



**Convención Internacional sobre
la Eliminación de todas las Formas
de Discriminación Racial**

Distr. general
14 de octubre de 2013
Español
Original: inglés

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Comunicación N° 47/2010

**Decisión adoptada por el Comité en su 83° período de sesiones
(12 a 30 de agosto de 2013)**

<i>Presentada por:</i>	Kenneth Moylan (representado por la abogada Alison Ewart)
<i>Presunta víctima:</i>	El peticionario
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	19 de abril de 2010 (presentación inicial)
<i>Fecha de la presente decisión:</i>	27 de de agosto de 2013

Anexo

Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en virtud del artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (83º período de sesiones)

respecto de la

Comunicación N° 47/2010*

<i>Presentada por:</i>	Kenneth Moylan (representado por la abogada Alison Ewart)
<i>Presunta víctima:</i>	El peticionario
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	19 de abril de 2010 (presentación inicial)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, establecido en virtud del artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,

Reunido el 27 de agosto de 2013,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 47/2010, presentada al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial por Kenneth Moylan en virtud del artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado el peticionario de la comunicación, su abogada y el Estado parte,

Adopta la siguiente:

Decisión sobre la admisibilidad

1. El peticionario de la comunicación, de fecha 17 de diciembre de 2009, completada con una carta de fecha 19 de abril de 2010, es Kenneth Moylan, aborigen, nacido en Australia el 2 de agosto de 1948. Afirma que Australia violó los derechos que le asisten en virtud de los artículos 2 (párr. 2); artículo 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la

* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Sr. Nourredine Amir, Sr. Alexei S. Avtonomov, Sr. José Francisco Cali Tzay, Sra. Anastasia Crickley, Sra. Fatimata-Binta Victoire Dah, Sr. Régis de Gouttes, Sr. Ion Diaconu, Sr. Kokou Mawuena Ika Kana (Dieudonné) Ewomsan, Sr. Yong'an Huang, Sra. Patricia Nozipho January-Bardill, Sr. Anwar Kemal, Sr. Dilip Lahiri, Sr. José A. Lindgren Alves, Sr. Pastor Elías Murillo Martínez, Sr. Waliakoye Saidou y Sr. Carlos Manuel Vázquez.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El peticionario está representado por una abogada¹.

Antecedentes de hecho

2.1 El peticionario es un aborigen australiano. Afirma que ha trabajado desde que tenía 14 años y que deseaba dejar de trabajar a los 60 años, en agosto de 2008. Carece de ahorros y solo tiene una pequeña cantidad por concepto de pensión de jubilación. En consecuencia, para poder dejar de trabajar necesitaría prestaciones de seguridad social. Con arreglo a la Ley de seguridad social de 1991, en Australia los hombres tienen derecho a empezar a percibir la pensión de vejez entre los 65 y 67 años de edad, dependiendo del año de nacimiento. Puesto que el peticionario nació el 2 de agosto de 1948, con arreglo a la Ley de seguridad social podrá ser pensionista cuando cumpla 65 años.

2.2 En 2007, la Oficina de Estadística de Australia hizo saber que los varones aborígenes tienen una esperanza de vida de 59 años. Esa esperanza de vida es unos 17 años inferior a la de los varones australianos no aborígenes². A pesar de esa menor esperanza de vida, la edad exigida es la misma para todos los varones australianos. El requisito de la Ley de seguridad social no se aplica equitativamente a los varones aborígenes y a los demás varones australianos porque los aborígenes no viven tanto tiempo como los demás australianos.

2.3 Según el peticionario, el Gobierno de Australia ha dejado claro que no tiene ninguna intención de modificar para los aborígenes australianos los requisitos para cobrar la pensión de vejez. En abril de 2008, el peticionario escribió a la Ministra de Familias, Vivienda, Servicios Comunitarios y Asuntos Indígenas, quien contestó que no estaba previsto reducir la edad a la que los australianos indígenas tenían derecho a la pensión de vejez, ya que era importante que se aplicasen a todos los australianos las mismas reglas sobre dicha pensión, reglas que promovían la equidad en el sistema de seguridad social. En la carta se añadía que las personas podían obtener la asistencia que necesitasen antes de alcanzar la edad de jubilación. Dependiendo de las circunstancias de cada persona, se podía recibir el subsidio "para un nuevo comienzo" si se estaba buscando trabajo; la pensión complementaria por discapacidad si no se podía trabajar debido a una deficiencia permanente; o un pago por dispensación de cuidados si se proporcionan cuidados constantes a una persona que los necesitase permanentemente o durante un tiempo prolongado³.

2.4 En octubre de 2009, el peticionario consultó la cuestión a un abogado, quien le confirmó que no existía ningún recurso interno para cambiar la situación⁴. En efecto, en su nota de asesoramiento, el abogado mencionó que el peticionario tenía dos posibilidades: una demanda en virtud de la Ley de lucha contra la discriminación racial de 1975 y una demanda en virtud de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos de Australia de 1986. Por lo que se refiere a la primera posibilidad, el artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial faculta a las personas a hacer valer sus derechos ante un tribunal si, por la aplicación y el cumplimiento de la ley y debido a su raza, no gozan de un derecho en la misma medida que otras⁵. El abogado dijo que si una persona deseaba denunciar que una

¹ Australia formuló la declaración prevista en el artículo 14 de la Convención el 28 de enero de 1993.

² Australia, Oficina de Estadística de Australia, *Older Aboriginal and Torres Strait Islander People: A Snapshot 2004-2005* (publicado en 2007).

³ Carta de la Oficina de Jenny Macklin, Ministra de Familias, Vivienda, Servicios Comunitarios y Asuntos Indígenas, 25 de junio de 2008.

⁴ El peticionario recibió el asesoramiento por escrito de un abogado (carta de fecha 9 de octubre de 2009 adjunta a la comunicación inicial del peticionario).

⁵ Ley de lucha contra la discriminación racial de 1975, artículo 10, Derecho a la igualdad ante la ley:

1. Si, debido a una ley del Commonwealth de Australia o de uno de sus estados o territorios o debido a una disposición de esas leyes, ciertas personas de una raza, color u origen

ley del Commonwealth de Australia (a saber, la Ley de seguridad social) denegaba a los varones aborígenes los mismos derechos que a los varones no aborígenes, debía interponerse una demanda ante el Tribunal Federal. Sin embargo, las tasas para interponerla eran considerables. También se corría el riesgo de tener que pagar costas considerables si el demandante veía rechazadas sus pretensiones. Incluso aunque se interpusiese una demanda, el Tribunal podía argumentar que no se denegaba el derecho a la seguridad social y que el artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial no resultaba de aplicación con respecto a las disposiciones de la legislación del Commonwealth de Australia que pudieran tener efectos indirectos sobre los derechos de una persona. El abogado manifestó dudas de que el artículo 10 de la Ley abarcara el concepto de discriminación racial indirecta. El posible éxito que se obtuviese quedaría en papel mojado, ya que el Tribunal carecería de competencia para ordenar que se modificase la Ley de seguridad social.

2.5 En cuanto a la segunda posibilidad, el mismo abogado informó de que, con arreglo a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos de Australia, se podían presentar denuncias ante esa Comisión si la persona de que se tratase creyese que se habían violado derechos humanos. Sin embargo, en virtud de esa legislación, las denuncias solo se podían interponer por ese motivo en relación con un acto o una práctica (no se mencionaba específicamente que abarcara también denuncias en relación con legislación). Además, el Gobierno podría hacer caso omiso de las conclusiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas incluso aunque esta determinase que se habían violado derechos humanos. El abogado recordó que el Comité de Derechos Humanos había determinado que, debido a carecer de poderes vinculantes, ciertos organismos como la Comisión de Derechos Humanos de Australia no ofrecían un recurso efectivo⁶.

La denuncia

3.1 El peticionario denuncia que Australia ha violado los derechos que le asisten en virtud de los artículos 5 y 6 de la Convención al aplicar una legislación que tiene efectos discriminatorios para los australianos aborígenes y no darle la oportunidad de impugnar esa legislación ante las autoridades nacionales.

3.2 El peticionario se remite a la Observación general N° 19 (2007) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho a la seguridad social, en la que se indica que las diferencias en la esperanza media de vida de hombres y mujeres

nacional o étnico particulares no gozan de un derecho del que disfrutaban las personas de otra raza, color u origen nacional o étnico, o gozan de un derecho de un modo más limitado que las personas de otra raza, color u origen nacional o étnico, las personas de la primera raza, color u origen nacional o étnico mencionadas gozarán, en virtud del presente artículo y no obstante lo dispuesto en esas leyes, de ese derecho en la misma medida que las personas de esa otra raza, color u origen nacional o étnico.

2. La referencia del párrafo 1 a "un derecho" incluye los derechos del tipo mencionado en el artículo 5 de la Convención.

3. Cuando en una ley figure una disposición que:

a) Autorice que bienes de propiedad de un aborigen o un isleño del estrecho de Torres sean administrados por otra persona sin el consentimiento del aborigen o el isleño del estrecho de Torres; o

b) Impida a un aborigen o un isleño del estrecho de Torres poner término a la administración de bienes de su propiedad por otra persona o limite sus posibilidades de hacerlo, y no sea una disposición que se aplique a todas las personas en general con independencia de su raza, color y origen nacional o étnico, se considerará que es una disposición a la que le es aplicable el párrafo 1 y la referencia que se hace en ese párrafo a "un derecho" incluye el derecho de una persona a administrar los bienes de su propiedad.

⁶ Comité de Derechos Humanos, comunicación N° 900/1999, *C. c. Australia*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002, párr. 7.3.

también pueden llevar, directa o indirectamente, a la discriminación en las prestaciones (en particular en el caso de las pensiones), por lo que deben tenerse en cuenta al elaborar los planes⁷.

3.3 A pesar de la prohibición general de la discriminación en relación con las prestaciones de seguridad social, un Estado puede y debe tener en cuenta las circunstancias especiales relacionadas con grupos desfavorecidos al determinar los criterios que dan derecho a recibir esas prestaciones. En determinadas condiciones, los Estados partes están de hecho obligados a tomar medidas especiales en virtud del artículo 2, párrafo 2, de la Convención. De no hacerlo, se incurrirá en una discriminación indirecta, como ha ocurrido en este caso.

3.4 El peticionario sostiene que en Australia no hay recursos internos para impugnar la mera existencia de legislación nacional. El Tribunal Superior de Australia (Tribunal Constitucional) carece de competencia para entender de las demandas que aleguen que la legislación del país ha infringido el derecho internacional. Además, carece igualmente de competencia para entender de las demandas por violaciones de derechos humanos debido a la inexistencia de una declaración/carta de derechos. Ni la Ley de lucha contra la discriminación racial ni ninguna otra ley facultarían al Tribunal para modificar la Ley de seguridad social. En cuanto a la Comisión de Derechos Humanos de Australia, no ofrece ningún recurso, ya que solo puede formular recomendaciones, que por ello no son vinculantes.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 16 de diciembre de 2011, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo en las que apuntó que estaba trabajando para acabar con las diferencias que existían entre australianos indígenas y no indígenas en índices importantes de la salud, la educación y el empleo, incluida la esperanza de vida. Para tratar de poner fin a la situación desventajosa sufrida por los australianos indígenas, el Estado parte había aprobado las metas del Acuerdo para la Reforma Nacional sobre los Indígenas y el plan Cerrar la brecha, que había elaborado el Consejo de Gobiernos Australianos. El Estado parte añadió que se tomaba muy en serio la aplicación de esas iniciativas; por ejemplo, el Gobierno estaba obligado a informar anualmente al Parlamento sobre ellas y se había establecido un nuevo Congreso Nacional de los Primeros Pueblos de Australia. El Estado parte reconoce las injusticias históricas sufridas por los australianos indígenas. En febrero de 2008, el Parlamento pidió perdón oficialmente a los pueblos indígenas de Australia por los abusos e injusticias pasados.

4.2 El Estado parte observa que, además de sus denuncias en virtud del artículo 5 (igualdad ante la ley en el goce del derecho a la seguridad social) y el artículo 6 (protección y recursos efectivos), el peticionario afirma que el Estado parte infringió el artículo 2, párrafo 2, de la Convención al no adoptar las medidas especiales necesarias para alcanzar el objetivo de una igualdad sustancial en la prestación de seguridad social a los australianos indígenas.

4.3 Aunque reconoce las diferencias notables en la esperanza de vida entre los australianos indígenas y no indígenas, el Estado parte apunta varias inexactitudes en la comunicación del peticionario, que se refieren a las estadísticas proporcionadas y el modo en que se han interpretado. Concretamente, el peticionario afirma que los varones aborígenes tienen una esperanza de vida de 17 años menos que los varones australianos no aborígenes, apoyándose en datos de 2004-2005. Sin embargo, en 2009 la Oficina de

⁷ *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2008, Suplemento N° 2 (E/2008/22), anexo VII, párr. 32.*

Estadística de Australia publicó una revisión de las estimaciones de la esperanza de vida en la que utilizó como período de referencia 2005-2007 e indicó que la diferencia entre los australianos indígenas y no indígenas era de 11,5 años.

4.4 La comunicación es inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos y por falta de fundamentación. Por lo que se refiere al primer motivo, el peticionario tenía a su disposición varios recursos internos. En primer lugar, podía haber interpuesto una demanda en virtud del artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial de 1975 (que incorpora la Convención al derecho interno de Australia) con respecto a los efectos de la Ley de seguridad social de 1991, que regula la pensión de vejez. El artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial se refiere a la aplicación y el cumplimiento de las leyes. También puede hacerse extensivo a una ley que afecte indirectamente al goce de un derecho humano por las personas de una raza determinada⁸. Para que se reconociese su pretensión en virtud del artículo 10, el peticionario habría tenido que demostrar que, debido a la Ley de seguridad social, los aborígenes no gozaban de un derecho o gozaban de un derecho de un modo más limitado que las personas de otras razas⁹. Si la demanda hubiese prosperado, el Tribunal Federal habría tenido amplias facultades discrecionales con arreglo al artículo 23 de la Ley del Tribunal Federal de Australia de 1976 para adoptar la decisión que hubiese considerado apropiada. Por ejemplo, podría haber interpretado las disposiciones correspondientes de un modo tal que tanto el artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial como la Ley de seguridad social surtieran efecto.

4.5 El Estado parte añade que el peticionario tampoco se acogió al recurso de solicitar tipos alternativos de prestaciones de seguridad social, como la pensión complementaria por discapacidad o la prestación especial, a las que tal vez tuviera derecho. Si hubiera presentado una solicitud al respecto, el peticionario habría podido impugnar las decisiones adoptadas en relación con esa solicitud de diferentes modos. Por ejemplo, determinadas decisiones de funcionarios públicos sobre cuestiones de seguridad social pueden ser sometidas a la revisión interna del organismo público correspondiente, a una revisión en cuanto al fondo por el Tribunal de Apelación de la Seguridad Social y el Tribunal Administrativo de Apelación y a una revisión judicial por el Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Australia.

4.6 Con respecto a las posibles soluciones examinadas por el peticionario, que le llevaron a la conclusión de que no existían recursos internos (véase el párrafo 2.4 más arriba), el Estado parte responde diciendo que el hecho de escribir cartas a ministros y obtener el asesoramiento de un abogado no bastan para considerar que el peticionario ha agotado los recursos internos. El Comité ha manifestado que corresponde al peticionario interponer los recursos a su alcance y que el mero hecho de dudar de la eficacia de esos recursos no exime a un peticionario de recurrir a ellos¹⁰. Corresponde a un tribunal interno, y no a un abogado, decidir cuáles son los recursos disponibles en virtud de la legislación nacional. En la comunicación no figura ninguna prueba de que se hayan interpuesto.

4.7 El Estado parte considera además que el peticionario no ha fundamentado su denuncia en datos estadísticos ni en sus circunstancias personales. El peticionario tenía 61 años de edad cuando presentó su comunicación al Comité. De acuerdo con los datos de la Oficina de Estadística de Australia, los varones indígenas de 60 años tienen una

⁸ El Estado parte se remite a la sentencia *Bropho v. Western Australia* (2008), pleno del Tribunal Federal de Australia 100, párrs. 287 a 290.

⁹ *Sahak v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2002), pleno del Tribunal Federal de Australia, 215, párr. 35.

¹⁰ Comunicación N° 9/1997, *D. S. c. Suecia*, decisión de inadmisibilidad adoptada el 17 de agosto de 1998, párr. 6.4.

esperanza media de vida de otros 17 años aproximadamente (frente a los 22 años de los varones no indígenas). El peticionario no es víctima de ninguna violación en relación con la pensión de vejez porque, con arreglo a la información estadística del Estado parte, es probable que alcance una edad suficiente para tener derecho a ella y disfrutarla en los años venideros.

4.8 Además, no hay pruebas que corroboren las alegaciones del peticionario sobre su estado de salud y su suposición de que no tendrá derecho a otros tipos de prestaciones de seguridad social. El Estado parte considera también que el peticionario no ha expresado claramente de qué manera se exigiría la adopción de medidas especiales concretas con arreglo al artículo 2, párrafo 2, de la Convención. El peticionario afirma que la discriminación indirecta puede derivarse de la falta de medidas especiales, pero no ofrece ninguna prueba ni ningún razonamiento que respalde su afirmación.

4.9 En cuanto al fondo, el Estado parte se remite a la Recomendación general N° 32 (2009) del Comité, relativa al significado y alcance de las medidas especiales en la Convención¹¹ en la que se indica que las medidas especiales han de ser adecuadas a la situación que quiere remediarse, ser legítimas, ser necesarias en una sociedad democrática, respetar los principios de justicia y proporcionalidad y ser temporales. Estas medidas deben concebirse y aplicarse en función de las necesidades y basarse en una evaluación realista de la situación actual de las personas y las comunidades afectadas. En la actualidad, el Estado está adoptando una amplia diversidad de medidas para acortar las diferencias en la esperanza de vida entre los australianos indígenas y no indígenas. En las últimas dos décadas han mejorado aspectos importantes de la salud, como, por ejemplo, las tasas de mortalidad por enfermedades cardiovasculares, las tasas de mortalidad infantil y en la niñez y las tasas de consumo de tabaco. Los índices de mortalidad de los indígenas por todas las causas descendieron y se han reducido las diferencias entre los australianos indígenas y no indígenas. Corresponde al Estado parte determinar la forma que habrían de adoptar las medidas especiales que se pudiesen tomar en virtud de la Convención, la cual no puede exigir ninguna forma concreta de medidas especiales. A ese respecto, una seguridad social diferenciada no es el mecanismo apropiado para acelerar la consecución de una igualdad sustantiva en la salud y la mortalidad entre australianos indígenas y no indígenas; al contrario: mejorar los resultados sanitarios, como la mortalidad, en un contexto en el que los indígenas llevan largo tiempo en situación de desventaja exigirá mejoras sostenibles y a largo plazo en diversos aspectos de la vida de las personas.

4.10 Con respecto al artículo 5 e) iv), no se requiere el cobro de una pensión de vejez que sea diferente de la seguridad social en general para cumplir las obligaciones que impone la Convención. En cualquier caso, el Estado parte considera que la legislación australiana de seguridad social, incluidas las normas que se refieren a la pensión de vejez, no es discriminatoria con arreglo al derecho internacional, ya que las medidas son generales y por ello no diferencian directa ni indirectamente en función de la raza. Por otra parte, en la medida en que quepa afirmar que hay un trato diferenciado indirecto entre australianos indígenas y no indígenas se trata de un trato diferenciado legítimo y no discriminatorio con arreglo al derecho internacional.

4.11 El derecho a disfrutar sin discriminación de prestaciones de la seguridad social no exige que los Estados concedan esas prestaciones a todas las personas ni que concedan a todas las personas todos los tipos de prestaciones. Dado que el artículo 5 e) iv) exige el disfrute de prestaciones de seguridad social en condiciones de igualdad, y no su disfrute universal, el Estado parte está facultado para establecer criterios para determinar quién tiene derecho a las prestaciones, a fin de ofrecerlas a las personas que más las necesiten. El porcentaje de australianos indígenas que reciben prestaciones de seguridad social es

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Suplemento N° 18 (A/64/18), anexo VIII.*

representativo de la proporción de la población indígena de Australia. El peticionario puede tener derecho a diversos tipos de prestaciones de seguridad social: entre otras, la pensión complementaria por discapacidad, el subsidio "para un nuevo comienzo" y la prestación especial, que es un ingreso suplementario para las personas que sufren dificultades económicas por motivos que escapan a su control y no tienen otros medios económicos.

4.12 Los criterios establecidos en la Ley de seguridad social se basan en diversos elementos objetivos distintos de la raza, como la edad y, únicamente para las personas nacidas antes de 1957, el sexo. Las disposiciones relativas a la pensión de vejez se aplican por igual a todos los australianos y cualquier limitación que tenga el peticionario para acceder a esa prestación no proviene de su raza, sino del hecho de que todavía no ha alcanzado la edad para tener derecho a ella. Por consiguiente, el peticionario recibe el mismo trato que todos los australianos, sin distinción por su raza.

4.13 De acuerdo con la Oficina de Estadística de Australia, los australianos indígenas representan el 2,5% de la población total. De acuerdo con el informe de gasto en cuestiones indígenas de 2010¹², elaborado por la Comisión de Productividad, alrededor del 2,8% de la población que recibió prestaciones de seguridad social en 2008 y 2009 se definió como indígena, lo que demuestra que la legislación sobre seguridad social no tiene el efecto de negar a los australianos indígenas, ni al autor, el disfrute del derecho a la seguridad social en condiciones de igualdad con los demás australianos. Además, la Oficina de Estadística de Australia calcula que los australianos indígenas representan el 0,6% de la población de 65 o más años y, de acuerdo con la Comisión de Productividad, suponen el 0,9% de quienes recibieron la pensión de vejez y la pensión no contributiva por cónyuge en 2008 y 2009.

4.14 Las enfermedades que con mayor frecuencia reducen la esperanza de vida de los australianos indígenas (en 2004-2008, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, las lesiones, las intoxicaciones, los trastornos endocrinos, metabólicos y nutricionales y las enfermedades respiratorias) son de tal naturaleza que es probable que las personas que las padecen se puedan acoger a otros tipos de prestaciones de seguridad social diferentes de la pensión de vejez, como la pensión complementaria por discapacidad, a condición de que se cumplan los requisitos pertinentes en cuanto a ingresos y otros criterios.

4.15 En la medida en que existe un trato diferenciado (basado en la edad), el objetivo de esa diferenciación es legítimo, razonable, objetivo y proporcionado. Concretamente, su propósito es prestar apoyo a los australianos ancianos que, con su trabajo, han aportado una contribución valiosa a la sociedad australiana. Además, el Estado parte puede lograr así que las personas de edad tengan un nivel adecuado de apoyo económico, aunque se exige al mismo tiempo a las personas que recurran a sus propios fondos, cuando los tengan, y gestionen productivamente los recursos para que el sistema de pensiones siga siendo asequible y sostenible para todos los australianos.

4.16 En cuanto al artículo 6 de la Convención, y sin perjuicio de la alegación del Estado parte de que la denuncia del peticionario al respecto es inadmisibles, la reclamación también carece de fundamento. El artículo 6 es de carácter accesorio y por consiguiente se aplica a raíz de una violación de un artículo concreto de la Convención. No habiéndose violado ningún derecho sustantivo, no cabe ninguna reclamación en virtud del artículo 6. Dada esa afirmación, el Estado parte considera que la reclamación del peticionario en virtud de esa disposición carece de fundamento. Alternativamente, considera que en Australia caben recursos efectivos, ya que el peticionario tenía a su disposición diversos mecanismos de revisión y apelación que no utilizó (véanse más arriba los párrafos 4.4 a 4.6).

¹² Australia, Comité Directivo encargado del informe de gasto en cuestiones indígenas, *2010 Indigenous Expenditure Report* (Canberra, 2010, Comisión de Productividad).

Comentarios del peticionario acerca de las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

5.1 El 6 de noviembre de 2012, el peticionario contestó diciendo que las estadísticas ofrecidas por la Oficina de Estadística de Australia que indicaban una esperanza de vida radicalmente inferior en los australianos indígenas demostraban que efectivamente los australianos indígenas, incluido el peticionario, no gozaban del derecho a la seguridad social en su vejez del mismo modo que el resto de la población.

5.2 El peticionario impugna el argumento del Estado parte de que las estadísticas de 2009 prevalecen sobre las estadísticas de 2007. La metodología utilizada para las estadísticas de 2009 de la Oficina de Estadística en las que se apoya el Estado parte han sido puestas en entredicho por varios organismos fundamentales, como el Comité Rector de la campaña Cerrar la brecha, en el que participan la Comisión de Derechos Humanos de Australia, Oxfam Australia, la Asociación Médica de Australia, la Asociación de Médicos Indígenas de Australia y Australians for Native Title and Reconciliation¹³. Además, la propia Oficina de Estadística ha indicado que no se pueden comparar las estadísticas anteriores relativas a la esperanza de vida con las estadísticas posteriores y ha explicado que no cabía interpretar que las diferencias midiesen cómo había cambiado con el tiempo la esperanza de vida de los indígenas¹⁴. Incluso aceptando las estadísticas de la Oficina de Estadística de 2009, sigue siendo evidente una diferencia importante en la esperanza de vida que asciende a 11 años y medio. El peticionario considera por ello que sus argumentos con respecto al trato desigual dispensado a australianos indígenas y no indígenas siguen siendo válidos.

5.3 El peticionario recalca que los dos conjuntos de estadísticas se refieren a la esperanza de vida al nacer, es decir, que la edad indicada es el tiempo que se espera que viva un varón nacido en 2004-2005 (estadísticas de la Oficina de 2007) o en 2005-2007 (estadísticas de la Oficina de 2009). Por ello, ninguno de los períodos de referencia es completamente exacto en el caso del peticionario, que nació en 1948.

5.4 En sus observaciones, el Estado parte indica que, de acuerdo con las cifras de la Oficina de Estadística, los varones indígenas de 60 años tienen una esperanza media de vida de unos 17 años a partir de esa edad (frente a los 22 años de los varones no indígenas). El Estado parte no proporciona ninguna referencia para esa afirmación ni pudo encontrarse ninguna y, por ello, la exactitud o inexactitud de esa afirmación son difíciles de impugnar. No obstante, las estadísticas de la Oficina de 2009 en las que se apoyó el Estado parte indican que un varón indígena de 50 años puede esperar vivir otros 23,8 años y un varón no indígena, otros 31 años y que un varón indígena de 65 años puede esperar vivir otros 13,4 años y un varón no indígena, otros 17,9 años. En el período que abarcan esas estadísticas (2005-2007), el peticionario tenía entre 57 y 59 años, es decir, le eran aplicables las cifras mencionadas. La brecha es por tanto suficiente para indicar una diferencia notable en el posible disfrute de la pensión de vejez entre australianos indígenas y no indígenas.

5.5 Aunque el peticionario reconoce que el Estado parte ha adoptado algunas medidas positivas para reducir esa brecha, hay un debate considerable sobre si las medidas han contribuido a lograr mejoras significativas¹⁵. Además, las medidas adoptadas hoy no

¹³ El peticionario se remite al informe del Comité Rector de la campaña Cerrar la brecha titulado "Close the Gap", *Shadow Report 2012* (2012). Se puede consultar en <http://resources.oxfam.org.au/pages/view.php?ref=687> (consultado el 1 de octubre de 2013).

¹⁴ Australia, Oficina de Estadística, "The Health and Welfare of Australia's Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples", cat. N° 4704.0 (2010).

¹⁵ El peticionario se remite al informe del Comité Rector de la campaña Cerrar la brecha titulado "Close the Gap", *Shadow Report 2012*.

pueden compensar el legado que dejaron las décadas de maltrato que sufrieron los australianos indígenas más mayores.

5.6 Con respecto a la admisibilidad, el peticionario se remite al párrafo 5 de la Observación general N° 33 (2008) del Comité de Derechos Humanos, relativo a las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que este consideró que correspondía al Estado parte indicar los recursos disponibles y efectivos que el autor de la comunicación no había agotado. En el presente caso, el Estado parte ha mencionado que el Tribunal podía haber interpretado las disposiciones correspondientes de un modo tal que tanto el artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial de 1975 como la Ley de seguridad social hubiesen surtido efecto. El peticionario considera, sin embargo, que eso habría sido imposible debido a las prescripciones obligatorias de la Ley de seguridad social, ya que esa Ley exige haber alcanzado la edad de 65 años (o de 67 años, dependiendo del año de nacimiento) para tener derecho a la pensión de vejez; además, los tribunales no tienen ningún margen de discrecionalidad para interpretar esa disposición, incluso en el caso improbable de que adoptasen una interpretación amplia del artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial y determinasen que se había producido una discriminación. Como ya indicó el peticionario en su denuncia original, el Tribunal carece de competencia legislativa y no puede modificar las leyes del Commonwealth de Australia. El Tribunal no podía adoptar una decisión que cambiase los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez. A menos que el poder legislativo modificase la Ley de seguridad social, el peticionario no dispondría de un recurso efectivo.

5.7 En relación con el motivo por el que no tenía a su disposición otros tipos distintos de prestaciones de seguridad social el peticionario, este señala que las prestaciones ofrecidas en los últimos años de la vida de una persona son distintas de las ofrecidas, por ejemplo, a los desempleados que buscan activamente trabajo (subsidio "para un nuevo comienzo") o a los que sufren dificultades financieras extremas (prestación especial). Para recibir asistencia económica en su vejez, el peticionario no debería tener que cumplir los criterios necesarios para esas otras prestaciones de seguridad social, sino que debería tener derecho a gozar de la pensión de vejez en condiciones de igualdad. Además, y en contra de lo que afirma el Estado parte, el peticionario no podía haber recurrido ante el Tribunal de Apelación de la Seguridad Social y, después haber presentado otro recurso ante el Tribunal Administrativo de Apelación, y haber solicitado finalmente la revisión judicial. El Tribunal de Apelación de la Seguridad Social no puede adoptar medidas para modificar la ley ni reescribirla si ha sido correctamente aplicada. Si se quiere cambiar la ley, hay que dirigir una petición al miembro correspondiente del Parlamento¹⁶. Además, los particulares solo pueden recurrir ante el Tribunal de Apelación de la Seguridad Social si se adoptó una decisión errónea; si los hechos que condujeron a la decisión fueron interpretados incorrectamente; si no se tuvo en cuenta toda la información para adoptar la decisión; o si se adoptó una decisión discrecional contra los intereses de la persona. Ninguno de esos supuestos encaja en el caso del peticionario. Al contrario: la decisión de denegar al peticionario la pensión de vejez no habría sido discrecional, sino obligatoria conforme a las prescripciones de la Ley de seguridad social.

5.8 Con respecto a los argumentos del Estado parte de falta de fundamentación, el peticionario contesta diciendo que se refieren al fondo. A ese respecto, se remite a la Recomendación general N° 32 del Comité en la que este afirmó que dar un mismo trato a personas o grupos cuyas situaciones fuesen objetivamente diferentes constituiría discriminación en la práctica, como lo constituirá también el trato desigual de personas

¹⁶ El peticionario se remite a las directrices en línea del Tribunal de Apelación de la Seguridad Social, que se pueden consultar en la dirección <http://www.ssat.gov.au/centrelink-reviews/decisions.aspx#cannotdo>.

cuya situación fuese objetivamente la misma. El Comité ha observado también que la aplicación del principio de no discriminación exige que se tomen en consideración las características de los grupos¹⁷. A diferencia de ese razonamiento del Comité, el Estado parte ha adoptado una interpretación estricta del concepto de discriminación y ha pasado por alto así el concepto de discriminación indirecta que han reconocido el Comité y otros organismos (entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La esperanza de vida radicalmente inferior de los australianos indígenas significa que se encuentran en una situación objetivamente diferente de la del resto de la población.

5.9 Con respecto a las medidas especiales, y coincidiendo con la posición del Comité en la Recomendación general N° 32 (párr. 18), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en determinadas circunstancias, el hecho de no intentar corregir la desigualdad mediante el trato diferente puede en sí mismo constituir una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁸. El peticionario añade que el artículo 2, párrafo 2, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial tiene por objetivo alcanzar el disfrute en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y no la mera igualdad *de jure*. El hecho de adoptar medidas para luchar contra esa discriminación indirecta no constituiría el disfrute universal, como mencionó el Estado parte, sino simplemente el disfrute en condiciones de igualdad que exige la Convención.

5.10 Al contrario de lo que afirma el Estado parte, su decisión de establecer la edad de jubilación a los 65 años parece arbitraria y no adecuada para todos, dadas las importantes diferencias entre los australianos indígenas y no indígenas. El Estado parte no proporciona ninguna información sobre los criterios que ha utilizado para fijar la edad de jubilación a los 65 años. Teniendo en cuenta que el Estado parte ha reconocido expresamente la diferencia en la esperanza de vida, el peticionario no sabe por qué razón el Estado parte ha fijado la edad de jubilación a los 65 años para todos los australianos, ya que es un hecho reconocido que los australianos indígenas se encuentran en una situación diferente.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial debe decidir, con arreglo al artículo 14, párrafo 7 a), de la Convención, si esta es admisible o no.

6.2 En primer lugar, el Comité desea recordar que, contrariamente a la afirmación general del Estado parte de que el artículo 6 sería accesorio por naturaleza (véase el párrafo 4.16 *supra*), los derechos amparados por la Convención no se limitan al artículo 5. A ese respecto, el Comité se remite a su jurisprudencia, en que ha determinado una violación independiente del artículo 6 en distintas ocasiones¹⁹.

6.3 El Comité observa que el Estado parte ha impugnado la admisibilidad de la denuncia porque no se habían agotado los recursos internos. El Estado parte alega que el peticionario tenía a su disposición varios recursos internos, entre ellos la posibilidad de interponer una

¹⁷ Recomendación general N° 32, párr. 8.

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. H. and Others v. Czech Republic*, Gran Sala, demanda N° 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 127.

¹⁹ Comunicación N° 10/1997, *Habassi c. Dinamarca*, opinión aprobada el 17 de marzo de 1999, párr. 10; comunicación N° 16/1999, *Kashif Ahmad c. Dinamarca*, opinión aprobada el 13 de marzo de 2000, párr. 8; y comunicación N° 29/2003, *Durmic c. Serbia y Montenegro*, opinión aprobada el 6 de marzo de 2006, párr. 10.

demanda judicial en virtud del artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial de 1975 con respecto a los efectos de la Ley de seguridad social de 1991; y que, si sus pretensiones hubieran prosperado, el Tribunal Federal habría tenido un amplio margen de discrecionalidad en virtud del artículo 23 de la Ley del Tribunal Federal de Australia de 1976 para adoptar la decisión que hubiera considerado apropiada, como, por ejemplo, hacer una interpretación de las disposiciones correspondientes de un modo que hubiesen surtido efecto tanto el artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial como la Ley de seguridad social. El Comité observa que el Estado parte fundamenta su argumentación en la jurisprudencia del propio Tribunal Federal (véase el párrafo 4.4 *supra*).

6.4 El Comité observa que el peticionario no niega que podía haber interpuesto una demanda ante el Tribunal Federal en virtud del artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial y que alega que, no obstante, esa demanda habría entrañado el pago de importantes tasas de registro y de costas si hubiera sido desestimada, y que, incluso en el caso de que hubiera prosperado, habría quedado en papel mojado, ya que el Tribunal Federal carece de competencia legislativa y solo el poder legislativo puede modificar la ley.

6.5 El Comité recuerda que el mero hecho de dudar de la eficacia de los recursos internos o de creer que el hecho de utilizarlos ocasionaría gastos no exime a un peticionario de recurrir a ellos²⁰. Habida cuenta de la información de la que dispone, el Comité considera que el peticionario no ha presentado argumentos suficientes de que no existan en Australia vías para denunciar que una determinada legislación tiene efectos discriminatorios para una persona por motivo de su raza. Con independencia de las reservas que pueda tener el peticionario sobre la eficacia del mecanismo en virtud del artículo 10 de la Ley de lucha contra la discriminación racial en su caso concreto, le correspondía interponer los recursos disponibles, incluida una demanda ante el Tribunal Superior. Solo después de intentarlo, podía el peticionario llegar a la conclusión de que en realidad ese recurso no era efectivo o no estaba a su disposición.

6.6 Teniendo en cuenta cuanto antecede, y sin perjuicio de la cuestión de fondo relativa a la supuesta discriminación estructural ligada a las prestaciones de jubilación, el Comité considera que el peticionario no ha satisfecho las condiciones prescritas en el artículo 14, párrafo 7 a), de la Convención.

7. En consecuencia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibile;
- b) Que la presente decisión se comunique al Estado parte y al peticionario.

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

²⁰ Comunicación N° 9/1997, *D. S. c. Suecia*, decisión de inadmisibilidad de 17 de agosto de 1998, párr. 6.4.