidad de trato (21) . 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.

4.13. En segundo lugar, la imposibilidad de las parejas homosexuales de contraer matrimonio en 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. A ese respecto, el Estado Parte alude a una decisión reciente del Tribunal de Justicia Europeo, en la que se dictaminó que la concesión de prestaciones particulares a las parejas de sexo opuesto y no a las parejas homosexuales no constituía discriminación por motivos de sexo, ya que la disposición se aplicaba por igual a hombres y mujeres (22).

4.14. 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.

Comentarios de las autoras

5.1. Las autoras rechazan los argumentos del Estado Parte relativos a la admisibilidad y al fondo. En cuanto a la admisibilidad, sostienen que, aun cuando los tribunales estimaran que el verdadero sentido de la Ley de matrimonio es discriminatorio y viola la Carta de los Derechos, estarían obligados igualmente a aplicar la Ley de matrimonio, porque la legislación primaria no puede anularse por motivos de incompatibilidad con la Carta de los Derechos. En cuanto al fondo, las autoras afirman que la decisión del Tribunal de Apelación de que la Ley de matrimonio no es discriminatoria fue una decisión equivocada. Sostienen que, puesto que i) los homosexuales son tratados en forma diferente de los heterosexuales con respecto al matrimonio, ii) este trato diferencial se basa en el sexo y en la orientación sexual y iii) las parejas homosexuales sufren por ello un daño y una estigmatización considerables, la Ley de matrimonio es discriminatoria. En apoyo de esta afirmación, las autoras citan una decisión reciente del Tribunal Supremo de la Columbia Británica en el sentido de que la denegación del acceso al matrimonio con arreglo al derecho canadiense es discriminatoria (23).

5.2. Las autoras sostienen que los tribunales nacionales se equivocaron en lo que respecta a la legislación de Nueva Zelanda, al decidir que, según la legislación local las parejas homosexuales no pueden casarse. Las autoras aducen que los tribunales no prestaron atención al requerimiento de su legislación nacional de que la Ley sobre el matrimonio debe interpretarse de conformidad con la

disposición de no discriminación de la Ley de la Carta de Derechos de 1990. Los tribunales no lo hicieron así, a pesar de que el Gobierno no había justificado objetivamente la distinción de la Ley sobre el matrimonio. Las autoras continúan aduciendo que los tribunales se remitieron erróneamente a una idea "tradicional" fija del matrimonio, afirmando que la discriminación anterior no puede justificar la discriminación continua y que esa opinión no tiene en cuenta la evolución de las estructuras sociales. Según las autoras, como estructura social, el matrimonio puede "desestructurarse" y también "reestructurarse" socialmente. Los autores entienden que los tribunales locales compuestos de mayorías heterosexuales, creen firmemente en el "heterosexismo dominante". Afirman que la sociedad y el Estado han programado sus memorias selectivas para construir el matrimonio en forma heterosexual inherente y naturalmente, excluyendo sin duda así del acceso al matrimonio a quienes consideran "pervertidos". Los autores insisten en que el matrimonio en Nueva Zelanda es un acto secular realizado con arreglo a normas seculares, y que las concepciones religiosas de otros no deben limitar los derechos de los homosexuales.

5.3. Según los autores, su exclusión de la institución del matrimonio no reconoce la dignidad inherente de los homosexuales ni sus derechos iguales e inalienables como miembros de la familia humana, no aporta los fundamentos de libertad y justicia de los homosexuales, no protege los derechos humanos de los homosexuales, no utiliza el imperio de la ley para proteger esos derechos, o para demostrar que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su fe en la dignidad y el valor de las personas lesbianas y gays como seres humanos.

5.4. Las autoras consideran asimismo que las parejas homosexuales tienen una expectativa legítima, derivada de la disposición de los Pactos sobre la igualdad, que el Estado Parte persigue activamente la adopción de medidas legislativas que fomenten el reconocimiento de las relaciones homosexuales mediante una legislación apropiada. Sin embargo, las autoras aducen además que las mejoras adicionales en la situación jurídica de las parejas homosexuales no son una manera aceptable de abordar la discriminación anterior, y en todo caso las mejoras que se han introducido no proporcionan una mayor igualdad. Las autoras afirman que la inclusión de parejas homosexuales en la Ley de propiedad (relación) de 1976 (que prevé la igualdad de derechos de propiedad en caso de separación), (24) la Ley sobre la electricidad de 1992, la Ley sobre la violencia en el hogar de 1995, la Ley de acoso de 1992, la Ley del seguro de accidentes de 1998 y la Ley modificatoria de la reestructuración de la vivienda (alquileres en relación con los ingresos) de 2000 no reconoce plenamente a las parejas homosexuales. Los autores declaran que el Gobierno va a presentar en el Parlamento un proyecto de ley de unión civil, en el que se ofrece una alternativa al matrimonio para el reconocimiento legal de la relación. Pero ese proyecto de ley sería insuficiente y perpetuaría la desigualdad, pues probablemente no ofrecería todos los incidentes jurídicos del matrimonio. Las autoras también afirman que las otras mejoras legislativas de las parejas homosexuales previstas para el futuro en el proyecto de ley de reforma de la Ley de derechos humanos de 2001 son demasiado escasas y en general insatisfactorias.

5.5. Por último, en cuanto a la práctica del Estado, los autores señalan que un Estado Parte, los Países Bajos, autorizaron el matrimonio civil de las parejas homosexuales el 1º de abril de 2001.

Declaraciones adicionales del Estado Parte

6.1. El Estado Parte hizo declaraciones adicionales sobre las siguientes cuestiones, rechazando los comentarios de los autores y remitiéndose a sus declaraciones originales sobre las cuestiones restantes. El Estado Parte señala, en primer lugar, que su Gobierno todavía no ha decidido si aprobará el proyecto de ley de unión civil propuesto actualmente por un miembro del Parlamento. En segundo lugar, el Estado Parte indica que ha continuado su examen programático de la legislación y la política y, mediante la promulgación de la Ley de enmienda de los derechos humanos, ha aportado varias mejoras a la situación jurídica de las parejas homosexuales (25). La Ley de reforma introduce también un procedimiento de denuncia de violación de los derechos humanos (disponiéndose de asistencia letrada pública) para impugnar la política gubernamental. Los tribunales podrán conceder recursos sustantivos. En caso de impugnarse la legislación, esos órganos podrán hacer una declaración de incoherencia que requiere una respuesta del Gobierno en 120 días, pudiendo publicarse órdenes obligatorias con respecto a políticas y prácticas. En todo caso, el Estado Parte no acepta que un procedimiento programático e incremental viole el Pacto.

6.2. En cuanto a la interpretación de la jurisprudencia por los autores, el Estado Parte discrepa de su interpretación. El Estado Parte aduce que, en contra de lo que suponen las autoras, el Tribunal Supremo de Columbia Británica no entendió que hubiera discriminación en el caso Shortt (26). El Tribunal consideró que la violación de los derechos a la igualdad de los peticionarios en ese caso estaba justificada y, en consecuencia, no había habido violación de la Carta de Derechos y Libertades Canadiense. En cuanto al caso no especificado a que hacen referencia las autoras (27) el Estado Parte señala que en el caso de *Re an Application of T* (28) el Alto Tribunal determinó que la solicitud de T de adoptar a uno de los tres niños de su compañera lesbiana no redundaría, en realidad, en el interés superior del niño. El niño no obtendría ningún beneficio adicional del que ya le proporcionaba la tutela. En *A c. R* (29) como consecuencia de la separación de la misma pareja, el tribunal dictaminó con respecto a la pensión alimenticia de los niños a favor de quien tenía la tutela, a fin de protegerlos debidamente. El Estado Parte rechaza la afirmación de que esos casos ilustran el reconocimiento anómalo de la relación sólo después de terminar, aduciendo más bien que en cada caso se evalúan debidamente las necesidades de los niños y los efectos que tiene para ellos la relación en cada aspecto.

6.3. Por último, en respuesta a la afirmación de las autoras de que el Pacto crea legalmente una "expectativa legítima" de que las parejas homosexuales están reconocidas, el Estado Parte declara que, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales, está obligado a garantizar, como lo ha hecho, que su legislación se ajusta al Pacto.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1. De conformidad con el artículo 87 de su reglamento, antes de examinar las reclamaciones contenidas en la comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si ésta es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

7.2. El Comité se ha cerciorado de que este mismo asunto no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglos internacionales a los fines del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.3. Con respecto al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna el Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que el Consejo Privado podría haber interpretado el acta de matrimonio, en contra del procedimiento seguido por el Tribunal de Apelación, en la forma pretendida por las autoras. Sin embargo, el Comité observa que el Estado Parte declaró expresamente que "no se manifestaba en cuanto a la admisibilidad de la comunicación según el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo". En vista de esta declaración y a falta de cualesquiera otras objeciones a la admisibilidad de la comunicación, el Comité decide que la comunicación es admisible.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han facilitado las partes, como se establece en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

8.2. La principal queja de las autoras es que el Pacto obliga a los Estados Partes a ofrecer a las parejas homosexuales la posibilidad de casarse y que al negar esa posibilidad el Estado Parte viola los artículos 16 y 17 y los párrafos 1 y 2 del artículo 23 y el artículo 26 del Pacto. El Comité observa que el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto trata expresamente de la cuestión del derecho al matrimonio. 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.

8.3. En vista del alcance del derecho al matrimonio conforme al párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, el Comité no puede considerar que por el mero hecho de negar el matrimonio entre parejas homosexuales el Estado Parte haya violado los derechos de las autoras en virtud de los artículos 16 y 17, de los párrafos 1 y 2 y del artículo 23 ni del artículo 26 del Pacto.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, opina que los hechos expuestos no revelan violación de ninguna disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[Aprobado en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Louis Henkin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Eckart Klein, Sr. David Kretzmer, Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Rafael Rivas Posada, Sr. Martin Scheinin, Sr. Ivan Shearer, Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sr. Patrick Vella y Sr. Maxwell Yalden.

** Se adjunta al presente documento el texto de un voto particular firmado por los miembros del Comité, Sr. Rajsoomer Lallah y Sr. Martin Scheinin.

Notas

1. Harris, D., Joseph, S.: *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pág. 507 ("Parece claro que quienes redactaron el texto no previeron los matrimonios de homosexuales en las disposiciones del párrafo 2 del artículo 23.").

2 E/CN.4/1985/4, reimpresso en 36 ICJ Review 47 (junio de 1986).

3 Las autoras se refieren a Pantazis, A.: "An Argument for the Legal Recognition of Gay and Lesbian Marriage", (1996) 113 South African Law Journal 556; y Eskridge, W.: "A History of Same-Sex Marriage", (1993) 79 Virginia Law Review 1419.

4 Las autoras se refieren a Bozett, F.: *Gay and Lesbian Parents* (1987); Schwartz-Gottman, J.: "Children of Gay and Lesbian Parents" (1989) 14 Marriage and Family Review 177; y Patterson, C.: "Children of Lesbian and Gay Parents" (1992) 63 Child Development 1025.

5 Las autoras citan a Toonen c. Australia (comunicación 488/1992, dictamen aprobado el 31 de marzo de 1994, en 9.5) y Sutherland c. el Reino Unido ((1997) 24 EHRR-CD 22, en 62).

6 Las autoras se refieren a Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio (comunicación N° 35/1978) y Abdulaziz y otros c. el Reino Unido ((1985) 7 EHRR 471).

7 Las autoras se refieren a Coeriel y otros c. los Países Bajos (comunicación N° 453/1991, dictamen aprobado el 31 de octubre de 1994, en 10.2).

8 Toonen c. Australia, op. cit.

9 Sheffield y Horsham c. el Reino Unido (31-32/1997/815-816/1018-1019, dictamen de 30 de julio de 1998) que interpreta el artículo 12 ("Hombres y mujeres en edad de contraer matrimonio tienen derecho a contraer matrimonio y fundar una familia de conformidad con la legislación nacional que rige el ejercicio de este derecho").

10 El Estado Parte observa que actualmente el Parlamento neerlandés tiene ante sí un proyecto de ley que autorizaría el matrimonio de homosexuales.

11 Shorter Oxford English Dictionary, Clarendon (1993), en 1701-2 define "marry" como "join (two persons, one person to another) in marriage; constitute as husband and wife according to law or custom" y "marriage" como "legally recognised personal union entered into by a man and a woman".

12 Con excepción de la prohibición de imponer la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, que figura en el párrafo 5 del artículo 6.

13 Comisión de Derechos Humanos, noveno período de sesiones (1953), A/2929, cap. VI, párrs. 155 y 159; Tercera Comisión, noveno período de sesiones (1954), A/5000, párr. 1.

14 Ghandi, S.: "Family and Child Rights", en Harris, D. Joseph, S. (eds.): The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law (Oxford, 1995) 491, párr. 507: "Parece estar claro que los redactores no previeron la inclusión de los matrimonios entre homosexuales o lesbianas en lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 23, en el que se habla del derecho "del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia"; y Nowak, M.: UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary (Engel, Kehl, 1993) párr. 407: "La prohibición de los "matrimonios" entre parejas del mismo sexo se ve reforzada por el uso del término "casarse", que tradicionalmente se refiere sólo a personas de sexo diferente. Además, en el párrafo 2 del artículo 23 se hace particular hincapié, al igual que en las disposiciones comparables de los convenios regionales, en el derecho "del hombre y de la mujer" a contraer matrimonio" [con cursivas en el original].

15 Rees v. United Kingdom, 17 de octubre de 1986, series A, N° 106, pág. 19, párr. 49; Cossey v. United Kingdom, 27 de septiembre de 1990, series A, N° 184, pág. 17, párr. 43; Sheffield and Horsham v. United Kingdom, 30 de julio de 1998, series A, N° 8, pág. 2030, párr. 66.

16 A/4625, párr. 25, y Nowak, supra, párrs. 283 y 284.

17 Comunicación N° 488/1992.

18 El Gobierno del Estado Parte ha presentado al Parlamento una legislación que propone la adopción de normas uniformes para los derechos de propiedad de las parejas estables no casadas, ya sean homosexuales o heterosexuales, y de las parejas casadas en caso de disolución de la relación.

19 Entre ellas figuran la disposición sobre la indemnización por accidentes, de la Ley de seguro de accidentes de 1998, la Ley de violencia intrafamiliar de 1995 y las medidas relativas a la inmigración en Nueva Zelanda.

20 Hopu v. France (comunicación N° 549/1993) y Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius (comunicación N° 35/1978).

21 Quinto período de sesiones (1949), sexto período de sesiones (1950), octavo período de sesiones (1952), A/2929, cap. VI, párr. 179.

22 Grant c. South-West Trains Ltd. (Caso C-249/96, dictamen de 17 de febrero de 1998).

23 Egale Canada Inc., Shortt et al v. Attorney-General of Canada et al (inédito, 2001 BCSC 1365, 2 de octubre de 2001).

24 Los autores se refieren también a este respecto a un caso no especificado en el Tribunal Superior en que una sala ordenó a la mujer de una pareja lesbiana que no tenía la custodia, a la que anteriormente se le había denegado una solicitud de adopción, que pagara la pensión alimenticia de un niño. Afirman que una relación reconocida después de su separación debe reconocerse también antes.

25 Esto comprende disposiciones en la Ley de delitos de 1961 y la Ley de la judicatura de 1908 (miembros de jurados), la Ley electoral de 1993 y la Ley de referendos (votación por correo) de 2000 (registro electoral), la Ley de vacaciones de 1981 (derecho a permiso para prestar cuidados y en caso de duelo), Ley sobre el alcoholismo y la drogadicción de 1996 (solicitudes de parientes para tratamiento obligatorio), Ley sobre tejidos humanos de 1964 (consentimiento para donar órganos internos u otros tejidos después de la muerte), Ley sobre el seguro de vida de 1908 (reglamentación obligatoria de disposiciones sobre seguros de las parejas), Ley de protección de derechos personales y de propiedad de 1988 (protección de las personas que no pueden administrar sus propios asuntos), Ley de venta de licores de 1989 (administración de locales autorizados), Ley de actuaciones sumarias de 1957 (servicio de documentos de los tribunales) y Ley de pensiones de guerra de 1954 (derecho a pensión).

26 Op. cit.

27 Supra, nota 23.

28 [1998] NZFLR 769.

29 (1999) 17 FRNZ 647.

Apéndice

Voto particular de los miembros del Comité Sr. Rajsoomer Lallah y Sr. Martin Scheinin (coincidente)

No tenemos dificultad para unirnos al consenso del Comité en la interpretación del derecho al matrimonio según el párrafo 2 del artículo 23. Esta disposición entraña la obligación de los Estados de reconocer como matrimonio la unión de un hombre adulto y una mujer adulta que deseen casarse. La disposición no limita en modo alguno la libertad de los Estados, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5, de reconocer, en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres. Sin embargo, de esa disposición no puede extraerse nada en apoyo de prácticas que violen los derechos humanos o la dignidad de las personas, como matrimonios de menores o matrimonios forzosos. En cuanto a la opinión unánime del Comité de que no puede hallar violación tampoco del artículo 26, en el no reconocimiento como matrimonio de relaciones del mismo sexo entre las autoras, deseamos agregar algunas observaciones. Esta conclusión no debe leerse como declaración general en el sentido de que el trato diferencial entre parejas casadas y parejas del mismo sexo no autorizadas por la ley a casarse no equivaldría nunca a una violación del artículo 26. Por el contrario, la jurisprudencia del Comité apoya la posición de que esa diferenciación puede muy bien, según las circunstancias de un caso concreto, equivaler a discriminación prohibida.

En contra de lo que afirma el Estado Parte (párr. 4.12) la opinión oficial del Comité es que la prohibición contra la discriminación por motivos de "sexo" en el artículo 26 comprende también la discriminación basada en la orientación sexual (1). Y cuando el Comité sostiene que determinadas diferencias en el trato de parejas casadas y parejas heterosexuales no casadas se basa en criterios razonables y objetivos y, por consiguiente, no discriminatorios, la razón de este enfoque es la imposibilidad de esas parejas a elegir si contraen o no matrimonio, con todas las consecuencias que ello entraña (2). 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.

Sin embargo, en el presente caso entendemos que las autoras no han demostrado, tal vez intencionadamente, que han resultado personalmente afectadas en relación con determinados derechos no relacionados necesariamente con la institución del matrimonio, mediante esa distinción entre personas casadas y no casadas que equivaldría a discriminación en virtud del artículo 26. Sus referencias a diferencias de trato entre parejas casadas y uniones del mismo sexo eran reiteraciones de la denegación del Estado Parte a reconocer uniones del mismo sexo en la forma específica de "matrimonio" (párr. 3.1), cuestión decidida por el Comité en virtud del artículo 23, o bien seguían sin justificarse en cuanto a si las autoras resultaron así personalmente afectadas (párr. 3.5). Teniendo en cuenta la afirmación del Estado Parte de que no considera a las autoras, con o sin sus hijos, como familias (párr. 4.8), estamos convencidos, al unirnos al consenso del Comité, de que no ha habido violación del artículo 26.

[Firmado]: Rajsoomer Lallah

[Firmado]: Martin Scheinin

[Aprobado en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

Notas

1. Toonen c. Australia, comunicación Nº 488/1992.
- 2 Danning c. los Países Bajos, comunicación Nº 180/1984