



Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Distr. general
30 de abril de 2021
Español
Original: inglés

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 20/2014* **

<i>Comunicación presentada por:</i>	Grainne Sherlock (representada por el Australian Centre for Disability Law)
<i>Presunta víctima:</i>	La autora
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	24 de febrero de 2014 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión adoptada con arreglo al artículo 70 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 13 de junio de 2014 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	19 de marzo de 2021
<i>Asunto:</i>	Discriminación por motivos de discapacidad; obtención de un visado de trabajo
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Competencia
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Discriminación por motivos de discapacidad; libertad de desplazamiento; libertad de elección del lugar de residencia; obtención de un visado de trabajo
<i>Artículos del Pacto:</i>	4; 5; y 18
<i>Artículo del Protocolo Facultativo:</i>	1, párr. 1

1. La autora de la comunicación es Grainne Sherlock, nacional de Irlanda, nacida el 28 de enero de 1977. Afirma que ha sido víctima de una violación por el Estado parte de los artículos 4, 5 y 18 de la Convención. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 19 de septiembre de 2009. La autora está representada por un abogado.

* Aprobado por el Comité en su 24º período de sesiones (8 de marzo a 1 de abril de 2021).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Rosa Idalia Aldana Salguero, Soumia Amrani, Danlami Umaru Basharu, Gerel Dondovdorj, Gertrude Oforiwa Fefoame, Vivian Fernández de Torrijos, Odelia Fitoussi, Mara Cristina Gabrielli, Amalia Gamio Ríos, Samuel Njuguna Kabue, Kim Mi Yeon, Sir Robert Martin, Floyd Morris, Jonas Ruskus, Markus Schefer, Saowalak Thongkuay y Risnawati Utami. De conformidad con el artículo 60, párrafo 1 c), del reglamento del Comité, Rosemary Kayess no participó en el examen de la comunicación.



A. Resumen de la información y alegaciones de las partes

Los hechos expuestos por la autora

2.1. En 2001 se diagnosticó a la autora esclerosis múltiple. Como tratamiento primario se le ha venido prescribiendo, desde 2008, Tysabri, un anticuerpo monoclonal que se administra por infusión intravenosa cada cuatro semanas y requiere una breve hospitalización. El tratamiento ha sido muy eficaz para la autora, que ha podido mantenerse en forma, saludable y libre de síntomas. La autora está casada y tiene dos hijos.

2.2. La autora ocupaba un puesto de ejecutiva superior de ventas en Oracle en Dublín. En junio de 2012, en medio de una recesión, solicitó un puesto de mayor categoría en la oficina de Oracle en Melbourne (Australia), que le habría supuesto seguridad laboral, un ascenso y oportunidades de promoción profesional. El 5 de noviembre de 2012 se le ofreció el puesto, que aceptó el 8 de noviembre. El 30 de noviembre de 2012 presentó por vía telemática al Departamento de Inmigración y Ciudadanía de Australia una solicitud para la obtención de un visado temporal de trabajo cualificado (visado de la subclase 457). Su solicitud de visado estaba patrocinada por Oracle.

2.3. En el proceso de solicitud, la autora facilitó la información que se le pedía. Todos los solicitantes de un visado de la subclase 457 deben satisfacer los criterios de salud mencionados en el Criterio de Interés Público 4006A, que figura en el Reglamento de Migración de 1994 y establece que los solicitantes deben estar libres de cualquier enfermedad o afección que haga probable que requieran la prestación de servicios comunitarios o de atención de la salud durante el período de vigencia del visado en circunstancias en las que la administración del correspondiente tratamiento constituya “un gasto considerable para las autoridades australianas o pueda dificultar el acceso de un ciudadano o un residente permanente australianos a atención médica”. Ese requisito puede ser objeto de una exención si el empleador que patrocina al solicitante del visado se compromete a sufragar todos los gastos médicos correspondientes. Además, ateniéndose al requisito exigido a todos los solicitantes de un visado de la subclase 457, la autora contrató una “póliza de cobertura platino para visitantes extranjeros” con la compañía de seguros Bupa. Por otro lado, como Australia tiene un acuerdo recíproco de asistencia sanitaria con Irlanda, la autora tenía derecho a darse de alta en Medicare a su llegada a Australia. El costo del Tysabri habría sido subvencionado por Medicare y el hecho de que la autora estuviese dada de alta en Medicare la habría eximido del requisito de tener un seguro de salud privado.

2.4. En la solicitud de visado, la autora reveló su diagnóstico de esclerosis múltiple, que posteriormente fue considerado por el Departamento de Inmigración y Ciudadanía como una “afección médica importante”. El 21 de diciembre de 2012, a petición del Departamento, se sometió a un reconocimiento médico. El 28 de enero de 2013, el Departamento notificó a Deloitte, un “agente de inmigración” de Oracle, que la autora no satisfacía el requisito sanitario porque el costo de su tratamiento para la esclerosis múltiple durante cuatro años se estimaba en unos 97.000 dólares australianos, suma que excedía el “límite de gastos asumibles”, fijado en 35.000 dólares australianos. El Departamento también informó de que la autora podía quedar eximida del cumplimiento del requisito sanitario si presentaba, en un plazo de 28 días, la aceptación por Oracle del “compromiso del patrocinador” en el que se indicara que Oracle cubriría todos los gastos relacionados con la medicación y el tratamiento para la esclerosis múltiple durante su estancia en Australia. La autora transmitió esa información a Oracle. El 31 de enero de 2013, la autora comunicó asimismo, tanto a Oracle como a Deloitte, que estaba dispuesta a sufragar personalmente los gastos médicos no asegurados que pudiese generar en Australia y a aceptar que dicha cantidad se dedujera de su sueldo. El 1 de febrero de 2013, el Departamento informó a Deloitte de que ese tipo de acuerdo privado no estaba permitido por la legislación australiana. El 15 de febrero de 2013, Oracle manifestó su negativa a firmar el “compromiso del patrocinador” debido a la responsabilidad ilimitada que ello supondría para la empresa. El 22 de febrero de 2013, Oracle retiró la solicitud de visado para la autora, así como su nombramiento para el puesto en Melbourne.

2.5. Entretanto, el 19 de febrero de 2013, la autora confirmó con Bupa que su póliza de seguro cubriría el costo del Tysabri si se le administraba como paciente ingresada en un

hospital privado. Bupa también informó a la autora de que su póliza cubriría el ingreso en un hospital para someterse a un tratamiento por infusión el mismo día del ingreso cuando fuese clínicamente necesario, así como el 100 % de la tarifa fijada por la Asociación Médica Australiana para el tratamiento de su patología como paciente hospitalizada o la cantidad complementaria resultante si su médico decidiera recurrir al plan de cobertura complementaria de Bupa. Si el tratamiento para su patología se administraba en régimen ambulatorio, se cubrirían los gastos conexos hasta el equivalente al 150 % de la tarifa que figura en el plan de prestaciones médicas. La autora comunicó esa información relativa a la cobertura del seguro a Oracle y a la Oficina del Registro de Agentes de Inmigración. Además, el 1 de mayo de 2013, escribió una carta al Ministro de Inmigración y Ciudadanía en la que expresaba su preocupación por la denegación de su solicitud de un visado de la subclase 457 y la discriminación que había sufrido a causa de su enfermedad. La autora subrayó que había propuesto una serie de acuerdos para que la exención del requisito sanitario fuera más aceptable para su empleador; que todos los gastos derivados de su tratamiento y su medicación habrían estado cubiertos por su seguro privado; y que el Departamento de Inmigración y Ciudadanía había señalado que ese tipo de acuerdo contravendría la legislación australiana. En esa carta, la autora solicitaba una investigación sobre la manera en que el Departamento había tramitado su caso.

2.6. El 14 de junio de 2013, la autora recibió una respuesta de un funcionario del Departamento de Inmigración y Ciudadanía en la que este indicaba, entre otras cosas, que había confirmado con Bupa que la póliza de seguro de la autora solo cubriría un gasto en medicamentos de hasta 500 dólares australianos y que había un período de carencia de 12 meses para el tratamiento de afecciones preexistentes, entre las que se incluía la esclerosis múltiple. A ese respecto, la autora afirma que el Departamento no tuvo en cuenta que el tratamiento se le administraría como paciente hospitalizada y estaría plenamente cubierto por su póliza de seguro sin período de carencia. El Departamento indicó asimismo que las normas que regulaban las solicitudes de visados de la subclase 457 no impedían que se celebrase un acuerdo privado entre el empleador y el empleado en relación con el pago de cualquier gasto de atención médica que el empleador se comprometiera a sufragar. La autora afirma que esa información contradecía la remitida por el Departamento a Oracle y Deloitte el 1 de febrero de 2013.

2.7. La autora sostiene que la denegación de su solicitud de visado les ha afectado negativamente a ella y a su familia. Tras su aceptación del puesto en Melbourne, los clientes de la autora fueron reasignados a la persona que había ocupado su puesto en Dublín. Durante los dos primeros meses posteriores al regreso de la autora a su puesto original en Dublín no tuvo ningún cliente, lo que supuso una reducción de sus ingresos de unos 9.000 euros en 2013. Además, en el marco de los preparativos del traslado de la familia a Australia, su marido había cerrado su negocio el 23 de diciembre de 2012. Como consecuencia, a raíz del rechazo de la solicitud de visado estuvo cuatro meses sin empleo y tuvo que aceptar un trabajo menos ventajoso. Además, como la autora y su marido ya habían firmado un contrato de arrendamiento de su casa de Dublín y habían vendido todos los muebles, se vieron obligados a rescindir el contrato de alquiler y a vivir con poco mobiliario. Su hija mayor tuvo dificultades en la escuela, entre otras cosas en relación con la preparación del examen del primer nivel de enseñanza secundaria, al que no pensaba que tendría que presentarse. La conmoción y decepción que supuso la cancelación del plan familiar hizo que su hija mayor sufriera un cuadro grave de estrés y ansiedad. Asimismo, la hija menor de la autora comenzó a sentirse aislada socialmente. Además, la decisión de la autora de trasladarse a Australia era en parte un plan que había ideado conjuntamente con su hermana. En diciembre de 2012 su hermana había emigrado con su marido a Nueva Zelanda, y ambos esperaban que la familia de la autora se mudara poco después a Australia. Tras la denegación de su solicitud de visado, la autora vio que tendría muchas menos posibilidades de mantener un contacto personal directo con su hermana. Dado que esos acontecimientos la afectaron gravemente en el plano tanto emocional como psíquico, la autora ha tenido que recibir asesoramiento psicológico.

2.8. En lo que respecta al agotamiento de los recursos internos, la autora afirma que su solicitud de visado se dio por terminada cuando Oracle se negó a firmar el “compromiso del patrocinador” y retiró su nombramiento para el puesto situado en su oficina de Melbourne. En Australia, las decisiones o los actos de esa naturaleza no pueden ser objeto de revisión en virtud de la Ley de Migración de 1958. Por otro lado, las secciones 1, 2 y 2A de la Ley contra

la Discriminación por Motivos de Discapacidad de 1992 no afectan a las disposiciones discriminatorias contenidas en la Ley de Migración ni en ningún otro instrumento legislativo aprobado en virtud de esta última. Además, ninguna decisión o acto permitido o exigido en virtud de la Ley de Migración puede ser declarado ilegal en virtud de la Ley contra la Discriminación por Motivos de Discapacidad.

La denuncia

3.1. La autora alega que el Estado parte ha vulnerado los derechos que la asisten en virtud de los artículos 4, párrafo 1 a) a e); 5, párrafo 2; y 18, párrafo 1, de la Convención. Sostiene que, al presentar su solicitud para emigrar al Estado parte, quedó sujeta a su jurisdicción en lo tocante a su solicitud de visado. Por consiguiente, el Estado parte tiene la obligación de tramitar su solicitud de visado sin discriminación. También afirma que, de conformidad con los artículos 4, párrafo 1 a) a e); 5, párrafo 2; y 18, párrafo 1, de la Convención, el Estado parte está obligado a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para prohibir la discriminación por motivos de discapacidad y proporcionar una protección jurídica eficaz contra la discriminación por todos los motivos, en relación con el derecho a la libertad de desplazamiento y de elección del lugar de residencia.

3.2. La autora afirma que el Estado parte no ha reconocido su derecho a la libertad de desplazamiento y de elección del lugar de residencia en igualdad de condiciones con las demás personas. Sostiene que no pudo obtener un visado de la subclase 457 en igualdad de condiciones con las demás personas porque no satisfacía el requisito sanitario debido al costo de su tratamiento, que incluía la administración de un medicamento concreto todos los meses. Los solicitantes de visado que no tengan una discapacidad como la suya pueden satisfacer ese requisito, y sus futuros empleadores no están obligados a proporcionar al Estado parte una garantía para que los solicitantes puedan quedar exentos del cumplimiento del requisito sanitario. Por consiguiente, la autora considera que la legislación del Estado parte en materia de inmigración la discriminó manifiestamente por su discapacidad.

3.3. La autora observa que las leyes y normas del Estado parte en materia de migración no pueden discriminar a los no nacionales por motivos relacionados con una circunstancia concreta, a menos que dicha discriminación tenga un propósito legítimo y se base en criterios razonables y objetivos. El criterio 4006A no obedece a un propósito legítimo que justifique un trato diferenciado por motivos de discapacidad. En primer lugar, la distinción no tiene un fundamento razonable u objetivo, ya que todos los solicitantes de un visado de la subclase 457 —no solo los que tienen una discapacidad— están obligados a contratar un seguro médico privado que pueda cubrir los gastos médicos que puedan generarse en Australia. La autora cumplió con ese requisito. En segundo lugar, su póliza de seguro privado habría cubierto cualquier gasto médico adicional, y Australia tiene un acuerdo recíproco de asistencia sanitaria con Irlanda que garantizaría que Medicare cubriría cualquier gasto derivado de un tratamiento médico esencial. Por consiguiente, cualquier gasto imputable a Australia se asumiría en el marco de su acuerdo recíproco con Irlanda. La autora afirma asimismo que el hecho de que exista un riesgo para el sistema de salud pública australiano es insuficiente, desde un punto de vista razonable u objetivo, para justificar la denegación de su solicitud de visado o la obligación de que su empleador firme una garantía para eximir a la autora del cumplimiento del requisito sanitario. Además, su migración a Australia no menoscabaría el acceso de los nacionales australianos a los servicios de salud pública. Por último, la denegación de su visado, que reflejó una diferencia de trato, no es razonable porque se basa en el costo estimado del tratamiento de su esclerosis múltiple, sin considerar su contribución y la de su familia a la comunidad australiana.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1. El 27 de abril de 2015, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. En ellas afirma que la comunicación es inadmisibles porque la autora no estaba ni ha estado nunca sujeta a su jurisdicción a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención. También sostiene que la reclamación formulada por la autora en relación con el artículo 18 de la Convención es inadmisibles, ya que no se encuentra legalmente en su territorio. En caso de que el Comité

considere que la comunicación es admisible, el Estado parte estima que carece de fundamento.

4.2. El Estado parte afirma que ni en la Convención ni en el derecho internacional se contempla el derecho a entrar en un país o a residir en él. Asimismo, sostiene que la inclusión de un requisito sanitario para la migración en el programa de visados de la subclase 457 no es discriminatoria, sino que constituye un trato diferenciado legítimo para lograr un propósito que es legítimo, se basa en criterios razonables y objetivos y es proporcional al objetivo que se pretende alcanzar.

4.3. El Estado parte observa que el programa de visados de la subclase 457 es el más utilizado para patrocinar a trabajadores extranjeros cualificados por un período de hasta cuatro años. El programa no está sujeto a ningún cupo y responde a la demanda de los empleadores. Los solicitantes de ese tipo de visado deben cumplir ciertos requisitos, entre los que figura disponer de un seguro médico privado adecuado. En cuanto a la alegación de la autora relativa al acuerdo recíproco de asistencia sanitaria y a Medicare, el Estado parte sostiene que la nacionalidad irlandesa de la autora habría bastado para satisfacer el requisito del seguro médico privado. Además del seguro médico, casi todos los solicitantes de ese tipo de visado deben cumplir un “requisito sanitario para la migración”. Para cumplir dicho requisito, una persona debe estar libre de tuberculosis; no padecer ninguna enfermedad o afección que represente una amenaza para la salud pública en Australia o un peligro para la comunidad australiana o pueda dar lugar a que el solicitante lo sea; y no padecer ninguna enfermedad o afección que haga, entre otras cosas, que sea probable que la prestación de servicios comunitarios o de atención de la salud a dicha persona: a) suponga un gasto considerable para la comunidad australiana en las esferas de los servicios comunitarios y de atención de la salud; o b) menoscabe al acceso de un ciudadano o un residente permanente australianos a los servicios comunitarios o de atención de la salud.

4.4. El Estado parte explica que el requisito del seguro médico y el requisito sanitario para la migración son distintos e independientes para la obtención del visado de la subclase 457, y que ambos deben cumplirse en el momento en que se adopta la decisión. A la hora de evaluar si se ha satisfecho el requisito sanitario para la migración no puede tenerse en cuenta cualquier póliza de seguro de salud que posea un solicitante de visado. El motivo es que el programa de visados de la subclase 457 se basa únicamente en el patrocinio de un empleador de manera que los gastos médicos en que pueda incurrir el empleado no tengan que ser sufragados por la comunidad australiana. El Estado parte observa que la afirmación de la autora de que su seguro privado cubriría los gastos médicos no está fundamentada y que, en cualquier caso, la cobertura de su seguro no guarda relación alguna con el requisito sanitario para la migración. Para evaluar si se ha cumplido el requisito sanitario para la migración, un funcionario médico del Commonwealth realiza una “prueba basada en una persona hipotética” y no tiene en cuenta las circunstancias económicas concretas del solicitante. Cuando es probable que una persona hipotética con una afección de la misma gravedad que el solicitante vaya a generar gastos médicos o a requerir que se le preste un servicio concreto por razones médicas o de otro tipo, se da por sentado que se generarán gastos y que se hará uso de determinados servicios. Esa prueba permite al Estado parte asegurarse de que no tendrá que hacerse cargo de los gastos médicos, aunque, por ejemplo, cambien las circunstancias económicas del solicitante.

4.5. El Estado parte afirma que, si bien en la mayoría de las categorías de visados temporales el requisito sanitario no puede ser objeto de una exención, sí puede serlo en el caso de los solicitantes de un visado de la subclase 457 si su empleador se compromete a sufragar todos los gastos médicos. Eso está en consonancia con la naturaleza del programa de visados de la subclase 457, que se basa en el patrocinio de un empleador. La legislación del Estado parte no prohíbe que un empleado y su empleador lleguen a un acuerdo privado en relación con el pago o el reembolso de esos gastos. Sin embargo, esos acuerdos no forman parte de los criterios para la concesión del visado y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta a tal efecto. Solo al empleador patrocinador puede exigírsele legalmente que cubra esos gastos. Si bien la autora alega que el Departamento de Inmigración y Ciudadanía informó a Oracle y a Deloitte de que esos acuerdos no estaban permitidos por ley, el Estado parte no tiene conocimiento de que se haya formulado tal advertencia y considera que esa afirmación no está fundamentada.

4.6. El Estado parte considera además que las alegaciones de la autora son inadmisibles en la medida en que no está sujeta a la jurisdicción del Estado parte a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo Facultativo y no se encuentra legalmente en el territorio del Estado parte a los efectos del artículo 18 de la Convención. Si bien la Convención no contiene ninguna cláusula específica —salvo lo dispuesto en el artículo 4, párrafo 5— que defina su alcance, está sujeta a un ámbito territorial limitado. Aunque el Estado parte reconoce que ha aceptado determinadas obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos en circunstancias sumamente excepcionales, considera que el presente caso no supera el umbral necesario para ello. También señala que, en algunos casos, se puede adoptar un enfoque liberal en relación con la jurisdicción derivada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular en casos relacionados con los derechos de los propios ciudadanos de un Estado. No obstante, en el presente caso, la autora y su familia son nacionales de otro Estado y no tenían ninguna relación previa con Australia ni tenían derecho a entrar o residir en Australia en virtud del derecho internacional. A ese respecto, el Estado parte se remite a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, según la cual el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni a residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio¹. Si bien la jurisdicción conlleva en cierto grado el derecho a ejercer control sobre una persona, la legislación del Estado parte en materia de migración no le permite influir en el comportamiento de los no nacionales y constituye simplemente un marco legislativo para controlar la entrada en el país, principalmente mediante los visados. Además, aunque una persona puede presentar una solicitud de visado desde fuera del Estado parte, ello no significa que esta pase a estar bajo su jurisdicción.

4.7. El Estado parte afirma además que la reclamación formulada por la autora en relación con el artículo 18 de la Convención debe considerarse inadmisibles porque esta no se encuentra legalmente en su territorio. La Convención no reconoce ningún nuevo derecho humano, sino que en ella se enuncian los derechos existentes de una manera que los relaciona con las necesidades de las personas con discapacidad, incluidas las obligaciones prácticas de permitirles disfrutar de sus derechos preexistentes en igualdad de condiciones con los demás. Por consiguiente, es evidente que en el artículo 18 de la Convención se enuncian los derechos preexistentes de una manera que los hace accesibles a las personas con discapacidad. El Estado parte sostiene que el derecho a la libertad de desplazamiento y de elección del lugar de residencia que se recoge en el artículo 12, párrafo 1, del Pacto solo se aplica a las personas que se hallen legalmente en el territorio de un Estado. Si bien el requisito de que las personas se hallen legalmente en el territorio de un Estado parte no se menciona explícitamente en el artículo 18 de la Convención, el Estado parte sostiene que, en la medida en que en ese artículo se reflejan los derechos preexistentes reconocidos en el artículo 12 del Pacto, las limitaciones inherentes al artículo 12 del Pacto también se aplican al artículo 18 de la Convención.

4.8. El Estado parte sostiene que, en caso de que el Comité considere admisible la reclamación formulada por la autora en relación con el artículo 18, dicha reclamación carece de fundamento. De las negociaciones de la Convención se desprende claramente que el artículo 18 fue concebido para dar respuesta a problemas como la obtención de documentos de identidad o el reconocimiento de la ciudadanía. En el artículo 18, párrafo 1 b), se establece que las personas con discapacidad deben tener los mismos derechos que cualquier otra persona a solicitar visados y a que todas las decisiones en materia de inmigración se examinen en igualdad de condiciones y con sujeción a las mismas restricciones. No proporciona a las personas con discapacidad ningún derecho adicional para obtener la ciudadanía, la residencia permanente o cualquier tipo de visado en Australia.

4.9. El Estado parte sostiene que las personas con discapacidad tienen acceso a los procesos de inmigración en el país en igualdad de condiciones con las demás y, por consiguiente, gozan de libertad de desplazamiento y de elección del lugar de residencia en las mismas condiciones que las demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención. Los solicitantes de un visado de la subclase 457 están sujetos al cumplimiento de un requisito sanitario para la migración, y los solicitantes con discapacidad o que requieran tratamiento médico son evaluados según el mismo baremo que cualquier otro solicitante. Por

¹ Observación general núm. 15 (1986), párr. 5.

sí sola, una discapacidad o una afección de la salud no necesariamente ha de conllevar un incumplimiento del requisito sanitario.

4.10. El Estado parte subraya que la Convención está firmemente enraizada en los principios del derecho internacional de los derechos humanos, y que sus artículos 4 y 5 deben interpretarse en consonancia con el criterio establecido en el derecho internacional de que un trato diferenciado legítimo no constituye una discriminación². Señala que la diferenciación de trato debe tener como objetivo el logro de un propósito legítimo, estar basada en criterios razonables y objetivos y ser proporcional al objetivo que se pretende alcanzar³. Observa que, en su declaración interpretativa formulada en relación con el artículo 18 de la Convención, Australia declaró que entendía que “la Convención no confiere a las personas el derecho a entrar o permanecer en un país del que no sean nacionales, ni modifica los requisitos sanitarios que se exigen a los extranjeros que desean entrar o permanecer en Australia, cuando dichos requisitos se basen en criterios legítimos, objetivos y razonables”. El Estado parte sostiene que en sus procesos de inmigración no se dispensa directamente un trato diferente a las personas por razón de su discapacidad, aunque se contemple un trato diferenciado de algunas personas en determinados casos, como cuando una persona no satisface el requisito sanitario para la migración. El Estado parte reconoce que es probable que la existencia del requisito sanitario afecte de manera desproporcionada a algunas personas que pueden no cumplir los criterios exigidos por razones asociadas a la discapacidad. No obstante, el requisito sanitario para la migración que se aplica a los solicitantes de un visado de la subclase 457 establece una diferenciación de trato legítima y no constituye una discriminación en el sentido de los artículos 4 y 5 de la Convención.

4.11. En primer lugar, el Estado parte sostiene que el requisito sanitario para la migración tiene por objeto lograr un propósito legítimo. Muchos países habían establecido requisitos sanitarios y médicos en sus controles fronterizos mucho antes de que se introdujeran normas específicas sobre la inmigración. Con la introducción de normas específicas en ese ámbito por parte de muchos países se ha pretendido, en general, alcanzar dos objetivos: proteger a sus comunidades contra las amenazas a la salud pública, entre otros medios evitando la propagación de enfermedades transmisibles, y reducir los gastos o las demandas de servicios sociales o de atención de la salud a que puedan dar lugar los migrantes a fin de proteger el sistema sanitario del país.

4.12. En segundo lugar, el Estado parte afirma que el requisito sanitario para la migración que se exige a los solicitantes de un visado de la subclase 457 se basa en criterios razonables y objetivos. Explica que en la mayoría de los formularios de solicitud de un visado temporal se incluyen una serie de preguntas relacionadas con la salud, y que esas preguntas tienen por objeto determinar si los solicitantes han vivido en países con una tasa elevada de incidencia de la tuberculosis y si tienen previsto generar gastos médicos o solicitar tratamiento médico durante su estancia en Australia. Las respuestas de los solicitantes a esas preguntas y toda la información de que disponen las autoridades de inmigración australianas se tienen en cuenta a la hora de evaluar si es necesario realizar un reconocimiento médico. Los reconocimientos los realizan médicos y radiólogos acreditados y, si se considera que un solicitante muestra una afección médica importante, se remite un informe a los funcionarios médicos del Commonwealth para que den su opinión sobre si se ha satisfecho el requisito sanitario que figura en el criterio 4006A. Para evaluar los costos estimados de los servicios comunitarios y de salud que requerirá el solicitante en cuestión, el funcionario médico del Commonwealth encargado de examinar la solicitud realiza una “prueba basada en una persona hipotética” (véase el párr. 4.5 *supra*). Por consiguiente, los funcionarios médicos del Commonwealth no pueden tener en cuenta, por ejemplo, la información sobre los ahorros personales del

² Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989); *Love y otros c. Australia* (CCPR/C/77/D/983/2001); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendaciones generales núm. 32 (2009), párr. 8, núm. 14 (1993), párr. 2, y núm. 30 (2004), párr. 4. Véanse también CERD/C/AUS/CO/14, párr. 24; y *G. D. y S. F. c. Francia* (CEDAW/C/44/D/12/2007), párr. 12.15.

³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 14 (1993), párr. 2; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13.

solicitante, los acuerdos recíprocos de asistencia sanitaria ni los seguros de salud privados. Una vez que los funcionarios médicos del Commonwealth han realizado la estimación de los gastos, deben determinar si es probable que la prestación de servicios comunitarios o de atención de la salud supondrá un costo importante para la comunidad australiana, según lo establecido en el criterio 4006A. Para ello, comparan el costo estimado con un límite de gastos asumibles. El límite aplicable a la autora en el momento en que presentó su solicitud era de 35.000 dólares australianos⁴.

4.13. El Estado parte afirma que el requisito sanitario para la migración puede ser objeto de una exención, por ejemplo en el caso de los programas de visados humanitarios y para refugiados reasentados fuera del territorio continental. Observa que, para que se exima del cumplimiento de ese requisito a un solicitante de un visado de la subclase 457, el empleador patrocinador debe comprometerse a sufragar todos los gastos médicos (véase el párr. 4.6 *supra*). Esa es una limitación razonable para un programa de visados que no está sujeto a ningún cupo y que se basa en el patrocinio de un empleador. Se espera que el empleador acceda a asumir los gastos en materia de servicios comunitarios o de atención de la salud en que puedan incurrir los empleados que el empleador traslade al Estado parte.

4.14. En tercer lugar, el Estado parte sostiene que el requisito sanitario para la migración es proporcional al objetivo que se pretende alcanzar. El marco del requisito sanitario ha sido concebido expresamente para moderar los gastos sanitarios generados por la migración, a la vez que, en el caso de determinadas corrientes migratorias, proporciona una flexibilidad que permite gestionar los casos delicados. Al imponer un requisito uniforme en materia de salud a los solicitantes de visados, se pretende alcanzar un equilibrio práctico entre la compasión y la contención de los gastos, pero contemplando, en el caso de algunas subclases de visados, la posibilidad de aplicar una exención específica en materia de salud y, en su caso, de ordenar una intervención ministerial.

4.15. El Estado parte reitera que, aunque no cumplan el requisito sanitario, los solicitantes de un visado de la subclase 457 podrán obtenerlo siempre que el empleador patrocinador se comprometa a hacerse cargo de los gastos. De ese modo se logra un equilibrio efectivo entre la autorización de la libre circulación de las personas a efectos de las oportunidades de empleo y la necesidad de preservar el acceso de los ciudadanos y residentes permanentes australianos a unos servicios comunitarios y de atención de la salud que podrían escasear.

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

5.1. El 11 de octubre de 2019, la autora presentó sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte. La autora afirma que en el momento en que presentó su comunicación estaba sujeta a la jurisdicción del Estado parte porque la expresión “sujetos a su jurisdicción” que figura en el artículo 1 del Protocolo Facultativo debe interpretarse en sentido amplio en relación con el alcance del poder y la autoridad inherentes al Estado parte. Dado que la Convención no crea ningún derecho nuevo, sino que en ella se describen los elementos específicos necesarios para garantizar el derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, tal vez sea posible utilizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados para interpretar el significado del artículo 1 del Protocolo Facultativo. Asimismo, refiriéndose al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵, la autora afirma que se prefieren las interpretaciones que favorecen los derechos y la dignidad de las personas a las que no lo hacen. Cuando una disposición es ambigua u oscura, o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, pueden utilizarse medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios de un tratado y las circunstancias de su celebración, para determinar su sentido⁶. Al examinar el objeto y el propósito de la Convención, la autora sostiene que “sujetos a su jurisdicción” incluye la situación de un no

⁴ Esa cantidad se elevó a 40.000 dólares australianos el 1 de julio de 2013.

⁵ En el artículo 31, párrafo 1, se establece lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

⁶ *Ibid.*, art. 32.

nacional fuera del territorio geográfico del Estado y que, por lo tanto, ella estuvo sujeta a la jurisdicción de Australia durante todo el proceso de tramitación de su solicitud de visado.

5.2. La autora sostiene, además, que una lectura correcta del artículo 2, párrafo 1, del Pacto no puede apoyar una interpretación literal que afirme que un Estado solo incumple sus obligaciones si un acto ocurre simultáneamente dentro de su territorio y bajo su jurisdicción. Esa interpretación conduciría a un resultado manifiestamente absurdo que es incompatible con el objeto y el fin del Pacto y entra en conflicto directo con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La autora se remite a la Corte Internacional de Justicia, que ha declarado que la jurisdicción de los Estados puede ejercerse a veces fuera del territorio nacional y de que los redactores del Pacto no pretendían permitir que los Estados se sustrajeran a sus obligaciones cuando ejerciesen su jurisdicción fuera de su territorio nacional⁷. A ese respecto, se remite a la observación general núm. 31 (2004), en la que el Comité de Derechos Humanos indicó que un Estado parte debía respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado parte, incluso si no se encontraba en el territorio del Estado parte. La autora observa que el criterio del control efectivo ha sido sustituido por uno nuevo, en el que se tiene en cuenta el impacto que un Estado tiene sobre la persona⁸ y se considera ese impacto como una forma del ejercicio del poder por parte del Estado, que constituye una de las dos formas del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. El nuevo criterio ofrece un alcance más amplio que el anterior criterio del “poder sobre un individuo”. La autora señala además que el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados partes, sino que debe extenderse también a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de si son apátridas, como los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo⁹.

5.3. La autora admite que, dado que el programa de visados de la subclase 457 no tiene ninguna consideración de carácter humanitario, el hecho de estar “sometido al poder o al control eficaz” es un umbral de prueba relativamente alto para exigirlo a un solicitante de un visado, habida cuenta del principio de la soberanía estatal previsto en el derecho internacional y del hecho de que el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni a residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio¹⁰. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo elevado que debe ser el umbral de control para que el Estado parte pueda ejercer su jurisdicción sobre un no nacional fuera de su territorio. La autora considera contradictoria la afirmación del Estado parte de que su legislación en materia de migración no le permite influir en el comportamiento de los no nacionales, cuando el único propósito de dicha legislación es controlar el comportamiento de los no nacionales mediante los procesos de concesión de visados. La decisión del Estado parte de conceder un visado de la subclase 457 permitiría a un no nacional entrar en su territorio, mientras que su denegación restringiría la entrada. La autora afirma que una persona que solicita a un Estado parte residir en su territorio o adquirir la nacionalidad está sujeta a la jurisdicción del Estado parte en lo tocante a esa solicitud. La autora se remite a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹, que considera pertinente para la cuestión de la jurisdicción en el contexto de las

⁷ Véase, entre otras, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179.

⁸ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018).

⁹ *Ibid.*, observación general núm. 15 (1986), párr. 10. Véase también *López Burgos c. el Uruguay* (CCPR/C/13/D/52/1979).

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párr. 5.

¹¹ En su decisión de 20 de octubre de 2005 sobre el asunto *Haydaire and others v. Netherlands* (demanda núm. 8876/04), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que, “en lo que respecta a la vida familiar de que se trata en el presente caso —cuya existencia no se discute—, no se puede hacer ninguna distinción entre los dos demandantes que viven en los Países Bajos y los otros tres que residen actualmente en el Pakistán. En esas circunstancias, no considera necesario adoptar una decisión acerca del argumento del Gobierno de que no se puede considerar que los tres demandantes que residen actualmente en el Pakistán se encuentren bajo la jurisdicción del Estado

solicitudes de visado. Además, si bien un Estado está facultado, en general, para determinar si un no nacional puede entrar en su territorio y en qué condiciones, no lo está para discriminar por motivos de discapacidad al adoptar esas decisiones.

5.4. La autora sostiene que, dadas la ausencia de una referencia a la territorialidad y la obligación general de respetar de manera universal el derecho de los derechos humanos, un Estado está obligado a cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención, independientemente de su ámbito territorial. La autora señala que el Comité, en su observación general núm. 1, ha confirmado esa posición¹². Además, en lo que respecta a la declaración interpretativa formulada por el Estado parte con respecto al artículo 18 de la Convención, la autora afirma que ese tipo de declaración, a diferencia de una reserva, no afecta a las obligaciones que incumben al Estado parte en virtud del derecho internacional.

5.5. La autora sostiene también que, leídos conjuntamente, los artículos 5 y 18 de la Convención refuerzan el derecho de las personas con discapacidad a elegir su lugar de residencia sin discriminación en las mismas condiciones que cualquier otra persona. El artículo 12, párrafo 1, del Pacto, en cuanto que disposición que da origen al artículo 18 de la Convención, debe leerse juntamente con los artículos 2 y 26 del Pacto, en los que se prevé una interpretación más amplia de las obligaciones de los Estados. A ese respecto, la autora considera infundada y no corroborada la afirmación del Estado parte de que en el artículo 18 de la Convención solo se enuncian los derechos preexistentes que figuran en el artículo 12 del Pacto.

5.6. La autora sostiene que, si todas las personas tienen derecho a igual protección ante la ley en virtud del artículo 26 del Pacto, la concesión del derecho a entrar en un país no debe vulnerar el derecho a la protección frente a la discriminación. La interpretación amplia del artículo 26 sugiere que, si bien los Estados tienen el derecho de ejercer el control sobre las fronteras de su propia soberanía, el ejercicio de esa facultad les exige aplicar la ley a nacionales y no nacionales sin discriminación. La autora afirma además que, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, se prefiere una interpretación más amplia de la obligación del Estado de no discriminar.

Observaciones adicionales del Estado parte

6. El 29 de mayo de 2020, el Estado parte presentó unas observaciones adicionales en relación con los comentarios de la autora. En ellas reitera su argumento de que la autora no ha fundamentado que esté sujeta a la jurisdicción del Estado parte en el sentido previsto por el artículo 1 del Protocolo Facultativo. El Estado parte sostiene que el ámbito territorial es un elemento crucial a la hora de determinar si cabe considerar que un individuo está sujeto a la jurisdicción de un Estado parte a los efectos del Protocolo Facultativo. El Estado parte reitera el argumento que formuló en su comunicación inicial, a saber: que el ámbito de aplicación de la Convención tiene un carácter primordialmente territorial. Acepta que, en circunstancias sumamente excepcionales, un Estado parte puede estar sujeto extraterritorialmente a obligaciones dimanantes de un tratado de derechos humanos. El Estado parte sostiene que, de conformidad con el derecho internacional, los Estados deben ejercer un grado de control

neerlandés en el sentido que se da a la jurisdicción en el artículo 1 del Convenio” [cita traducida]. Ese caso se refería a solicitantes que residían en los Países Bajos y trataban de traer a sus familiares desde el extranjero. En relación con esa decisión, la autora afirma que el Tribunal sostuvo que un Estado podía incumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos al no conceder el visado, ya que los individuos estaban sujetos a la jurisdicción de los Países Bajos por el mero hecho de haber solicitado un visado de reagrupación familiar. La autora añade que puede que esa sea la prueba más contundente de que la concesión de un visado puede entrar dentro de la jurisdicción de un Estado y, por tanto, quedar incluida entre las obligaciones que incumben a un Estado en virtud del derecho internacional.

¹² Concretamente, en el párrafo 5 de esa observación general, el Comité ha establecido lo siguiente: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo “en todas partes”. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho.

elevado para que se pueda determinar que ejercen un “control efectivo” sobre personas que se encuentran fuera de su territorio, y que el caso de la autora no supera ese umbral. Sostiene también que el único caso en que los Estados ejercen realmente un control efectivo sobre personas que se hallan fuera de su territorio es cuando han ordenado a agentes suyos que recluyan o impongan unas condiciones coercitivas a dichas personas o cuando han ordenado a agentes suyos que detengan y mantengan bajo custodia a dichas personas. El Estado parte observa que, según la autora, la aplicación de la legislación australiana en materia de migración a su solicitud de visado reunía las condiciones suficientes para dar lugar al deber de cumplir las obligaciones de la Convención en cuanto que tratado de derechos humanos. El Estado parte indica que la aceptación del argumento de la autora tendría unas repercusiones extremas y trascendentales al hacer extensivas las obligaciones dimanantes de un tratado de derechos humanos que incumben a un Estado a todos los casos en que una persona haya solicitado un visado para entrar en el territorio de dicho Estado. Esa decisión sería contraria al consolidado principio del derecho internacional de que los Estados tienen derecho a controlar la entrada de no nacionales en su territorio y que corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio¹³.

B. 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 2 del Protocolo Facultativo y el artículo 65 de su reglamento, si dicha comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

7.2. En cumplimiento de lo exigido en el artículo 2 c), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido examinado por el Comité ni ha sido o está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de investigación o arreglo internacionales.

7.3. El Comité toma nota de la alegación de la autora de que no existe ningún recurso interno disponible, ya que Oracle retiró su solicitud de visado cuando se negó a firmar el compromiso de sufragar sus gastos médicos. Toma nota también de la afirmación de la autora de que en la Ley de Migración no se contempla ningún derecho de revisión de las decisiones o conductas de esa naturaleza y de que las disposiciones de esa ley están exentas de ajustarse a lo dispuesto en la Ley contra la Discriminación por Motivos de Discapacidad. A ese respecto, el Comité observa que la autora no impugna la decisión de su empleador de no firmar el compromiso y retirar su solicitud de visado, sino que se centra en el presunto efecto discriminatorio por motivos de discapacidad que ha tenido el requisito sanitario para la migración en el examen su solicitud de un visado de la subclase 457. El Comité observa también que el Estado parte no ha presentado ninguna objeción con respecto al agotamiento de los recursos internos. En vista de todo ello, el Comité concluye que el artículo 2 d) del Protocolo Facultativo no le impide examinar la comunicación de la autora.

7.4. El Comité toma nota asimismo de la afirmación del Estado parte de que la autora no está sujeta a su jurisdicción a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo Facultativo. A ese respecto, el Comité toma nota del argumento del Estado parte de que, mientras que la jurisdicción conlleva en cierto grado el derecho a ejercer control sobre una persona, su Ley de Migración es simplemente un marco legislativo que regula la entrada en su territorio y que, aparte de su solicitud de visado, la autora no tenía ninguna relación previa con el Estado parte ni derecho a entrar o residir en él en virtud del derecho internacional. El Comité toma nota de la posición del Estado parte de que la Convención está sujeta a una aplicación territorial limitada, y que en el presente caso no se ha superado el elevado umbral necesario para su aplicación extraterritorial. A ese respecto, el Comité toma nota de las afirmaciones de la autora de que la noción de estar “sujetos a su jurisdicción” que figura en el artículo 1 del Protocolo Facultativo debe interpretarse en sentido amplio en relación con el alcance del poder y la autoridad del Estado parte; que el Estado parte está facultado para controlar el comportamiento de los no nacionales a través de su proceso de solicitud de visados, incluso

¹³ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párr. 5.

si no se encuentran en su territorio; y que, al tratar de emigrar al Estado parte, ella estaba bajo el poder o control efectivo de dicho Estado. El Comité recuerda que en el artículo 18, párrafo 1 b), de la Convención se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que no sean privadas de su capacidad para utilizar el procedimiento de inmigración que pueda ser necesario para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento. Por consiguiente, el Comité considera que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 18, párrafo 1 b), de la Convención, el artículo 1, párrafo 1, del Protocolo Facultativo debe interpretarse en el sentido de que la jurisdicción de un Estado parte se extiende a sus procedimientos en el ámbito en cuestión, como el procedimiento de inmigración. Por consiguiente, el Comité concluye que la autora estaba sujeta a la jurisdicción del Estado parte.

7.5. El Comité toma nota de la afirmación del Estado parte de que la comunicación debería considerarse inadmisibles porque la autora no se encuentra legalmente en su territorio a los efectos del artículo 18 de la Convención. El Comité toma nota de los argumentos del Estado parte de que la Convención no reconoce ningún nuevo derecho humano de las personas con discapacidad, sino que aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de las personas con discapacidad; que el Pacto no otorga a los extranjeros el derecho a entrar o a residir en el territorio de un Estado parte y que, en principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio¹⁴; y que las limitaciones del artículo 12 del Pacto se aplican también al artículo 18 de la Convención, en la medida en que en este último se reflejan los derechos preexistentes enunciados en el artículo 12 del Pacto. A ese respecto, el Comité toma nota del argumento de la autora de que los artículos 5 y 18 de la Convención refuerzan el derecho de las personas con discapacidad a elegir su lugar de residencia sin discriminación y que, a la hora de determinar a quién admiten en su territorio, los Estados no tienen derecho a discriminar por motivos de discapacidad.

7.6. El Comité recuerda que, aunque ni la Convención en su conjunto ni su artículo 18 en particular crean ningún derecho nuevo, sí que hacen extensiva la obligación de proteger los derechos existentes a los procedimientos de inmigración. En el presente caso, el Comité considera que, al impugnar un requisito sanitario contenido en la legislación del Estado parte en materia de migración que presuntamente dio lugar a un acto de discriminación por motivos de discapacidad, la autora alega que el Estado parte vulneró su derecho, consagrado en el artículo 18, párrafo 1 b), de la Convención, a utilizar los procedimientos de inmigración en igualdad de condiciones con otros no nacionales que tratan de emigrar al Estado parte. Por ese motivo, el Comité considera que nada obsta para que examine la reclamación formulada por la autora en relación con el artículo 18 de la Convención.

7.7. Por consiguiente, al no existir ningún otro obstáculo a la admisibilidad, el Comité declara la comunicación admisible y procede a examinarla en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

8.1. El Comité ha examinado la comunicación teniendo en cuenta toda la información recibida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo Facultativo y en el artículo 73, párrafo 1, de su reglamento.

8.2. En lo que respecta a las reclamaciones formuladas por la autora en relación con los artículos 4, párrafo 1 a) a e); 5, párrafos 1 y 2; y 18, párrafo 1, de la Convención, la cuestión que el Comité debe determinar es si el requisito sanitario para la migración previsto en el criterio 4006A que figura en el Reglamento de Migración de 1994 vulnera los derechos que asisten a la autora en virtud de la Convención. El Comité observa que, con arreglo a dicho criterio, los solicitantes de un visado de la subclase 457 que no cumplen el requisito sanitario solo pueden quedar exentos de su cumplimiento si su empleador se compromete a sufragar los gastos médicos que los solicitantes puedan generar. El Comité toma nota del argumento de la autora de que el requisito sanitario constituye un obstáculo para que las personas con discapacidad puedan disfrutar del derecho a utilizar los procedimientos de inmigración en igualdad de condiciones con las demás, lo que contraviene el artículo 18 de la Convención.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 15 (1986), párr. 5.

El Comité toma nota también de los argumentos del Estado parte de que los solicitantes de casi todos los visados temporales australianos están sujetos al mismo requisito sanitario; que todos los solicitantes de un visado de la subclase 457 son evaluados aplicando el mismo requisito en igualdad de condiciones; y que los solicitantes pueden quedar exentos del cumplimiento de dicho requisito si sus empleadores se comprometen a sufragar todos los gastos médicos que puedan generar.

8.3. El Comité observa, además, que el Estado parte ha formulado una declaración interpretativa en la que indica que la Convención no afecta a “los requisitos sanitarios que se exigen a los extranjeros que desean entrar o permanecer en Australia, cuando dichos requisitos se basen en criterios legítimos, objetivos y razonables”. El Comité recuerda que se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado¹⁵. Por consiguiente, “el carácter de una declaración unilateral, como una reserva o una declaración interpretativa, viene determinado por el efecto jurídico que su autor pretende conseguir”¹⁶. Además, “para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, procede interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, con miras a inferir de ellos la intención de su autor, a la luz del tratado a que se refiere”¹⁷. Eso requiere un análisis objetivo, para lo cual las reglas generales de interpretación pueden servir de orientación¹⁸. El texto de la declaración formulada por Australia expone claramente que el Estado parte entiende que la Convención no afecta en modo alguno a “los requisitos sanitarios que se exigen a los extranjeros que desean entrar o permanecer en Australia, cuando dichos requisitos se basen en criterios legítimos, objetivos y razonables”. Ese texto no tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de la Convención en lo tocante a los requisitos sanitarios del Estado parte para los extranjeros que desean entrar o permanecer en el país, sino aclarar la opinión jurídica de que los requisitos sanitarios son admisibles en el contexto actual siempre que estén basados en criterios legítimos, objetivos y razonables. Esta interpretación de la declaración se corrobora con la manera en que el Estado parte la entiende, como se puede inferir del hecho de que se denominase declaración interpretativa en el momento de su formulación¹⁹ y de la forma en que el Estado parte se ha venido refiriendo a ella durante todo el procedimiento iniciado ante el Comité. En el análisis que hace Australia de la declaración se explica claramente que se trata de una declaración interpretativa y que no puede considerarse una reserva. Por consiguiente, la declaración interpretativa no obsta para que el Comité examine la cuestión del requisito sanitario, en particular en lo que respecta a su conformidad con el artículo 5 de la Convención.

8.4. El Comité observa que la autora no cumplía el requisito sanitario para la migración previsto en el criterio 4006A porque el costo estimado de su tratamiento para la esclerosis múltiple excedía el límite establecido por las autoridades nacionales. Así pues, para obtener el visado, se le exigió que obtuviera el compromiso de su empleador de cubrir todos los gastos médicos que pudiera generar la autora. El Comité observa también que la autora informó a Oracle y a Deloitte de que estaría dispuesta a sufragar personalmente todos sus gastos médicos mediante un acuerdo privado con Oracle, pero se le notificó que la legislación australiana no lo permitía (véase el párr. 2.4 *supra*). El Comité señala asimismo que no se ha

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2, párr. 1 d).

¹⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*, cap. IV, secc. F, directriz 1.3. El Comité de Derechos Humanos, en su decisión de 8 de noviembre de 1989 respecto de la comunicación núm. 220/1987, *T. K. c. Francia*, indicó que “no es la calificación oficial sino el efecto que la declaración quiere significar lo que determina su naturaleza”.

¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*, cap. IV, secc. F, directriz 1.3.1.

¹⁸ *Ibid.*, comentario de la directriz 1.3.1.

¹⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*, cap. IV, secc. F. En la directriz 1.3.2 se establece lo siguiente: “El enunciado o la denominación de una declaración unilateral constituye un indicio de los efectos jurídicos perseguidos”.

refutado que la inclusión de un requisito sanitario para la migración en el programa de visados de la subclase 457 puede afectar desproporcionadamente a los solicitantes con discapacidad²⁰. A ese respecto, el Comité toma nota de la posición del Estado parte de que esa diferenciación de trato no contraviene la Convención, ya que se basa en criterios legítimos, objetivos y razonables²¹. El Comité también toma nota de la declaración del Estado parte de que el objetivo de ese requisito es, entre otras cosas, reducir los gastos derivados de la atención de la salud de los migrantes y proteger así su sistema de salud pública. Sin embargo, el Comité también observa que, según lo dispuesto en el criterio 4006A y en el Reglamento de Migración de 1994, las autoridades nacionales realizan una “prueba basada en una persona hipotética” para determinar si esos gastos constituirían una carga excesiva para el Estado parte. En ese contexto, se da por sentado que los solicitantes del visado incurrirán en gastos y harán uso de determinados servicios. El Estado parte no toma en consideración ningún otro factor que pueda ser relevante para el objetivo citado de proteger el acceso de sus nacionales a unos servicios comunitarios y de atención de la salud que podrían escasear (véase el párr. 4.15 *supra*).

8.5. El Comité recuerda que, con arreglo al artículo 2 de la Convención, por “discriminación por motivos de discapacidad” se entiende cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables. El Comité recuerda también que una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique. El derecho a no ser víctima de discriminación en el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención se puede violar si los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta²². El Comité recuerda que, en los casos de discriminación indirecta, algunas leyes, políticas o prácticas que son neutras en apariencia perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad. La discriminación indirecta se produce cuando una oportunidad que en apariencia es accesible en realidad excluye a ciertas personas debido a que su condición no les permite beneficiarse de ella²³. El Comité observa que un trato es indirectamente discriminatorio si los efectos perjudiciales de una norma o decisión afectan de manera exclusiva o desproporcionada a personas de una determinada raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social²⁴. El hecho de ser una mujer con discapacidad entra dentro de esas categorías. El Comité observa además que, según lo dispuesto en el artículo 5, párrafos 1 y 2, de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna; y de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizar a todas las personas con discapacidad una protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

8.6. Antes de examinar si la denegación de un visado de trabajo a la autora en razón de su esclerosis múltiple equivale a un acto de discriminación por motivos de discapacidad, el Comité tiene que determinar si la afección de la autora puede considerarse una discapacidad. A ese respecto, el Comité recuerda que, con arreglo al artículo 1 de la Convención, las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las

²⁰ En sus observaciones, el Estado parte indicó que “el Gobierno de Australia reconoce que es probable que la inclusión del requisito sanitario afecte de manera desproporcionada a algunas personas que tal vez no cumplan los criterios exigidos por motivos relacionados con la discapacidad”.

²¹ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13.

²² *H. M. c. Suecia* (CRPD/C/7/D/3/2011), párr. 8.3.

²³ Observación general núm. 6 (2018), párr. 18 b).

²⁴ Véase, por ejemplo, el caso *Althammer y otros c. Austria* (CCPR/C/78/D/998/2001), párr. 10.2.

demás. El Comité considera que la diferencia entre la enfermedad y la discapacidad es una diferencia de grado y no una diferencia de tipo. Una deficiencia de salud que inicialmente se considere una enfermedad puede convertirse en una deficiencia en el contexto de la discapacidad como consecuencia de su duración o su cronicidad. Un modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos requiere que se tenga en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad junto con la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno²⁵. En el presente caso, la información facilitada por las partes no obsta para que el Comité considere que la deficiencia física de la autora, al interactuar con diversas barreras, haya impedido de hecho su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas.

8.7. El Comité recuerda que, aunque no toda diferenciación de trato constituye una discriminación si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y si lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud de la Convención²⁶, “[l]a falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario”²⁷. El Comité observa que la autora incumplía el requisito sanitario por el mero hecho de tener esclerosis múltiple, lo que le impidió obtener el visado de trabajo que necesitaba para ir a Australia y ocupar el puesto para el que había sido seleccionada previamente. Además, esto es contrario a la Convención porque el Estado parte se centra en la persona y no en las barreras debidas a la actitud y al entorno que impiden la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás²⁸. Por último, el Comité observa que, en ese contexto, las autoridades del Estado parte se centraron en el posible costo del tratamiento médico que requería la autora y que, en el momento en que se la identificó como persona con esclerosis múltiple, su solicitud de visado fue rechazada. Las autoridades competentes no tuvieron en cuenta, entre otras cosas, la plena capacidad de la autora para desempeñar las funciones del puesto para el que había sido seleccionada; las repercusiones de esa denegación sobre su vida personal y profesional; o las alternativas que proponía para garantizar que el tratamiento médico que requería no supusiera una carga financiera para el Estado parte. El Estado parte, en cambio, cargó toda la responsabilidad de las posibles repercusiones financieras de la presencia de la autora en el país sobre la empresa empleadora. En vista de ello, el Comité considera que, en el presente caso, la solicitud de la autora de un visado de trabajo fue rechazada debido únicamente a su esclerosis múltiple, sin más consideración, y que el requisito sanitario para la migración previsto en la Ley de Migración afectó de manera desproporcionada a la autora en cuanto que persona con discapacidad e hizo que fuera objeto de un trato discriminatorio indirecto²⁹.

8.8. Por consiguiente, el Comité considera que el hecho de que las autoridades nacionales competentes decidieran que la autora no cumplía el requisito necesario para obtener un visado de la subclase 457 debido a su esclerosis múltiple, sin tener en cuenta ningún otro elemento de su situación personal y profesional, equivalió a una discriminación indirecta por motivos de discapacidad. El Comité concluye asimismo que el Reglamento de Migración de 1994 tuvo el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el goce y el ejercicio por la autora del derecho a utilizar los procedimientos de inmigración en igualdad de condiciones con las demás personas, vulnerándose así los derechos que la asisten en virtud de los artículos 4, párrafo 1 a) a e), y 5, párrafos 1 y 2, leídos por separado y conjuntamente con el artículo 18, párrafo 1, de la Convención.

²⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo, apartados e) e i). Véase también *S. C. c. el Brasil*, CRPD/C/12/D/10/2013, párr. 6.3.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989), párr. 13.

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), párr. 13.

²⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo, apartado e).

²⁹ Véase también *Domina y Bendtsen c. Dinamarca* (CRPD/C/20/D/39/2017), párr. 8.5.

C. Conclusiones y recomendaciones

9. El Comité, actuando en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, dictamina que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4, 5 y 18 de la Convención. Por consiguiente, formula las siguientes recomendaciones al Estado parte:

a) Con respecto a la autora, el Estado parte tiene la obligación de proporcionarle un recurso efectivo, que contemple el reembolso de las costas judiciales que haya tenido que afrontar y una indemnización;

b) En general, el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se produzcan vulneraciones similares en el futuro. A ese respecto, el Comité exige al Estado parte que se asegure de que se eliminen de la legislación nacional los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad disfrutar del derecho a utilizar los procedimientos de inmigración en igualdad de condiciones con las demás. Dado que la legislación del Estado parte no prohíbe los acuerdos privados entre un empleado y su empleador en relación con el pago o el reembolso de los gastos médicos, el Comité recomienda que esos acuerdos se incluyan en los criterios para la concesión de visados y, por tanto, se tomen en consideración.

10. De conformidad con el artículo 5 del Protocolo Facultativo y el artículo 75 del reglamento del Comité, el Estado parte debe presentar al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, que habrá de incluir información sobre las medidas que haya adoptado en vista del dictamen y las recomendaciones del Comité.
