



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general
1 de noviembre de 2017
Español
Original: inglés

Comité de Derechos Humanos

Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2216/2012* ** *** ****

<i>Comunicación presentada por:</i>	C (representada por los abogados Michelle Hannon, Ghassan Kassisieh y Clancy King)
<i>Presuntas víctimas:</i>	La autora y su hija menor de edad
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	27 de abril de 2012 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 97 del reglamento, transmitida al Estado parte el 28 de noviembre de 2012 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	28 de marzo de 2017
<i>Asunto:</i>	Prohibición de acceso al procedimiento de divorcio a las parejas del mismo sexo casadas en el extranjero
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Inadmisibilidad <i>ratione loci</i> ; ausencia de la condición de víctima
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Acceso a los tribunales de justicia en igualdad de condiciones; discriminación por motivos de orientación sexual
<i>Artículos del Pacto:</i>	14, párrafo 1, leído conjuntamente con los artículos 2, párrafo 1, y 26
<i>Artículo del Protocolo Facultativo:</i>	1

* Aprobado por el Comité en su 119º período de sesiones (6 a 29 de marzo de 2017).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Tania María Abdo Rocholl, Yadh Ben Achour, Ilze Brands Kehris, Sarah Cleveland, Ahmed Amin Fathalla, Olivier de Frouville, Christof Heyns, Yuji Iwasawa, Bamarian Koita, Marcia V. J. Kran, Duncan Laki Muhumuza, Photini Pazartzis, Mauro Politi, José Manuel Santos Pais, Anja Seibert-Fohr, Yuval Shany y Margo Waterval.

*** Se adjuntan en los anexos del presente dictamen los votos particulares de los siguientes miembros del Comité: el Sr. Yadh Ben Achour, la Sra. Sarah Cleveland, y la Sra. Anja Seibert-Fohr, a la que se ha sumado la Sra. Photini Pazartzis.

**** El anexo IV se distribuye únicamente en el idioma en que se presentó.



1. La autora de la comunicación es la Sra. C, ciudadana australiana y británica nacida el 12 de abril de 1963. Presenta la comunicación en su nombre y en el de R, su hija menor de edad. Sostiene que ha sido víctima de una vulneración por parte de Australia de los derechos que la asisten en virtud del artículo 14, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, y el artículo 26 del Pacto. La autora tiene representación letrada.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La Sra. C reside en el estado de Queensland (Australia). Durante unos diez años vivió en pareja con la Sra. A, primero en el estado de Victoria y después en Queensland. Llegado un momento, ambas mujeres decidieron someterse a un tratamiento de fertilidad y seleccionaron un donante de semen. Acordaron que la Sra. C sería la madre gestante. Su hija nació en 2001. Tuvieron en todo momento la intención de ejercer por igual su condición de progenitoras de su hija. La legislación de Queensland por entonces vigente no permitía inscribir el apellido de otro progenitor del mismo sexo en el certificado de nacimiento. No obstante, en virtud de la reforma posterior de la legislación estatal y la legislación federal, actualmente ambas mujeres tienen reconocida la condición de progenitoras legales de su hija. C y A mantuvieron en todo momento una relación estable e interdependiente desde el punto de vista económico. La Sra. C era la principal generadora de ingresos y la Sra. A trabajaba a tiempo parcial y era la principal encargada de las tareas domésticas. Gestionaban en común sus recursos económicos, al tener a nombre de ambas la vivienda familiar, la hipoteca, los préstamos para automóviles y las cuentas bancarias.

2.2 En 2004, a raíz de una reforma reciente del derecho matrimonial en el Canadá, viajaron a ese país y contrajeron matrimonio con arreglo a su legislación. No obstante, al poco de casarse surgieron tensiones en la relación y la Sra. A abandonó el domicilio conyugal el 22 de diciembre de 2004. Desde entonces están separadas y la Sra. C se ha ocupado en exclusiva de la hija de la pareja.

2.3 Tras la separación, la Sra. C se puso en contacto con un abogado para preparar un acuerdo de separación económica conforme a la legislación en materia de separación de bienes aplicable en Queensland a las parejas no casadas (“parejas de hecho”), que se había modificado para incluir a las parejas de hecho del mismo sexo. Se le comunicó que no era posible obtener una pensión por alimentos a través de los mecanismos ordinarios. Tras las reformas legales introducidas en 2008, la Sra. C no intentó reclamar una pensión por alimentos. El 3 de marzo de 2005, la Sra. C y la Sra. A concluyeron un acuerdo de separación vinculante conforme al régimen de división de bienes aplicable en Queensland a las parejas de hecho. En 2006 cesó todo contacto entre ellas. No se ha incoado ningún procedimiento formal en materia de guarda y custodia y la autora es la progenitora única de la niña desde el 22 de diciembre de 2004. La Sra. A no ha mantenido contacto alguno con su hija desde principios de 2005 y no realiza contribución económica alguna. También ha dejado de pagar la hipoteca, que estaba a nombre de ambas mujeres. La Sra. C desconoce el paradero actual de la Sra. A.

2.4 La autora desea disolver formalmente el matrimonio contraído según la ley canadiense por importantes motivos personales y prácticos, como la posibilidad de volver a casarse o constituir una unión civil en el futuro. La Ley de Uniones Civiles de Queensland impide o deja sin efecto toda unión si uno de los contrayentes ya está casado o forma parte de otra unión civil. Asimismo, la Sra. C tuvo que hacer frente a los acreedores que reclamaban deudas de la Sra. A, algunas de las cuales desconocía. Además, la Sra. C viaja frecuentemente al extranjero por trabajo y le preocupa que su condición de casada haga que se considere a la Sra. A su cónyuge legal al viajar a países (como el Canadá, el Reino Unido, Dinamarca y varios estados de los Estados Unidos de América) cuyas leyes reconocen su matrimonio, lo que puede tener consecuencias a efectos, por ejemplo, de la determinación del pariente más cercano si surge una emergencia mientras se encuentra en el extranjero. Una sentencia de divorcio aportaría a la autora la prueba incontestable de que su relación con la Sra. A se ha extinguido oficialmente.

2.5 El procedimiento de divorcio en Queensland se rige por la Ley de Derecho de Familia de Australia de 1975. Una sentencia de divorcio disuelve de manera oficial y definitiva el vínculo matrimonial. Una condición *sine qua non* para poder presentar una demanda de divorcio válida y obtener la correspondiente sentencia judicial es que a los efectos de dicha

Ley la relación conyugal de la parte demandante sea reconocida como “matrimonio”. La Ley no define específicamente qué es un “matrimonio”. Sin embargo, el reconocimiento legal como matrimonio de algunas uniones a los efectos de dicha Ley depende de: a) la definición de “matrimonio” y las normas que rigen el reconocimiento de los matrimonios contraídos en el extranjero en la Ley de Matrimonio de 1961; b) las normas del *common law* de derecho internacional privado (en caso de incompatibilidad, las disposiciones de la Ley de Matrimonio siempre prevalecen sobre las normas de derecho internacional privado); y c) las disposiciones específicas de la Ley de Derecho de Familia según las cuales algunas uniones se consideran matrimonios a los efectos de los procedimientos previstos en ella.

2.6 En el artículo 5, párrafo 1, de la Ley de Matrimonio, se define el “matrimonio” como “la unión entre un hombre y una mujer, con exclusión de todas las demás, concertada voluntariamente de por vida”. Esta definición es de aplicación en la Ley en su conjunto, independientemente de que el matrimonio se haya celebrado en Australia o en el extranjero, y pone de manifiesto la definición de matrimonio del *common law* que subyace en Australia. La Ley también contempla el reconocimiento de los matrimonios extranjeros en Australia. En general, en Australia se reconoce la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero con arreglo al derecho interno, salvo cuando son aplicables excepciones legislativas concretas. A este respecto, el artículo 88EA de la Ley dispone que “una unión formalizada en un país extranjero entre: a) un hombre y otro hombre o b) una mujer y otra mujer no debe ser reconocida como matrimonio en Australia”.

2.7 En virtud de la Ley de Reforma de la Ley de Matrimonio de 2004 se añadieron los artículos 5, párrafo 1, y 88EA a la Ley de Matrimonio. En la exposición de motivos se indicaba que el fin del entonces proyecto de ley era “hacer efectiva la voluntad del Gobierno de proteger la institución del matrimonio asegurando que por matrimonio se entiende la unión entre un hombre y una mujer y que no se puedan equiparar a él las relaciones entre personas del mismo sexo”. En el proyecto de ley también se confirmaba que las uniones celebradas en el extranjero entre personas del mismo sexo no se reconocerían como matrimonios en Australia.

2.8 La autora reconoce que no ha solicitado el divorcio en Australia. No obstante, resultaría totalmente inútil presentar tal solicitud (o recurrir la previsible negativa de los tribunales a examinarla), habida cuenta de las disposiciones legislativas explícitas que le niegan el derecho a hacerlo. Además, no hay en Australia una carta federal de derechos que le permita impugnar la discriminación por motivos de orientación sexual en leyes federales como la Ley de Matrimonio o la Ley de Derecho de Familia. Por consiguiente, en Australia no existen medidas judiciales o administrativas eficaces para impugnar las disposiciones legislativas discriminatorias por motivos de orientación sexual. Como el motivo de su denuncia se halla en las disposiciones legales, aunque la Comisión de Derechos Humanos de Australia concluyera que las leyes vulneraban sus derechos humanos, esta solo podría formular una recomendación sin efectos vinculantes. Únicamente una reforma legislativa aprobada por el Parlamento puede ofrecer un recurso interno efectivo a la autora.

2.9 La autora sostiene que no tiene derecho a solicitar el divorcio en los demás países que mantienen una conexión con el asunto de la comunicación, a saber, el Canadá (país en el que se celebró su matrimonio) y el Reino Unido (país del que también es ciudadana). No puede obtener el divorcio en el Canadá porque, según el artículo 3, párrafo 1, de su Ley de Divorcio de 1985, el solicitante debe haber residido habitualmente en el país durante al menos un año. En el Reino Unido, aunque su matrimonio canadiense no está reconocido como tal, sí lo está como unión civil. No obstante, en los artículos 221, párrafo 1, y 219 de la Ley de Uniones Civiles de 2004 se establece que los tribunales nacionales tienen competencia respecto de los procedimientos de disolución o anulación de uniones civiles no inscritas en el país si al menos uno de los contrayentes reside habitualmente o está domiciliado en el Reino Unido, en ciertos casos al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Además, no queda claro si otros Estados reconocerían la disolución decretada en el Reino Unido. En razón de sus circunstancias personales, la autora no está en condiciones de trasladarse al Canadá o al Reino Unido. La residencia en uno de esos países durante un período comprendido entre los seis meses y un año como requisito para poder presentar la demanda de divorcio haría que ese recurso fuera manifiestamente poco razonable, lesivo e ineficaz.

La denuncia

3.1 La autora afirma que la denegación de acceso al divorcio a las parejas del mismo sexo legítimamente casadas en el extranjero en virtud de la legislación australiana y la consiguiente denegación de amparo judicial en la forma de una sentencia de divorcio constituyen un acto de discriminación por motivos de orientación sexual, lo que contraviene el artículo 14, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1 (acceso a los tribunales y cortes de justicia en condiciones de igualdad), y el artículo 26 (igualdad ante la ley) del Pacto. Si hubiera contraído matrimonio con una persona del sexo opuesto, reconocido a los efectos de la Ley de Derecho de Familia, la autora tendría derecho a presentar una demanda de divorcio y a que un tribunal de familia australiano la sustanciase. Como cumple los demás requisitos para que tal demanda prosperara, la autora obtendría una sentencia de divorcio. La única distinción que hace la Ley radica en que su expareja es de su mismo sexo. El carácter homosexual de su matrimonio está ligado a su orientación sexual como lesbiana.

3.2 Las leyes australianas que no permiten a la autora recurrir a los mecanismos judiciales de divorcio atendiendo exclusivamente a su orientación sexual no pueden asentarse en fundamentos objetivos o razonables por los motivos que se indican a continuación.

3.3 Australia reconoce en general los matrimonios extranjeros a los efectos del divorcio, incluso en los casos en que tales matrimonios no están reconocidos en otras leyes nacionales o su celebración no está autorizada en el país. Los matrimonios entre personas del mismo sexo (que no pueden celebrarse en Australia) se distinguen en la Ley de Derecho de Familia y la Ley de Matrimonio por un trato menos favorable que los matrimonios entre personas de distinto sexo que tampoco pueden celebrarse en Australia. Por ejemplo, Australia no permite la poligamia en su jurisdicción y la bigamia es delito. Sin embargo, los matrimonios polígamos entre personas de distinto sexo formalizados en el extranjero se consideran matrimonios a los efectos de la Ley de Derecho de Familia. Así, un hombre que contrae matrimonio con una segunda esposa en el extranjero podría pedir el divorcio de acuerdo con la legislación australiana, al igual que su segunda esposa, a pesar de que tal matrimonio no pueda celebrarse en Australia ni tenga reconocimiento general. La diferencia de trato entre estos dos tipos de matrimonios no reconocidos con respecto al acceso al divorcio hace pensar que hay motivos no objetivos y discriminatorios detrás del trato menos favorable dado a las parejas del mismo sexo que contraen matrimonio en el extranjero. Además, por efecto del reconocimiento general en Australia de los matrimonios de personas de distinto sexo celebrados en el extranjero se reconocen también otros tipos de matrimonio que no podrían celebrarse en el país. Por ejemplo, el matrimonio entre un hombre y una mujer mayores de 16 años se reconoce en Australia si está autorizado por las leyes del lugar en que se celebró, a pesar de que la edad mínima para contraer matrimonio en Australia es de 18 años. Por consiguiente, el divorcio estaría a disposición de los cónyuges en esos matrimonios.

3.4 La denegación de los mecanismos de divorcio a las parejas del mismo sexo no favorece los objetivos de las leyes de divorcio australianas e incluso puede frustrar su cumplimiento. Esos objetivos consisten en facilitar una solución civil asequible en caso de ruptura matrimonial que minimice los conflictos y proteja el bienestar de los hijos. En la actualidad, el divorcio en Australia es un proceso de regulación nacional, simplificado e incoado a petición de los interesados, que no exige más motivo que una separación ininterrumpida de 12 meses. Los cónyuges y sus representantes legales no tienen que personarse en los tribunales si el divorcio es de mutuo acuerdo y no hay hijos menores de edad, y no es necesario determinar las causas de la ruptura del matrimonio. Cuando el matrimonio tiene hijos menores de 18 años, también debe demostrarse ante el tribunal que se han adoptado las disposiciones adecuadas para su cuidado, bienestar y desarrollo o que debe decretarse el divorcio a pesar de que no se hayan adoptado tales disposiciones. La denegación de la posibilidad de solicitar el divorcio y decretarlo prolonga los conflictos e impide que los cónyuges que se separan puedan disolver formalmente el matrimonio y poner término a la separación, situación que hace que estos y sus hijos corran mayor riesgo de sufrir problemas de salud psicológica y física y dificultades financieras y económicas.

3.5 Además, la autora desconoce cuál es su situación legal dado el régimen de reconocimiento de uniones vigente en Queensland. No puede formalizar una unión civil con

su actual pareja del mismo sexo porque ya está “casada o unida civilmente”, pero su matrimonio no tiene en la legislación federal el reconocimiento necesario para poder disolverlo. Asimismo, puede que Queensland estime que el matrimonio que contrajo en el Canadá es una unión civil, como ya ha hecho Tasmania, lo que aviva la posibilidad de que en algún momento se reconozca con efecto retroactivo su matrimonio roto. Es difícil predecir los derechos (por ejemplo, en materia de sucesiones testadas e intestadas) que por este motivo podrían tener en el futuro la Sra. A o las personas a su cargo y de los cuales respondería la Sra. C. La autora no tiene ninguna vía legal para corregir su estado civil y eliminar esta incertidumbre jurídica.

3.6 Las leyes discriminatorias contribuyen, directa e indirectamente, a promover el clima de prejuicios que propicia los ataques, el acoso y la discriminación de carácter homóforo, además de ser una forma de discriminación y agravio en sí mismas. Hay estudios que han demostrado que este tipo de leyes puede contribuir al deterioro de la salud mental de las personas no heterosexuales.

3.7 En Australia existe un gran apoyo público a la igualdad de trato de las parejas del mismo sexo, otro motivo por el que no se puede considerar que la discriminación esté justificada de manera objetiva o razonable. Varios políticos, jueces, dirigentes sindicales, líderes religiosos y personalidades del país han abogado por que las parejas del mismo sexo sean tratadas en condiciones de igualdad en la legislación australiana relativa al matrimonio.

3.8 Entre 1999 y 2004, gracias a las reformas integrales introducidas en todos los estados y territorios de Australia, las parejas del mismo sexo que cohabitan (parejas de hecho) tienen el mismo reconocimiento que las parejas de hecho de distinto sexo en casi todos los ámbitos de la ley y se concede a todas las parejas de hecho, homosexuales y heterosexuales, los mismos derechos que a las parejas casadas en casi todos los ámbitos de la ley. Ello supone la igualdad de reconocimiento de las parejas del mismo sexo en materias como las sucesiones, la indemnización como víctimas, la determinación del pariente más cercano y la toma de decisiones médicas, el impuesto de transmisiones y la división de bienes tras la ruptura de una relación. En 2008, el Parlamento aprobó una serie de reformas que otorgaban a las parejas de hecho homosexuales el mismo reconocimiento que a las heterosexuales en todos los ámbitos de la legislación federal e igualó el trato concedido a las parejas casadas y a las parejas de hecho en los restantes ámbitos de discriminación en la legislación federal. Esas reformas permitieron que se diera el mismo reconocimiento a las parejas del mismo sexo y a sus hijos en temas como las prestaciones laborales, la pensión de jubilación, las pensiones y prestaciones públicas, el acceso a la atención sanitaria, los beneficios fiscales, la migración, la manutención de los hijos, las pensiones alimenticias y la división de bienes cuando se rompe una unión de hecho. El derecho a contraer matrimonio (y a divorciarse) y el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero son las únicas excepciones importantes: una anomalía que hace pensar que la discriminación existente únicamente en este ámbito no puede considerarse justificada de manera objetiva o razonable. La hija de la autora ha sufrido un importante perjuicio añadido, pues se denegó la posibilidad de que se estudiara en sede judicial si se había asegurado su cuidado, bienestar y desarrollo tras la separación de sus progenitoras, estudio al que se procede en todos los procesos de divorcio.

3.9 Además de reconocer a las parejas del mismo sexo, todas las jurisdicciones de Australia reconocen la mayoría de tipos de familias constituidas por personas del mismo sexo (es decir, parejas con hijos) como familias legítimas. Así, todas las jurisdicciones atribuyen ahora automáticamente la condición de progenitora a la pareja (comadre) de la madre que da a luz a un hijo gracias a las técnicas de reproducción asistida. La comadre figura con su pareja en el certificado de nacimiento del hijo y tiene plena patria potestad. Este reconocimiento se aplica en la actualidad a la familia de la Sra. C, pese a su separación de la Sra. A, debido al carácter retroactivo de las reformas. La Sra. A tiene reconocida la condición de progenitora legal de la hija que tuvo con la Sra. C, a pesar de que su matrimonio no puede ser reconocido.

3.10 La autora cita jurisprudencia de distintos países en la que se concluye que denegar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y a las ventajas que de él se derivan por ley, como el derecho al divorcio, constituye discriminación ilícita. Distingue la decisión del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, en la que el Tribunal desestimó la denuncia de discriminación por denegar a una pareja del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, y sostiene que Australia tendría que reconocer los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero a efectos del amparo previsto en la Ley de Derecho de Familia del mismo modo en que Australia ya trata a las parejas de distinto sexo que han contraído matrimonios que no están permitidos en Australia. Con ello, el reconocimiento exigido por Australia tendría el mismo carácter incidental que permite acudir a los tribunales y disolver los matrimonios de personas de distinto sexo celebrados en el extranjero. La pretensión de la autora es, pues, relativamente modesta y se enmarca directamente dentro del alcance de los artículos 14 y 26. La autora solo aspira a la igualdad de trato en el acceso a los tribunales de familia para disolver el matrimonio que contrajo en el extranjero del mismo modo que Australia lo ofrece actualmente a todos los residentes que contraen matrimonio con personas de distinto sexo en el extranjero, independientemente de si esos matrimonios están reconocidos con carácter general o pueden celebrarse en Australia.

3.11 El Comité debe distinguir el dictamen que emitió en el caso *Joslin y otras c. Nueva Zelandia*¹ en razón de los hechos o considerar que su argumentación no puede mantenerse a la luz de la importante evolución social, jurídica y cultural que ha tenido lugar desde su aprobación.

3.12 En caso de que el Comité concluya que se han vulnerado los derechos que la asisten en virtud de los artículos 14 y 26 del Pacto, la autora solicita las siguientes medidas de reparación:

a) Que se modifique el título VI de la Ley de Derecho de Familia de 1975, relativo al divorcio y la nulidad matrimonial, para que las personas que hayan contraído matrimonio con otra persona del mismo sexo puedan ampararse en esa Ley en las mismas condiciones que los cónyuges en matrimonios heterosexuales;

b) Que se deroguen los artículos 88B, párrafo 4², y 88EA de la Ley de Matrimonio de 1961 y se modifique la definición de “matrimonio” de su artículo 5, de forma que se reconozcan, a los efectos de la legislación australiana, los matrimonios legítimamente contraídos en el extranjero por personas del mismo sexo en las mismas condiciones que los matrimonios entre personas de distinto sexo celebrados en el extranjero;

c) Que se apruebe una ley federal contra la discriminación que permita a los tribunales nacionales ofrecer un recurso efectivo contra la discriminación por motivos de orientación sexual, incluida la discriminación causada por las leyes federales, estatales o de los territorios.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y comentarios de la autora al respecto

4. En el anexo IV del presente documento se resumen las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y la respuesta de la autora.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo

5.1 En su comunicación de fecha 27 de noviembre de 2013, el Estado parte aduce que, aunque el hecho de que la legislación australiana no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo no es el objeto de la comunicación, varias de las afirmaciones de la autora tienen más que ver con el reconocimiento de esos matrimonios que con las leyes de divorcio de Australia. Esas afirmaciones carecen de pertinencia en la medida en que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está protegido por el Pacto, como sostuvo el Comité en el caso *Joslin y otras c. Nueva Zelandia*. El Comité debe pues hacer caso omiso de las alegaciones relativas al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹ Comunicación núm. 902/1999, dictamen aprobado el 17 de julio de 2002.

² En esta disposición se indica que “el término ‘matrimonio’ tiene el sentido indicado en el artículo 5, párrafo 1”, esto es: “la unión entre un hombre y una mujer con exclusión de todas las demás uniones, concertada voluntariamente de por vida”.

5.2 De acuerdo con la jurisprudencia del Comité, para establecer que se incumplió el artículo 26, la autora debe demostrar: a) que fue objeto de una distinción, exclusión, restricción o preferencia (trato diferenciado) por un motivo prohibido; y b) que el trato diferenciado no fue legítimo, es decir, que no estuvo encaminado a lograr un fin legítimo, que no se basó en criterios razonables y objetivos y que no fue proporcionado al objetivo que se deseaba alcanzar.

5.3 La igualdad y la no discriminación no obligan a dispensar idéntico trato a todas las personas en todas las circunstancias. En la legislación de Australia, todas las parejas del país, independientemente de si están formadas por personas del mismo o de distinto sexo, pueden recurrir a los mismos mecanismos para solucionar las controversias, distribuir los bienes y adoptar las medidas correspondientes para el cuidado de los hijos en virtud de la Ley de Derecho de Familia de 1975. Las parejas homosexuales y heterosexuales reciben el mismo trato y tienen derecho a las mismas protecciones y servicios para resolver litigios tras la ruptura de la relación. De acuerdo con el dictamen y los votos particulares emitidos en el caso *Joslin*, la negativa a conceder sentencias de divorcio a parejas del mismo sexo no vulnera, de por sí, los derechos que asisten a la autora en virtud del artículo 26. Antes bien, para establecer que se incumplió ese artículo, la autora debe primero demostrar que se le denegaron ciertos derechos o beneficios (más allá del hecho de que no pudiera obtener una sentencia de divorcio). El Estado parte sostiene que la autora no sufrió trato diferente alguno por las razones que se exponen a continuación.

5.4 Como la autora no está casada de acuerdo con la legislación australiana, no procede la cuestión de obtener el divorcio en Australia. Por ello mismo, nada le impide constituir una unión registrada con arreglo a la legislación australiana³. En virtud de la Ley de Uniones de 2011, una persona no puede constituir una nueva unión registrada si está casada o forma parte de otra unión registrada. No obstante, a los efectos de dicha Ley, el matrimonio no incluye el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero y, por consiguiente, el matrimonio de la autora no es una unión registrada. Por tanto, la autora puede formar una unión registrada en Queensland. Además, la imposibilidad de concertar ese tipo de unión es en la actualidad puramente especulativa. Así pues, al no haber ninguna injerencia real en los derechos de la autora, el Comité debe desestimar su alegación.

5.5 No se ha denegado a la autora un amparo judicial efectivo porque la legislación australiana dispone de mecanismos para resolver los asuntos relativos a los bienes y los hijos en caso de ruptura de las uniones de hecho. Según el artículo 4AA de la Ley de Derecho de Familia, una “unión de hecho” es una unión entre dos personas del mismo o de distinto sexo que, sin estar casadas ni mantener vínculos de parentesco, conviven con genuina voluntad de constituir una unidad familiar. Para determinar si una relación constituye una unión de hecho se examinan los hechos en cada caso, en concreto atendiendo a diversos factores, como la duración de la relación, la índole y el alcance de la convivencia de la pareja, el grado de interdependencia económica y el cuidado y el apoyo proporcionado a los hijos. Cuando la autora se separó de la Sra. A en 2006, la división de los bienes tras la ruptura de la relación de hecho era una materia regulada en la legislación estatal. Así pues, la autora pudo suscribir un acuerdo oficial de separación, tras la modificación de la Ley de Derecho de Propiedad de 1974 (Queensland) introducida por la Ley de Modificación de la Ley contra la Discriminación (Queensland) de 2002. En la actualidad, las cuestiones relativas a los bienes se rigen por la Ley de Derecho de Familia, que permite a las parejas de hecho que se separaron después del 1 de marzo de 2009 suscribir los acuerdos pertinentes con arreglo a los mismos principios que la Ley aplica a las parejas casadas. Además, la autora puede acogerse actualmente a los recursos disponibles en los tribunales de familia en virtud de las disposiciones sobre potestad parental de la Ley de Derecho de Familia. La Ley permite que los progenitores y demás interesados en la atención y el bienestar de los hijos soliciten un mandamiento sobre potestad parental, lo que permitiría a los tribunales cerciorarse de que las disposiciones adoptadas tras la separación redundarán en el interés superior de la hija. Esos recursos

³ Según la Ley de Uniones de 2011, una “unión registrada” es una unión reconocida legalmente que, con sujeción a dicha Ley, puede ser concertada por dos adultos cualquiera que sea su sexo.

estaban a disposición de la autora en el momento de la separación. La autora también tiene ahora, y ha tenido desde 2009, la posibilidad de recurrir al régimen de prestación de pensiones por alimentos de Australia para solicitar el pago de una pensión alimenticia.

5.6 Los demás tipos de posibles perjuicios alegados, como el trato que la autora podría recibir en el futuro en jurisdicciones extranjeras y el efecto de las leyes discriminatorias sobre su hija y las parejas homosexuales en general, son inadmisibles y, subsidiariamente, irrelevantes para el examen de la cuestión en cuanto al fondo, ya que no demuestran que la autora haya sido personalmente objeto de un trato menos favorable.

5.7 La alegación de la autora según la cual es discriminada porque en el caso de los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero no existe un procedimiento de divorcio que sí está a disposición de los matrimonios heterosexuales celebrados en el extranjero carece de fundamento. La posibilidad de solicitar el divorcio en el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero no depende de que estos estén formados por personas del mismo o de distinto sexo, sino de si, en las circunstancias particulares de cada categoría de matrimonio contraído en el extranjero, es necesario solicitarlo. Por regla general, los matrimonios celebrados en el extranjero que no están reconocidos en Australia no necesitan someterse al divorcio. Dicho esto, se contemplan varias excepciones en función de las circunstancias particulares de esos matrimonios. Hay varias categorías de matrimonios contraídos en el extranjero que reciben un trato diferenciado en función de las circunstancias de cada uno de ellos.

5.8 Conforme a la Ley de Matrimonio, un matrimonio contraído en el extranjero está reconocido en Australia si tuvo validez en el país extranjero en cuestión y la tuviera de acuerdo con la legislación nacional de haberse celebrado en Australia. No se reconocen en Australia, entre otros, los matrimonios celebrados en el extranjero si uno de los contrayentes no había cumplido la edad mínima para contraer matrimonio, ya estaba legalmente casado o no prestó verdadero consentimiento o si los contrayentes están ligados por un vínculo incompatible con el matrimonio (son hermanos, por ejemplo) o son personas del mismo sexo. Mientras que algunas parejas heterosexuales casadas en el extranjero pueden solicitar el divorcio en Australia, otras no pueden. Por ejemplo, no pueden divorciarse en Australia algunos matrimonios heterosexuales celebrados en el extranjero en que uno de los contrayentes no había cumplido la edad mínima para contraer matrimonio o no prestó verdadero consentimiento o en que los contrayentes están ligados por un vínculo incompatible con el matrimonio. Habida cuenta de que los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas de distinto y del mismo sexo reciben el mismo trato con respecto al acceso al divorcio, la distinción que hace la autora entre ambos es incorrecta.

5.9 En caso de que el Comité no acepte que la legislación de Australia en materia de divorcio no entraña diferencia de trato, el Estado parte sostiene, subsidiariamente, que las diferencias de trato que pudiere contemplar dicha legislación son permisibles en la medida en que son legítimas. Los criterios que aplica el Comité⁴ para determinar si el trato diferenciado es legítimo son que: esté encaminado a lograr un fin legítimo; esté basado en criterios razonables y objetivos; y sea proporcionado al objetivo que se ha de alcanzar. El trato diferenciado de que pudiera haber sido objeto la autora cumple estos criterios. En primer lugar, el marco legislativo australiano en materia de divorcio persigue que los integrantes de los matrimonios celebrados en el extranjero y reconocidos como válidos en Australia tengan la posibilidad de divorciarse en el país. Se trata de un fin legítimo.

5.10 Los matrimonios celebrados en el extranjero y reconocidos en Australia pueden obtener una sentencia de divorcio mientras que los matrimonios que no están reconocidos no tienen esa posibilidad. Esta prohibición está inscrita en la legislación, por lo que es objetiva. Es razonable que Australia refleje sus políticas y las leyes que rigen quién puede contraer matrimonio en su reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. Las excepciones relativas a los matrimonios polígamos y los matrimonios contraídos en el extranjero por personas con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años que contempla la legislación australiana tienen razones fundadas. En la Ley de Causas Matrimoniales

⁴ El Estado parte cita el párrafo 13 de la observación general núm. 18 (1989) relativa a la no discriminación.

de 1959, primero, y en la Ley de Derecho de Familia, después, se consideró que los matrimonios polígamos legalmente celebrados en el extranjero eran “matrimonios” a los efectos de los procedimientos contemplados en la Ley, lo que les permitía solicitar el divorcio. El fin razonable era que los contrayentes en los matrimonios polígamos celebrados en el extranjero pudieran recibir la asistencia, el amparo y la ayuda que prestan los tribunales de familia en lo referente a los hijos, los bienes, las pensiones de alimentos o el divorcio, entre otras cuestiones. Se trata de una excepción objetiva, pues se aplica por igual a quienes han contraído matrimonios polígamos en el extranjero.

5.11 En cuanto a los matrimonios contraídos en el extranjero por personas con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, en el artículo 88D, párrafo 3, de la Ley de Matrimonio se establece que no tendrán reconocimiento en Australia mientras alguno de los contrayentes sea menor de 16 años. Una vez que ambos contrayentes cumplen 16 años, esos matrimonios pueden considerarse válidos siempre que cumplan con los demás requisitos contemplados en la legislación australiana en lo tocante al consentimiento, la poligamia, los vínculos incompatibles con el matrimonio y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta excepción a la regla general se debe a que, una vez que ambos contrayentes cumplen 16 años, la legislación australiana reconoce el matrimonio. Sobre esa base, quienes contrajeron este tipo de matrimonio pueden solicitar el divorcio. Se trata de una excepción razonable y objetiva porque se sustenta en un principio normativo claro y un criterio objetivo (la edad).

5.12 La diferencia de trato es proporcionada al fin perseguido. Las disposiciones de la legislación australiana en materia de divorcio constituyen una forma proporcionada de asegurar que quienes contrajeron en el extranjero un matrimonio reconocido en Australia tengan la posibilidad de disolverlo. La sentencia de divorcio no es un requisito previo para que los integrantes de una unión de hecho o un matrimonio puedan acudir a los tribunales de familia. Todas las personas, se reconozca o no en Australia el matrimonio que contrajeron en el extranjero, pueden recurrir a sistemas efectivos para solucionar las controversias del derecho de familia. Aunque el amparo judicial que se ofrece tras la ruptura de una unión puede regirse por distintas disposiciones legislativas, quienes integren matrimonios celebrados en el extranjero tienen acceso a los mismos servicios y la misma protección. Como ningún grupo recibe un trato lesivo, la legislación en materia de divorcio que refleja la política nacional de reconocimiento de matrimonios es un medio proporcionado de alcanzar el fin perseguido.

5.13 El Estado parte aduce que la reclamación de la autora formulada al amparo del artículo 14, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto carece de fundamento. El derecho a acudir a los tribunales enunciado en el artículo 14, párrafo 1, solo procede en los casos en que se formula una acusación penal o se presenta una demanda civil. En vista de que la legislación nacional no reconoce el derecho a obtener una sentencia de divorcio, no hay derechos u obligaciones de carácter civil que deban determinarse. Al no considerarse que la autora esté casada, esta no necesita una sentencia de divorcio, de modo que solicita un recurso que no necesita. En esas circunstancias no rige ningún derecho a acceder a los tribunales. En cambio, la autora tiene acceso a los demás recursos previstos en caso de que se dicte esa sentencia, en la medida en que el sistema australiano ofrece las mismas protecciones y derechos a todas las personas tras la ruptura de una unión. La autora ya tiene a su disposición el amparo práctico que podría solicitar en caso de que se dictara una sentencia de divorcio (como el reparto de bienes). No se le deniega el derecho a que se resuelvan sus reclamaciones, por lo que no se le está denegando el acceso a los tribunales enunciado en el artículo 14, párrafo 1.

Comentarios de la autora sobre las observaciones del Estado parte acerca del fondo

6.1 La autora formuló sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte en su comunicación de 17 de febrero de 2014. Mantiene que el dictamen emitido en el caso *Joslin* no tiene aplicación directa en la presente comunicación. Solicita la igualdad de trato únicamente para acudir a los tribunales de familia a fin de poder disolver el matrimonio que contrajo en el extranjero del mismo modo que el Estado parte actualmente lo permite a la mayoría de residentes que contraen matrimonios con personas de distinto sexo en el

extranjero. Si el Comité considera que el dictamen del caso *Joslin* es pertinente, debe reconsiderarse la interpretación del artículo 23, en vista de que la jurisprudencia internacional ha evolucionado desde que se aprobó aquel dictamen. Si el Comité acepta que la interpretación que se hizo en el caso *Joslin* sigue siendo apropiada para la denegación a parejas del mismo sexo de derechos o beneficios a disposición de las parejas casadas, la reclamación de la autora mantiene su validez. El Estado parte erra en su descripción de lo que se ofrece a las parejas de hecho homosexuales y heterosexuales tras la ruptura de la unión. No resulta apropiado comparar la situación de la autora con la ruptura de una unión de personas de distinto sexo, sino con la ruptura de un matrimonio celebrado en el extranjero. Australia contempla la posibilidad del divorcio para la mayoría de las parejas heterosexuales casadas en el extranjero, incluso para algunos casos en que se han contraído matrimonios que no están reconocidos a otros efectos o cuya celebración no está permitida en Australia.

6.2 El régimen vigente para las parejas de hecho no ofrece todos los derechos y beneficios previstos para las parejas heterosexuales; así, por ejemplo, los tribunales no pueden dictar sentencia de divorcio si las partes no han acordado debidamente el cuidado futuro de sus hijos. Al no poder concederle el divorcio, la autora sigue casada en cada vez más jurisdicciones, al tiempo que hay una notable diferencia entre el deseo de la autora de ser tratada como cualquier otra persona cuyo matrimonio se ha extinguido y el deseo del Estado parte de tratar a la autora como si nunca hubiera existido su matrimonio.

6.3 La Ley de Matrimonio lleva a la práctica la ratificación por el Estado parte del Convenio relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio. Sin embargo, el Convenio deja abierta la posibilidad de tratar un matrimonio entre personas del mismo sexo que sea válido según la legislación en virtud de la cual se celebró en igualdad de condiciones que cualquier otro matrimonio. La exclusión de los matrimonios homosexuales por el Estado parte en su Ley de Matrimonio se aleja considerablemente de las normas de derecho internacional privado y demuestra el trato diferenciado que se dispensa por un motivo prohibido. Si Australia hubiera legislado con objetividad y proporcionalidad, no habría excluido del reconocimiento todos los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, ni que fuera únicamente para poder obtener el divorcio, sino que habría limitado su no reconocimiento a los matrimonios cuyo repudio pudiera justificar mediante consideraciones legítimas y objetivas de política pública. En realidad, la afirmación del Estado parte según la cual la autora no necesita poder acudir al mecanismo de divorcio entra en contradicción con la propia explicación que da el Estado parte de las novedades legislativas introducidas para que las personas que han contraído matrimonios polígamos puedan tener amparo judicial, como el divorcio, sin perjuicio de que el derecho australiano no reconozca la posibilidad de que haya múltiples cónyuges en un matrimonio ni permita que una persona esté unida por vínculo matrimonial con más de un cónyuge. La relativa facilidad con la que se ha brindado acceso a ese recurso a las personas que habían contraído matrimonios polígamos pone de relieve el trato desproporcionado y discriminatorio que se dispensa a las parejas del mismo sexo que se han casado en el extranjero. Además, al reconocer determinados matrimonios contraídos en el extranjero por dos personas que serían demasiado jóvenes para ello en Australia, el Estado parte ofrece más margen a la legislación extranjera que fija edades inferiores para contraer matrimonio que el que está dispuesto a conceder a la legislación extranjera que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. De hecho, en ningún momento afirma el Estado parte en sus alegaciones por qué es razonable o proporcionado excluir a las parejas homosexuales que han contraído un matrimonio válido en el extranjero del acceso a un mecanismo de disolución del matrimonio que, en cambio, está al alcance de las parejas heterosexuales que contraen en el extranjero un matrimonio que, como el de la autora, es monógamo, consentido y no incestuoso y une a personas con edad legal para casarse.

6.4 La autora no comparte que el proceso de divorcio no forme parte del concepto de procedimiento judicial “de carácter civil”. El procedimiento judicial civil que reclama guarda relación con la extinción de su matrimonio y los derechos y obligaciones asociados. La autora también reitera que carece de acceso al tribunal que necesita y que su hija no pudo ejercer el derecho a que se examinara su bienestar. Por ello, su hija puede ser privada de la posibilidad de mantener algún tipo de relación con la Sra. A.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

7.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si dicha reclamación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

7.2 En cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

7.3 En relación con los requisitos del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo, el Comité toma nota de la afirmación de la autora de que sería inútil presentar una demanda de divorcio pues no tendría posibilidades reales de prosperar, habida cuenta de las disposiciones legislativas expresas que le deniegan el derecho a presentar esa demanda ante cualquier tribunal australiano. Puesto que el Estado parte no ha formulado objeción alguna a este respecto, el Comité considera que se han cumplido los requisitos del artículo 5, párrafo 2 b).

7.4 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que las reclamaciones de la autora son inadmisibles *ratione loci*, en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo y el artículo 2, párrafo 1, del Pacto. El Estado parte indica que la legislación australiana no reconoce los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, por lo que tampoco contempla mecanismos para disolverlos. Si bien el Estado parte reconoce que la autora se halla bajo su jurisdicción, para satisfacer su reclamación Australia tendría que proporcionar un recurso contra un acto que tuvo lugar fuera de su jurisdicción y que carece de efectos legales en su jurisdicción. Además, algunas alegaciones de la autora se refieren a las hipotéticas consecuencias que el matrimonio contraído por ella en el Canadá podría tener fuera de Australia. Por último, el Estado parte sostiene que algunas de las alegaciones de la autora son demasiado generales o de carácter especulativo y que, con respecto a ellas, la autora no tiene la condición de víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

7.5 El Comité observa que la autora afirma que no tiene certeza acerca de su situación legal en Australia y que no tiene ningún medio legal de corregir su estado civil y disipar la incertidumbre jurídica en el país. En la medida en que la autora aduce que de la imposibilidad de recurrir en igualdad de condiciones jurídicas al proceso de divorcio se derivan efectos directos en Australia, que es su país de residencia, el Comité considera que su comunicación no es inadmisibles *ratione loci* con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo.

7.6 El Comité toma nota de las afirmaciones de la autora acerca del perjuicio para su hija y de la solicitud de que esta sea considerada coautora de la comunicación (véase el anexo IV). La autora aduce que denegarle la posibilidad de solicitar judicialmente el divorcio ha obstado también para que recurriera a mecanismos procesales que podrían haber servido para que su hija mantuviera alguna forma de relación con su comadre y aumentaran las posibilidades de solicitar una pensión de alimentos a su cónyuge, de la que se encuentra separada. El Comité considera, sin embargo, que la autora no ha demostrado que el hecho de que ella no pudiera pedir el divorcio haya redundado en detrimento de la situación jurídica de su hija. Según el Estado parte, la Ley de Derecho de Familia permite a la autora utilizar los recursos que ofrecen los tribunales de familia, incluida la solicitud de un mandamiento de potestad parental. Tampoco ha demostrado la autora que su hija haya tratado infructuosamente de mantener alguna forma de relación con su comadre ni que ella misma no haya podido reclamar alimentos de su cónyuge, de la cual se encuentra separada. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que esta parte de la comunicación es inadmisibles con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo.

7.7 Habida cuenta de lo que antecede, el Comité considera que las reclamaciones formuladas al amparo de los artículos 14 y 26 del Pacto están suficientemente fundamentadas, declara admisible la comunicación por cuanto parece plantear cuestiones en relación con estas disposiciones respecto de la autora y procede a examinarla en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, en cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

8.2 El Comité observa que la autora aduce que el hecho de que la legislación australiana no permita solicitar el divorcio a las parejas del mismo sexo que se hayan casado válidamente en el extranjero constituye discriminación por motivos de orientación sexual y que en la legislación australiana el acceso a ese procedimiento, en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, que no puede contraerse en Australia, es objeto de un trato menos favorable que el que se ofrece a los matrimonios entre personas de distinto sexo que tampoco pueden celebrarse en Australia, como los matrimonios polígamos o los matrimonios en que uno de los contrayentes no había cumplido la edad legal para contraer matrimonio. El Comité toma nota asimismo de las afirmaciones de la autora con respecto a las dificultades con que tropieza en su vida cotidiana por no tener acceso a un mecanismo judicial de divorcio y la ansiedad y el sentimiento de humillación que sufre como consecuencia de la incertidumbre acerca de su estado civil, por ejemplo cuando tiene que declararlo. La autora sostiene que ni siquiera se considera que haya estado casada en Australia. En cambio, se considera que está casada en algunos países a los que viaja por razones de trabajo, si bien el único estado que indica con precisión su situación personal es la de “divorciada”. Existe para la autora una gran diferencia entre ser tratada como alguien cuyo matrimonio se ha extinguido y alguien cuyo matrimonio nunca existió. El Comité observa asimismo que, a juicio del Estado parte, la denuncia de discriminación que hace la autora carece de fundamento; los matrimonios celebrados en el extranjero que no están reconocidos en Australia no necesitan, en principio, acceso a un procedimiento de divorcio; este principio tiene excepciones fundadas según las circunstancias especiales de esos matrimonios, y existen varias categorías de matrimonios celebrados en el extranjero, cada una de las cuales es objeto de un trato diferente. Por ejemplo, algunos matrimonios contraídos en el extranjero por personas de distinto sexo en que uno de los contrayentes no había cumplido la edad mínima para casarse o no prestó verdadero consentimiento o en que los contrayentes están ligados por un vínculo incompatible con el matrimonio no pueden solicitar el divorcio en Australia. Para el Estado parte, habida cuenta de que los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo y de distinto sexo reciben a veces el mismo trato con respecto al acceso al procedimiento de divorcio, la distinción que hace la autora entre ambos tipos es incorrecta.

8.3 El Comité observa que la autora no puede pedir el divorcio en Australia porque el matrimonio entre personas del mismo sexo que contrajo en el extranjero no está reconocido de acuerdo con los artículos 5, párrafo 1, y 88EA de la Ley de Matrimonio de Australia, mientras que las parejas que contrajeron en el extranjero algunas categorías concretas de matrimonios entre personas de sexo opuesto que tampoco serían reconocidos si se hubiesen celebrado en Australia sí pueden acudir a un procedimiento de divorcio. Dentro de esta última categoría la autora menciona los matrimonios polígamos y aquellos en que los contrayentes tienen edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, que no son considerados matrimonios a los efectos de la Ley de Matrimonio, pero que, sin embargo, pueden ser objeto de un procedimiento de divorcio en Australia con arreglo a la Ley de Derecho de Familia, mientras que los matrimonios homosexuales no están reconocidos y no pueden someterse a ese procedimiento. El Comité considera que esta situación constituye un trato diferenciado.

8.4 El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual en virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y se garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵. El Comité recuerda también su jurisprudencia según la cual la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación

⁵ Véase la observación general núm. 18, párr. 1.

basada en la orientación sexual⁶ y 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 Pacto⁷. Por lo tanto, lo que debe hacer el Comité es determinar si se ha demostrado que el trato diferenciado en cuanto al acceso de la autora a un procedimiento de divorcio en Australia tras haber contraído matrimonio en el extranjero con una persona del mismo sexo, en comparación con quienes se han casado en el extranjero con una persona del sexo opuesto, cumple los criterios de razonabilidad, objetividad y persecución de un propósito legítimo.

8.5 El Comité observa que el Estado parte afirma que su legislación en materia de divorcio vela por que quienes hayan contraído en el extranjero un matrimonio reconocido como válido en Australia puedan divorciarse en Australia y que ese propósito es legítimo; que la prohibición del divorcio en el caso de los matrimonios contraídos en el extranjero no reconocidos en Australia está enunciada en la legislación y, por lo tanto, es objetiva; y que las excepciones a esta norma se basan en criterios objetivos y razonables. Según el Estado parte, es razonable que Australia refleje sus políticas y las leyes que rigen quién puede contraer matrimonio en su legislación sobre reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero y divorcio. El Estado parte indica que el propósito de la excepción relativa a los matrimonios polígamos contraídos en el extranjero consiste en que los integrantes puedan recurrir a la asistencia, el amparo y la ayuda que proporcionan los tribunales de familia en relación con los hijos, los bienes, las pensiones de alimentos o el divorcio, entre otras cuestiones. En cuanto a los matrimonios contraídos en el extranjero por personas de entre 16 y 18 años, el Estado parte afirma que, una vez que los contrayentes cumplen 16 años, el matrimonio podrá considerarse válido con arreglo a la legislación de Australia.

8.6 A juicio del Comité, la explicación del Estado parte acerca de la razonabilidad, objetividad y legitimidad del trato diferenciado entre las dos categorías de matrimonios celebrados en el extranjero sin reconocimiento en Australia que se han mencionado anteriormente y los matrimonios extranjeros entre personas del mismo sexo no es convincente, y el cumplimiento de la legislación interna no demuestra por sí solo la razonabilidad, objetividad y legitimidad de una distinción. En particular, el Comité observa que el Estado parte no justifica de manera razonable por qué los motivos que se aducen para reconocer las excepciones no son también aplicables al matrimonio contraído en el extranjero por la autora con una persona del mismo sexo. Por ejemplo, el Estado parte no ha explicado en ningún momento por qué el motivo que esgrime para que un matrimonio polígamo celebrado en el extranjero y no reconocido en Australia pueda ser objeto de un procedimiento de divorcio no es igualmente aplicable al matrimonio contraído por personas del mismo sexo en el extranjero y no reconocido en Australia. En ausencia de explicaciones más convincentes del Estado parte, el Comité considera que la diferencia de trato que se dispensa a la autora por motivo de su orientación sexual en cuanto al acceso a un procedimiento de divorcio no se funda en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, constituye discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto.

8.7 Habiendo llegado a esa conclusión, el Comité no examinará las reclamaciones de la autora amparadas en el artículo 14, párrafo 1, leído en conjunción con el artículo 2, párrafo 1, del Pacto.

9. El Comité, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 26 del Pacto.

10. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a) del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo, lo cual requiere que conceda una completa reparación a las personas cuyos derechos enunciados en el Pacto se hayan conculcado. Por consiguiente, el Estado parte tiene la obligación de brindar a la autora una plena reparación por la discriminación sufrida al no poder solicitar el divorcio. El Estado

⁶ Véanse las comunicaciones núm. 488/1992, *Toonen c. Australia*, observaciones aprobadas el 31 de marzo de 1994, párr. 8.7; núm. 941/2000, *Young c. Australia*, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2003, párr. 10.4; y núm. 1361/2005, *X c. Colombia*, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2007, párr. 7.2.

⁷ Véase la observación general núm. 18, párr. 13.

parte tiene también la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro y de revisar su legislación de conformidad con el presente dictamen.

11. Teniendo presente que, por haber llegado a ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Se pide asimismo al Estado parte que publique el presente dictamen y que le dé amplia difusión.

Anexo I

[Original: francés]

Voto particular (disidente) del Sr. Yadh Ben Achour, miembro del Comité

1. En el presente caso, objeto de la comunicación núm. 2216/2012, me gustaría manifestar, con el debido respeto, que discrepo del Comité. El Comité optó por dictaminar que Australia había vulnerado el artículo 26 del Pacto alegando que “la diferencia de trato que se dispensa a la autora por motivo de su orientación sexual en cuanto al acceso a un procedimiento de divorcio no se funda en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, constituye discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto” (párr. 8.6). En cambio, considero que la posición mantenida por Australia en este asunto no constituye discriminación y se funda en criterios razonables y objetivos, por los motivos que se exponen a continuación.

2. La principal alegación que examinó el Comité es que Australia dispensó un trato diferenciado a distintas categorías de personas que se encuentran en situaciones equiparables. Estas categorías son: las personas homosexuales, para quienes el matrimonio y el divorcio no están reconocidos en Australia; las personas polígamas, quienes no pueden contraer matrimonio en Australia; pero tienen la posibilidad de solicitar y obtener el divorcio en Australia; y las personas con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años (cuyo matrimonio no es posible en Australia) que se han casado en el extranjero, pero que también pueden pedir el divorcio en Australia. Por ello, el Comité considera “que esta situación constituye un trato diferenciado” (párr. 8.3) y agrega que, “[e]n ausencia de explicaciones más convincentes del Estado parte, el Comité considera que la diferencia de trato que se dispensa a la autora por motivo de su orientación sexual en cuanto al acceso a un procedimiento de divorcio no se funda en criterios razonables y objetivos y, por lo tanto, constituye discriminación con arreglo al artículo 26 del Pacto” (párr. 8.6), de acuerdo con la jurisprudencia del Comité en materia de discriminación por motivos de orientación sexual (párr. 8.4). No comparto esta conclusión por las razones que se exponen a continuación.

3. A mi juicio, las personas que entran en estas tres categorías anteriormente mencionadas no se encuentran en situaciones equiparables desde la perspectiva del Pacto, dado que las personas homosexuales, a diferencia de las otras dos categorías, no cumplen uno de los requisitos básicos establecidos en el Pacto para poder contraer matrimonio. El hecho de que se les dispense un trato diferenciado no supone, por ende, un trato discriminatorio constitutivo de infracción del artículo 26. En realidad, el artículo 23 del Pacto dispone lo siguiente: “1. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” y “2. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Por consiguiente, establece la heterosexualidad, junto con el libre consentimiento de los contrayentes, como condición *sine qua non* para que el matrimonio tenga validez. Sin ella, los matrimonios no solo se consideran inválidos, sino además inexistentes y desprovistos de todo efecto jurídico. Lo mismo se puede decir, por ejemplo, del matrimonio putativo.

4. De las categorías de personas mencionadas anteriormente, únicamente la categoría de las personas homosexuales no satisface este requisito para la validez del matrimonio, enunciado en el artículo 23 del Pacto y en el derecho interno de Australia. Dado que el divorcio está intrínsecamente relacionado con el matrimonio, es posible reconocer la posibilidad de divorciarse a las dos categorías mencionadas con anterioridad al tiempo que se deniega a la tercera categoría, puesto que las situaciones de las personas en cuestión no son equiparables.

5. Puede que esta situación sea lamentable para los derechos de las personas homosexuales desde el punto de vista general del respeto por la orientación sexual. Apoyo, respeto y defiendo la libertad de todas las personas a escoger su orientación sexual. Sin embargo, el Comité tiene la responsabilidad de velar por la aplicación del Pacto. La competencia del Comité para interpretar el Pacto no puede exceder de lo que claramente

delimitan sus disposiciones. La solución adoptada por el Comité no es compatible ni con las disposiciones de derecho internacional positivo enunciadas en el artículo 23 del Pacto, que el Comité tiene la obligación de aplicar, ni con el derecho positivo interno de Australia. Al llegar a su conclusión, el Comité parece haber prescindido del derecho del Pacto y haber resuelto el caso *ex aequo et bono*, lo cual es inaceptable, como se indica claramente, por ejemplo, en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A fin de justificar su razonamiento, el Comité ha recurrido a la fórmula tradicional de “[e]n ausencia de explicaciones más convincentes del Estado parte”. Sin embargo, en el presente caso, no hacía falta recabar más explicaciones del Estado parte, puesto que el derecho se imponía por sí mismo.

6. El derecho, como se subraya en el párrafo 13 de la observación general núm. 18 (1989) relativa a la no discriminación, reconoce 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. Por tanto, en el presente caso, la diferenciación de trato que se dispensa a las personas cuyas situaciones no son equiparables con arreglo al artículo 23 del Pacto, leído junto con el artículo 26, no constituye discriminación, por cuanto es posible considerar que ese trato se ha basado en criterios aceptables, es decir, razonables y objetivos. Desde este punto de vista, no se puede dictaminar que Australia haya vulnerado el artículo 26 del Pacto.

Anexo II

Voto particular (concurrente) de la Sra. Sarah Cleveland, miembro del Comité

1. Comparto la conclusión de que ha habido un acto de discriminación, en contravención del artículo 26. Escribo por separado para explicar que, aun cuando Australia hubiera dado una justificación razonable y objetiva, basada en un fin legítimo, para conceder el divorcio a algunos matrimonios prohibidos celebrados en el extranjero, pero no a los matrimonios contraídos por personas del mismo sexo en el extranjero, no se habría puesto fin con ello al examen de la cuestión. El Comité aún tendría que haber estudiado si la autora fue discriminada al habersele denegado el acceso al divorcio de acuerdo con la Ley de Matrimonio.
2. La autora alega que, al no permitir a los matrimonios homosexuales casados en el extranjero solicitar el divorcio, Australia discrimina por motivos de orientación sexual. Australia defiende su régimen jurídico, en primer lugar, aduciendo que por regla general trata por igual a todos los matrimonios celebrados en el extranjero: Australia permite pedir el divorcio únicamente a los matrimonios contraídos en el extranjero que tendrían reconocimiento legal si se celebraran en Australia. En vista de que la Ley de Matrimonio no reconoce la posibilidad de celebrar matrimonios de personas del mismo sexo en el país, no hace falta reconocer el matrimonio homosexual contraído en el extranjero ni, por tanto, ofrecer la posibilidad del divorcio.
3. En segundo lugar, Australia mantiene que las excepciones a la norma anterior por las cuales se permite el divorcio a determinados matrimonios celebrados en el extranjero (matrimonios polígamos y entre personas menores de edad) no son discriminatorias.
4. El Comité basa su constatación de discriminación en este segundo argumento. Ahora bien, aunque Australia hubiera justificado el trato diferenciado que dispensa a los matrimonios polígamos y entre personas menores de edad celebrados en el extranjero, el Comité habría tenido que examinar si Australia discrimina al denegar el divorcio a las uniones homosexuales formalizadas en el extranjero de acuerdo con la Ley de Matrimonio.
5. Tras su modificación de 2004, el artículo 5, párrafo 1, de la Ley de Matrimonio define “matrimonio” como “la unión entre un hombre y una mujer”. El artículo 88EA, titulado “Determinadas uniones no son matrimonios”, también dispone que “una unión formalizada en un país extranjero entre a) un hombre y otro hombre o b) una mujer y otra mujer no debe ser reconocida como matrimonio en Australia”. La autora indica que se añadieron estas disposiciones para impedir que los tribunales nacionales aplicaran principios de *common law* y de derecho internacional privado para reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo.
6. En el artículo 23B de la Ley de Matrimonio (titulado “Motivos por los que los matrimonios son nulos”) se enumeran los demás matrimonios prohibidos, como los matrimonios bígamos, incestuosos, desprovistos de consentimiento y entre personas menores de edad. Del mismo modo, en el artículo 88D se prohíbe reconocer los matrimonios bígamos, incestuosos y desprovistos de consentimiento, así como determinados matrimonios entre personas menores de edad, celebrados en el extranjero. Cabe destacar que la Ley de Matrimonio también tipifica como delito castigado con penas de cinco años de encarcelamiento el hecho de contraer determinados matrimonios nulos (por ejemplo, los artículos 94 y 95, relativos a los matrimonios bígamos y con personas menores de edad, respectivamente).
7. En cambio, las partes coinciden en que en Australia las uniones de personas del mismo sexo gozan en la actualidad de una protección legal esencialmente equivalente a la de los matrimonios entre personas de distinto sexo a excepción de las figuras del divorcio y el matrimonio. La legislación federal confiere desde 2008 a las parejas de hecho homosexuales unos derechos de regulación federal iguales que los que se confiere a las parejas casadas. Según la autora, todas las jurisdicciones australianas reconocen oficialmente también a la mayoría de familias constituidas por personas del mismo sexo y

otorgan automáticamente plena potestad parental a la pareja lesbiana de una madre gestante.

8. De conformidad con el artículo 26 del Pacto, recae sobre Australia la onerosa carga de demostrar que la distinción que hace en sus leyes en cuanto al acceso al divorcio, basada en los motivos prohibidos de sexo y orientación sexual, no es discriminatoria¹. A este respecto, Australia apunta reiteradamente a la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo establecida en la Ley de Matrimonio como la razón por la que los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero no tienen acceso al divorcio. Dejando de lado la cuestión de si el acceso al divorcio debe ser tratado necesariamente igual que el matrimonio, el mero hecho de que el derecho interno marque una distinción particular no priva a dicha distinción del carácter discriminatorio, como el Comité señala (párr. 8.6).

9. Australia no ofrece ninguna otra explicación de por qué la distinción marcada en la Ley de Matrimonio es razonable, objetiva y persigue un fin legítimo, como se exige en el artículo 26. En concreto, Australia no explica en ningún momento en sus alegaciones por qué las uniones monógamas entre personas adultas del mismo sexo sin vínculos incompatibles que prestan su consentimiento, y que de otro modo están plenamente protegidas en Australia, se equiparan claramente a los matrimonios “nulos” (y castigados) como son los matrimonios bígamos, incestuosos, desprovistos de consentimiento y con personas menores de edad a los efectos del matrimonio y el divorcio.

10. La única justificación ofrecida es que el artículo 23 del Pacto no exige la protección del matrimonio entre personas del mismo sexo². Sin embargo, no hay ningún elemento en el texto del artículo 23 que consagra la protección afirmativa del derecho “del hombre y de la mujer” a contraer matrimonio que excluya gramaticalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar un texto similar³. Tampoco se ha analizado la relación entre el artículo 23 y la prohibición de la discriminación por diversos motivos enunciada en el Pacto en el contexto australiano⁴.

11. Tanto en la presente comunicación como en otro caso reciente⁵, las autoras han hecho hincapié en la inexistencia de una carta federal de derechos u otro mecanismo legal en Australia que les permitiera impugnar ante los tribunales nacionales la legislación por establecer discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Cabe lamentar que la ley no prevea para estas personas ninguna vía para impugnar el trato desigual en el plano nacional, donde sería mejor abordar estas cuestiones en primera instancia.

¹ Véase la comunicación núm. 919/2000, *Müller c. Namibia*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2002, párr. 6.7 (“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”); véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *X and Others v. Austria* (demanda núm. 19010/07), sentencia de 19 de febrero de 2013, párr. 99 (“las diferencias por motivos de la orientación sexual exigen razones particularmente serias a modo de justificación”).

² Véase la comunicación núm. 902/1999, *Joslin y otras c. Nueva Zelandia*, dictamen aprobado el 17 de julio de 2002, párrs. 8.2 y 8.3.

³ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk and Kopf v. Austria* (demanda núm. 30141/04), sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 55 (“examinada de manera aislada, la redacción del artículo 12 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] puede ser interpretada en el sentido de que no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres”); compárese el artículo 3 del Pacto (que reconoce el derecho de “hombres y mujeres” a gozar de todos los derechos enunciados en el Pacto). Véanse, con carácter general, Malcolm Langford, “Revisiting *Joslin v. New Zealand*: same-sex marriage in polarized times”, en E. Brems y E. Desmet, *Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions*, University of Oslo Research Paper No. 2017-12 (Oslo, 2017); y P. Gerber, K. Tay y A. Sifris, “Marriage: a human right for all?”, *Sydney Law Review*, vol. 36 (2012), págs. 643 a 667.

⁴ Véase Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núm. 941/2000, *Young c. Australia*, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2003, párr. 10.4, y núm. 1361/2005, *X. c. Colombia*, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2007, párr. 7.2.

⁵ Comunicación núm. 2172/2012, *G c. Australia*, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

12. Sin embargo, el cumplimiento del Pacto obliga a Australia a justificar la distinción legal que se mantiene entre matrimonios homosexuales y otros matrimonios con motivos razonables, objetivos y legítimos. A mi juicio, recae sobre Australia una importante carga como es la de explicar qué imperativos válidos la obligan a tratar de manera desigual a las parejas homosexuales y a otras parejas extranjeras que desean contraer matrimonio o divorciarse.

Anexo III

Voto particular (disidente) de la Sra. Anja Seibert-Fohr, miembro del Comité, al que se une la Sra. Photini Pazartzis, miembro del Comité

1. No podemos sumarnos a la mayoría del Comité en su dictamen de que se vulneró el artículo 26 del Pacto. El Comité critica que los adolescentes de entre 16 y 18 años y las personas que hayan contraído matrimonios polígamos en el extranjero puedan solicitar el divorcio en Australia mientras que las parejas del mismo sexo casadas en el extranjero no. Según el Comité, la explicación del Estado parte en cuanto a la razonabilidad, objetividad y legitimidad de la distinción no es convincente. Deseamos manifestar, con el debido respeto, nuestra discrepancia.

2. El Comité, al que se ha encomendado que vigile la protección de los derechos humanos, no tiene debidamente en cuenta, a nuestro juicio, la posición especialmente vulnerable en la que se encuentran los adolescentes y las personas que han contraído matrimonios polígamos en el extranjero. Las mujeres casadas en el extranjero que mantienen una relación polígama se encuentran en una difícil situación. Aunque su matrimonio no está legalmente reconocido en el Estado parte, el acceso al procedimiento de divorcio puede ser la única manera que tengan de dejar una relación desigual y solicitar la asistencia, el amparo y la ayuda que ofrecen los tribunales de familia en asuntos tales como los hijos, los bienes y las pensiones de alimentos. Además de los acuerdos de separación en materia de bienes y los recursos relativos a la potestad parental, el procedimiento de divorcio en esas situaciones puede ser fundamental para manifestar y reforzar el rechazo a la poligamia frente al marido polígamo. Se trata de la igualdad de protección de la mujer, a la cual los Estados partes se han comprometido en virtud del artículo 3 del Pacto.

3. La situación de las parejas del mismo sexo en Australia que se casaron en el extranjero difiere notablemente de la de los matrimonios polígamos. La autora no ha defendido con argumentos convincentes que se encuentre o se encontrara en una situación equiparable a la de las mujeres que forman parte de un matrimonio polígamo, lo cual habría requerido que se le dispensara un trato similar, como tampoco ha fundamentado que haya habido una denegación de derechos constitutiva de discriminación con arreglo al artículo 26. Su pareja abandonó el domicilio conyugal en 2004 y están separadas desde entonces. Al separarse, la autora pudo suscribir un acuerdo oficial de separación que regulaba la división de bienes y tuvo acceso a los recursos previstos en las disposiciones relativas a la potestad parental de la Ley de Derecho de Familia. Ambas progenitoras están consideradas no casadas a ojos del derecho australiano y pueden formar una nueva unión y acogerse a la Ley de Uniones de 2011.

4. Su situación también difiere de la de los adolescentes de entre 16 y 18 años casados en el extranjero. Estos matrimonios son considerados válidos por el derecho australiano una vez que ambos contrayentes cumplen 16 años. A fin de poder separarse legalmente, deben poder solicitar el divorcio, como cualquier otra persona legalmente casada en Australia. Denegarles la posibilidad de pedir el divorcio cuando están considerados legalmente casados podría suponer denegarles protección, en contravención del artículo 24 del Pacto.

5. La excepción de los matrimonios polígamos y entre adolescentes no confiere carácter discriminatorio al marco legislativo. Según la jurisprudencia consolidada del Comité, 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 Pacto¹. En el presente caso, las distinciones legales a las que hace referencia la autora en cuanto al acceso al procedimiento de divorcio de las parejas homosexuales y de los matrimonios polígamos o entre adolescentes pueden justificarse con motivos razonables y objetivos. La razón por la que hay diferencia de trato no es la orientación sexual de la autora, sino la especial vulnerabilidad de los adolescentes de

¹ Véase la observación general núm. 18 (1989) relativa a la no discriminación, párr. 13.

entre 16 y 18 años y de las mujeres que forman parte de matrimonios polígamos. Su protección en esas circunstancias no solo es legítima, sino obligatoria en cumplimiento del Pacto. Por consiguiente, no podemos concluir que se haya vulnerado el artículo 26.

6. Si bien coincidimos con la mayoría en que el Estado parte no ha ahondado en unos argumentos debidamente razonados, ello no es motivo para que el Comité realice su propio análisis jurídico sobre la base de las disposiciones del Pacto. El Comité tiene que evaluar si las personas que alegan haber sido discriminadas en el sentido del artículo 26 se encuentran en una situación relativamente similar a la de otras que reciben otro trato y si la diferencia de trato puede justificarse por la persecución de un propósito legítimo y mediante criterios razonables y objetivos. No podemos basarnos exclusivamente en consideraciones sobre la carga de la prueba cuando se trata de proteger los derechos enunciados en el Pacto.

Anexo IV

[Inglés únicamente]

I. Observations by the State party on admissibility

1. In a submission dated 27 November 2013, the State party argues that the author's claims under articles 2 (1), 14 (1) and 26 of the Covenant are inadmissible *ratione loci*, under article 1 of the Optional Protocol and article 2 (1) of the Covenant, to the extent that they relate to alleged violations of the Covenant that occurred or may occur outside Australia's territory and jurisdiction. Foreign same-sex marriages are not recognized under Australian law and, consequently, Australian law provides no mechanism to invalidate such marriages. While Australia accepts that the author is in its jurisdiction, her claim requires Australia to provide a remedy for an action that occurred outside its jurisdiction which has no legal effect within Australia's jurisdiction.

2. Additionally, or in the alternative, the State party submits that, as the author was married in Canada, she should seek a divorce order in that country. The fact that she is not entitled to access this order is a matter for her to pursue with the Canadian Government.

3. Additionally, or in the alternative, the State party submits that a number of the author's claims of alleged harm are inadmissible *ratione loci*, as they concern hypothetical future consequences for her outside Australia's territory and jurisdiction (see para. 2.9). Australia is not liable for any acts outside its jurisdiction and has no influence over the domestic laws of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland or Canada.

4. The State party also submits that aspects of the author's claims are inadmissible under article 1 of the Optional Protocol as she has not demonstrated that she was a victim of the alleged violations under the Covenant. A number of the claims relate to alleged violations of the Covenant that have not actually occurred, and instead rely on conjecture and speculation as to events in the future. In the absence of any actual interference with the author's rights, the Committee should rule these aspects of the communication inadmissible. Also, the author appears to make a number of claims on behalf of her daughter, who is not an author of the communication (see para. 5 below). For instance, she argues that Australia's divorce laws render the federal family courts unable to inquire into her child's care, welfare and development following the parents' separation, and that discriminatory laws reinforce a prejudicial environment which fosters harassment, abuse and violence against lesbians and gay men. The author fails to specifically identify the victims of these allegations or demonstrate how these claims are relevant to the complaint. The State party therefore submits that this material is inadmissible under article 1 of the Optional Protocol.

II. Author's comments on the State party's observations on admissibility

5. The author submitted comments on the State party's observations on 17 February 2014. She indicates that she wishes to join her daughter as co-author of the communication, highlighting the harm faced by the child as a result of the discrimination faced by the mother. She claims that Australian divorce laws cannot be considered proportionate because, if an objective aim of these laws is to promote the welfare of children, the exclusion of some children from that protection for no reason other than the same-sex nature of their parents' marriage runs contrary to the stated objective.

6. Had access to the court-based divorce mechanism been available to the author, the family courts would have been prevented by section 55A of the Family Law Act 1975 from granting a divorce order to the author and her spouse unless it was satisfied that suitable arrangements had been made for the future care of the child. Furthermore, the denial of access to such mechanism has also prevented the author from harnessing procedural mechanisms (such as the ability to subpoena information about the whereabouts of her

estranged spouse) which would have benefited the child. These mechanisms might have assisted the author's daughter in maintaining some form of relationship with her co-mother. They would also have improved the author's prospects for seeking child support from her estranged spouse, especially following law reforms in 2008 which opened the child-support scheme to same-sex couples.

7. The fact that the same-sex marriage took place outside Australia is irrelevant, as the matter complained of is the failure of the State party to provide a mechanism for divorce of same-sex relationships. That mechanism is currently provided within the State party's jurisdiction to persons in the same position as the author whose marriages involve persons of the opposite sex. Marital status is generally a portable and internationally recognized status which is carried with a person wherever he or she goes. Accordingly, although a divorce order may be granted domestically, it has international effect. To alter one's marital status necessitates access to a remedy for the dissolution of that marriage. Whether Canada or the United Kingdom should provide the author with a remedy cannot divert attention from the absence of a legitimate basis for Australia to withhold its own existing domestic remedies from the author. Australia is responsible for the breach, as it occurs solely within its territory and jurisdiction. Furthermore, regarding the State party's argument that some of the author's claims are hypothetical, the author responds that she has experienced and continues to experience harm domestically.

8. The author submits that there is nothing theoretical about her situation as the law has been applied to her and has suffered tangible harm as a result. Marital status is a legal and permanent state. The status itself is real, current and personal. It marks and defines her identity in the way that the formal recognition of her name, sex or nationality might. That Australia does not recognize her status as married does not affect the multiple nations which now do or the way in which the author herself identifies. By denying the author the mechanism to change her status Australia has denied her a degree of self-determination over a marker of her personal identity. In analogous cases the Committee has acknowledged, especially in relation to article 17 of the Covenant, that interference with a person's ability to self-determine markers of their identity, such as name, is a real and tangible harm.

9. Australia's refusal to allow the author to access a mechanism for finally resolving and adjusting her marital status leaves her in a position of vulnerability and anxiety. She is constantly forced to make declarations as to her marital status – for example, on government forms, to employers, to service providers – which expose her to vulnerability, humiliation and anxiety. In some cases, those declarations are reinforced by the risk of criminal sanction for knowingly making false declarations. Thus, the author faces constant dilemmas as, while in Australia she is not recognized as married, she is also neither properly "single" nor "divorced", and she remains married in those countries which recognize her status. In the circumstances, the State party's submission that she is not a victim or has not suffered harm are untenable.

10. The author's submissions on the effect of discriminatory laws on lesbians and gay men are directed towards the lack of any justification for the discrimination in Australia's divorce law. The State party has not disputed the fundamental tenet of this evidence, namely that discriminatory laws foster prejudicial environments and have been shown to contribute to negative mental effects among this population. The author, as a member of the group which has been targeted by this legal discrimination, therefore also suffers from the general harm perpetuated against lesbians and gay men from discriminatory laws.