

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

análisis de los casos ante el Comité de la CEDAW



**El Protocolo Facultativo de la
Convención sobre la eliminación de
todas las formas de discriminación
contra la mujer:
análisis de los casos ante el
Comité de la CEDAW**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:
Agencia Danesa de Cooperación Internacional
Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© *Reimpresión, 2010*
Primera edición, 2009
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59p

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

El protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el comité de la CEDAW / Instituto Interamericano de Derechos Humanos -- San José, C.R. : IIDH, 2009

210 p. ; 22X14 cm.

ISBN: 978-9968-611-39-8

1. Instrumentos Internacionales 2. Jurisprudencia 3. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Alda Facio
Autora

Odenis Bacallao
Corrección de estilo y redacción

Walter Meoño Segura
Diagramación

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Portada y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Publicación coordinada por la Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail: s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	11
El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: análisis de los casos ante el Comité de la CEDAW	15
Introducción	17
1. Un poco de historia.....	20
1.1. Los derechos de las mujeres son derechos humanos	20
1.2. ¿Adelanto de las mujeres?	23
1.3. Los derechos de las mujeres durante la formación de la ONU.....	25
1.4. La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer	27
1.5. Las conferencias sobre la mujer	33
1.6. Los derechos de las mujeres se hacen humanos	42
2. Por fin un mecanismo: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	54
2.1. ¿Qué son la Convención CEDAW y su Comité?	54

2.2. ¿Qué es el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW?	59
2.3. ¿Qué establece el Protocolo Facultativo concretamente?	61
3. Análisis comparativo entre el Protocolo Facultativo de la CEDAW y otros mecanismos de exigibilidad contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos	68
4. Los diez casos presentados bajo el Protocolo Facultativo de la CEDAW	79
4.1. Comunicación N° 1/2003, Sra. B.-J. contra Alemania	80
4.1.1. Los hechos expuestos por la autora	81
4.1.2. La denuncia	82
4.1.3. En cuanto a la admisibilidad	82
4.1.4. En cuanto al fondo	88
4.1.5. Decisión del Comité	89
4.1.6. Lecciones	91
4.2. Comunicación N° 2/2003, A. T. contra Hungría	93
4.2.1. Los hechos expuestos por la autora	94
4.2.2. La denuncia.....	95
4.2.3. En cuanto a la admisibilidad	98
4.2.4. En cuanto al fondo	99
4.2.5. Decisión del Comité	101
4.2.6. Lecciones	104
4.3. Comunicación N° 3/2004, Dung Thi Thuy Nguyen contra Países Bajos	107
4.3.1. Los hechos expuestos por la autora	107
4.3.2. La denuncia.....	108

4.3.3. En cuanto a la admisibilidad	110
4.3.4. En cuanto al fondo	112
4.3.5. Decisión del Comité	114
4.3.6. Lecciones	117
4.4. Comunicación No 4/2004, A. S. contra Hungría	118
4.4.1. Los hechos expuestos por la autora	118
4.4.2. La denuncia	120
4.4.3. En cuanto a la admisibilidad	121
4.4.4. En cuanto al fondo	122
4.4.5. Decisión del Comité	123
4.4.6. Lecciones	125
4.5. Comunicación N° 5/2005, Şahide Goekce (difunta) contra Austria	126
4.5.1. Los hechos expuestos por las personas autoras	126
4.5.2. La denuncia	127
4.5.3. En cuanto a la admisibilidad	130
4.5.4. En cuanto al fondo	137
4.5.5. Decisión del Comité en cuanto al fondo	140
4.5.6. Lecciones	143
4.6. Comunicación N° 6/2005, Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria	144
4.6.1. Hechos expuestos por las personas autoras	144
4.6.2. La denuncia	146
4.6.3. En cuanto a la admisibilidad	148

4.6.4. Decisión del Comité en cuanto al fondo	158
4.6.5. Lecciones	161
4.7. Comunicación N° 7/2005, Cristina Muñoz Vargas y Sainz de Vicuña contra España	161
4.7.1. Los hechos expuestos por la autora	161
4.7.2. La denuncia	164
4.7.3. En cuanto a la admisibilidad	164
4.7.4. Decisión del Comité	167
4.7.5. Lecciones	172
4.8. Comunicación N° 8/2005, Rahime Kayhan contra Turquía	172
4.8.1. Los hechos expuestos por la autora	173
4.8.2. La denuncia	175
4.8.3. En cuanto a la admisibilidad	176
4.8.4. En cuanto al fondo	179
4.8.5. Decisión del Comité	180
4.8.6. Lecciones	182
4.9. Comunicación N° 10/2005, N. F. S. contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	185
4.9.1. Los hechos expuestos por la autora	185
4.9.2. La denuncia	188
4.9.3. En cuanto a la admisibilidad	188
4.9.4. En cuanto al fondo	190
4.9.5. Decisión del Comité	190
4.9.6. Lecciones	191

4.10. Comunicación N° 11/2006, Constance Ragan Salgado contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	192
4.10.1. Los hechos expuestos por la autora	192
4.10.2. La denuncia.....	193
4.10.3. En cuanto a la admisibilidad.....	193
4.10.4. En cuanto al fondo	198
4.10.5. Decisión del Comité	201
4.10.6. Lecciones	201
5. Conclusiones	202
5.1. Síntesis de las lecciones.....	202
5.2. Reflexión final.....	205
Bibliografía	208

Presentación

La lucha feminista por conseguir más derechos en iguales condiciones y, a la vez, derechos humanos muy específicos de las mujeres, se abrió paso en medio de muchas dificultades, discriminación y graves adversidades. La CEDAW incorporó esa concepción singular y justa del enfoque de género para asegurar la igualdad y equidad en derechos humanos que hasta hace 25 años no era nada igualitaria. Hay mucho por hacer y conseguir en torno al ejercicio de derechos humanos de las mujeres y en ese sentido de lucha, veinte años después de la CEDAW se abre el Protocolo Facultativo.

El instrumento internacional de derechos humanos de carácter universal y que se refiere específicamente a los derechos de las mujeres. Es, precisamente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por las Naciones Unidas en 1979. En diciembre de 1999, se aprueba el Protocolo Facultativo a esta Convención, estableciéndose los mecanismos de exigibilidad y de equiparación de la CEDAW con otros instrumentos de derechos humanos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos formó parte de los esfuerzos del proceso de aprobación del Protocolo Facultativo en el seno de las Naciones Unidas, trabajando después por impulsar su ratificación en América Latina y en El Caribe. La divulgación de la Convención CEDAW y de los alcances de su Protocolo Facultativo, ha sido una constante de la labor institucional, destacando la publicación “Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo - (2000)”, que se convirtió en un referente de las campañas por la ratificación de ese instrumento internacional. A la versión amigable de estos tratados en la

publicación “Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres - (2003)”, así como al curso autoformativo en línea “Derechos humanos y sistemas internacionales de protección: la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo” (Aula Virtual Interamericana-web IIDH), se edita este libro.

El propósito de esta obra editorial es un análisis hasta septiembre de 2008, de los casos presentados ante el Comité CEDAW, recuperando la historia de la discusión, formulación y aprobación del Protocolo Facultativo en el seno de la Organización de Naciones Unidas. El siguiente capítulo explica, qué es el Protocolo y en el tercer capítulo, se establece un análisis comparativo con otros mecanismos similares contenidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El capítulo cuarto analiza los diez casos presentados ante el Comité CEDAW, tanto aquellos admitidos como los no admitidos, extrayendo los aprendizajes que pueden ser de utilidad para la preparación de casos a futuro. El último capítulo presenta conclusiones y reflexiones finales, útiles para la acción.

En el sentido de regulación de derechos, ciertamente la región muestra avances y logros. Sin embargo, no hay garantías suficientes de que el sentido evolutivo de la protección seguirá en desarrollo y aseguramiento de la equidad en enfoque de género. La mayoría de Estados han elaborado - más o menos -, políticas para avanzar en igualdad de género, pero pocos tienen métodos de trabajo, mecanismos reguladores de tales diferencias entre mujeres y hombres, y procesos en marcha para garantizar el mínimo de equidad. Todavía hay muchas situaciones en que la norma y la legalidad es fuertemente masculina y sobrerrepresentada en la juridicidad de los Estados en la región.

El Protocolo de la CEDAW es un instrumento de extraordinaria validez y de uso judicial para denunciar las graves contradicciones sociales y la abominable violencia contra las mujeres en el hemisferio americano.

El IIDH edita este compendio de análisis e investigación aplicada al uso del Protocolo Facultativo con miras a que las

competencias para el examen de comunicaciones individuales y para la investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos de la mujeres se extienda al conglomerado social y a las comunidades de mujeres en condición de pobreza y en indigencia. Estos grupos de mujeres están en graves condiciones de relegamiento y esperan que la justicia les acepte el reclamo urgente del disfrute mínimo de sus derechos humanos. El IIDH ha colocado en el centro del trabajo en la región la cuestión del examen de la realización de los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza, por lo que en el futuro del Protocolo Facultativo, esperamos que se desarrollen criterios y mecanismos de aplicación a la dimensión de la pobreza con enfoque de género, poco considerado en el derecho internacional.

Finalmente, quiero dejar constancia que este libro es la expresión perdurable del tradicional y aferrado compromiso del IIDH, con la que esta entidad ha contribuido a la ratificación y a las reformas para adecuar la legislación interna con la CEDAW y ahora en aplicación del Protocolo Facultativo. Con este libro, el IIDH le rinde un tributo y reconocimiento muy especial a la valerosa y ejemplar lucha feminista y del movimiento de las mujeres en las Américas, por sus derechos humanos y por la igualdad ante la discriminación social, política e inhumana.

Esperamos que este libro, en conjunto con las otras publicaciones indicadas, se constituyan en herramientas de trabajo para la construcción de relaciones más igualitarias y menos discriminatorias en nuestras sociedades de América.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: análisis de los casos ante el Comité de la CEDAW

*Alda Facio**

* Jurista costarricense, Máster en Jurisprudencia Comparada y Derecho Internacional con énfasis en Derecho de la Mujer, en la Universidad de Nueva York, EEUU. Directora del programa Mujer, Justicia y Género del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente). Jurista feminista y experta internacional en asuntos de género y derechos humanos de las mujeres. Se ha desempeñado como consultora de diversos organismos internacionales y agencias del Sistema de Naciones Unidas. Fue asesora del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas para su estudio sobre violencia contra las mujeres. Fundadora y primera directora del Caucus de Mujeres por una Justicia de Género en la Corte Penal Internacional. Profesora de diversas universidades, como la Universidad de Costa Rica, la Universidad de Toronto y la Universidad para la Paz de Naciones Unidas.

Introducción

En el siglo pasado, en las décadas de los setenta y ochenta, en toda América Latina y el Caribe las mujeres empezaron a darse cuenta de que, aunque ya eran formalmente ciudadanas, necesitaban lograr una plena ciudadanía que les garantizara todos sus derechos humanos. Buscaban ser humanas y no apéndices o “complementos” de los que sí eran considerados realmente humanos: los hombres. Esta renovada “conciencia feminista” llevó a muchas mujeres a analizar, desde una perspectiva de género, la teoría y los instrumentos de derechos humanos para entender de qué manera eran excluidas y poder garantizar en la práctica, los principios fundamentales de igualdad y no discriminación.

Fue gracias a este despertar que a principios de la década de los noventa se logró una gran movilización de mujeres en todo el mundo hacia, y en, las Conferencias internacionales sobre derechos humanos (Viena, 1993), de población y desarrollo (El Cairo, 1994) y de la mujer (Beijing, 1995). En estas tres conferencias, el movimiento internacional por los derechos humanos de las mujeres, que era una parte importante del movimiento feminista, logró que los Estados mediante sus gobiernos acordaran pedirle a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que iniciara la negociación de un mecanismo que permitiera a las mujeres plantear quejas sobre violaciones a sus derechos humanos. Este mecanismo podría ser un protocolo facultativo anexo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

Debido a grandes movilizaciones de mujeres a nivel mundial, en 1991, entre las recomendaciones emitidas durante una reunión de expertas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer de la ONU (DAW, por sus siglas en inglés) y en preparación para la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, se recomendó que la ONU considerara la posibilidad de crear un mecanismo que permitiera a las víctimas de las violaciones a la CEDAW, enviar quejas o comunicaciones¹ al Comité de la CEDAW². Este mecanismo ya existía en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Inhumanos, Crueles o Degradantes.

Con esta recomendación en mano, las activistas de derechos humanos y las feministas activistas³ iniciaron el camino hacia la creación de un instrumento formal que introduciría dos nuevas funciones para el Comité de la CEDAW, a saber, el procedimiento de recepción de comunicaciones y el de investigación de violaciones graves o sistemáticas a la Convención. Esta iniciativa enfrentaba la oposición de algunos gobiernos, que preveían que sus Estados serían objeto de quejas o reclamos, ya que para ese entonces la ONU había llevado a cabo muchos estudios que demostraban fehacientemente que en todas las regiones y en todos los Estados todavía se daba la discriminación directa e indirecta hacia las mujeres y que ningún Estado había implementado la CEDAW en toda su amplitud. Sin embargo, a pesar de esta

1 En general, los mecanismos de exigibilidad que se han establecido para las distintas convenciones hablan de “comunicaciones” y no de “demandas”, debido a que estos mecanismos no son judiciales sino cuasi-judiciales. Aunque el término oficial es comunicaciones, en la práctica se utilizan también los términos “reclamo” o “queja”. En este documento se utilizan los tres términos como sinónimos.

2 El Comité CEDAW es el encargado de supervisar la aplicación por los Estados, de las obligaciones asumidas en la Convención CEDAW.

3 A lo largo de este documento serán llamadas simplemente “activistas” este grupo de mujeres compuesto por feministas activistas y teóricas y activistas de derechos humanos, algunas de las cuales se reconocían como feministas y otras no.

oposición⁴ en julio de 1995, el Consejo Económico y Social (ECOSOC, por sus siglas en inglés) resolvió que ese mecanismo podría estar contenido en un protocolo⁵ a la CEDAW.

En 1996, la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés) creó un grupo de trabajo de composición abierta para que iniciara la redacción de este protocolo. Estas negociaciones gubernamentales sesionaron hasta la aprobación en 1999, por la CSW, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante PF-CEDAW). Luego el PF-CEDAW fue adoptado por la Asamblea General de la ONU y abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre de 2000, el Protocolo entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación, como lo exige su mismo Art. 16⁶.

Siendo el objeto de este artículo hacer un análisis de los casos presentados ante el Comité CEDAW, es importante recuperar la historia de la discusión, formulación y aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW en el seno de la Organización de Naciones Unidas. De ello trata el primer capítulo, explicando mediante el segundo qué es el PF-CEDAW y en el tercer capítulo, se establece un análisis comparativo de éste con otros mecanismos similares contenidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

El cuarto capítulo analiza los diez casos presentados ante el Comité CEDAW (hasta setiembre de 2008, fecha en que

4 Liderada por los Estados Unidos de América, uno de los pocos Estados que no ha ratificado la CEDAW.

5 En castellano el nombre oficial es Protocolo Facultativo aunque mucha gente lo conoce como el Protocolo Opcional por su nombre en inglés: *Optional Protocol*.

6 Art. 16.– 1) El presente protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2) Para cada Estado que ratifique el presente protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.

se finalizó el artículo), tanto aquellos admitidos como los no admitidos, extrayendo los aprendizajes que pueden ser de utilidad para la preparación de casos a futuro. El último capítulo presenta conclusiones y reflexiones finales

1. Un poco de historia

1.1. Los derechos de las mujeres son derechos humanos

En este nuevo milenio, el concepto “los derechos de las mujeres son derechos humanos” es aceptado por la gran mayoría de los defensores y las defensoras de derechos humanos aunque no se podría decir lo mismo del público en general. En el mundo de los derechos humanos el concepto es tan aceptado, en teoría al menos, que muchas personas que recién ingresan al mismo se preguntan por qué es necesario decirlo explícitamente. ¿No son las mujeres humanas? ¿No son los derechos humanos inherentes a todos los seres humanos? ¿No son los derechos humanos universales y, por ende, inclusivos de todas las mujeres? Pues bien, no siempre fue así, y en la práctica, todavía no lo es.

En la práctica, los derechos humanos se siguen ejerciendo y defendiendo de manera androcéntrica⁷. Es conveniente recordar que las mujeres han tenido que luchar por su humanidad durante miles de años. En realidad, la idea de los derechos de las mujeres, sin lo humano y lo internacional, es un concepto muy reciente si se toman en cuenta los tres a seis mil años que la humanidad ha estado viviendo bajo el patriarcado. Es más, las mujeres han tenido que seguir luchando por su humanidad y sus derechos aún después de que se aceptó la noción de derechos humanos internacionales para todos (por “todos” entiéndase “todos los hombres”, por supuesto). Para sintetizar un desarrollo muy complejo, se debe decir que al menos seis conceptos tuvieron que establecerse antes de que los derechos humanos internacionales de las mujeres pudieran ser realidad:

7 La palabra “androcentrismo” proviene del griego *andros* (hombre) y define la mirada masculina en el centro del universo, como paradigma y medida de la representación global de la humanidad, ocultando así las especificidades de la otra mitad de la humanidad, las mujeres.

- Las personas individuales tuvieron que adquirir derechos frente al Estado bajo leyes internacionales. Este cambio conceptual se dio en el siglo XIX, por medio de tratados internacionales que otorgaban derechos a las personas contra los Estados, con respecto a la esclavitud y la guerra. Una vez establecido esto, las feministas pudieron cabildear a favor de otros tratados concernientes explícitamente a ellas, como fueron las Convenciones de 1904 y 1910, destinadas a combatir el tráfico de mujeres. Éstas no eran aún consideradas convenciones de derechos humanos y por supuesto, no garantizaban a las mujeres la igualdad ni eran género-sensitivas, ya que estos conceptos vinieron mucho después.
- El concepto de derechos humanos internacionales tenía que ser aceptado. La magnitud de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, y la necesidad de proteger a las personas de abusos a tal escala, ofreció suficientes incentivos a los Estados para acordar la necesidad de un sistema internacional de protección de los derechos humanos; así se creó la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.
- Se tenía que considerar a las mujeres capaces de tener derechos legales. Este obstáculo era muy real, ya que las leyes mismas se los habían negado durante siglos. A través de la historia había habido muchas personas que defendían los derechos de las mujeres, pero no fue sino hasta el siglo XVIII que un movimiento de mujeres tomó forma. Dos mujeres prominentes entre éstas fueron Mary Wollstonecraft, quien publicó la Reivindicación de los Derechos de las Mujeres, en 1779, y Olympe de Gouges, quien escribió, en 1791, su Declaración de los Derechos de la Mujer, basada en los principios encontrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano Francés. Otra proclamación temprana sobre los derechos

de las mujeres fue la Declaración de Séneca Falls, escrita en 1848⁸.

- La idea de que hombres y mujeres podían tener iguales derechos tuvo que ser aceptada. Este concepto ni siquiera fue tomado en cuenta por las organizaciones intergubernamentales hasta después de que se había creado y ya tenía camino recorrido la Liga de Naciones. Un grupo de diez delegaciones latinoamericanas, consecuentes con sus exitosas experiencias en la redacción y adopción de instrumentos de derechos de las mujeres en América Latina, pidió formalmente que un tratado sobre igualdad de derechos para las mujeres se pusiera en la agenda de la Asamblea de la Liga. Desafortunadamente, el Comité que se creó para tal fin se reunió solamente en tres oportunidades antes de la disolución de la Liga, por lo tanto el tratado nunca fue ni siquiera redactado.
- El feminismo tenía que desarrollar metodologías y teorías que pusieran las vidas de las mujeres en primer plano y que borrarán la distinción artificial entre las esferas pública y privada. Las metodologías género-sensitivas y las teorías de género desarrolladas durante los años setenta y ochenta del siglo XX en todo el mundo, demostraron que el género no solamente se refería a las maneras en las cuales los roles, la actitudes, los valores y las relaciones con respecto a niños y niñas, mujeres y hombres se construyen en las sociedades; demostraron que el género también construye instituciones sociales como el derecho, el control social, la religión, la familia, el imaginario, la ideología, etc., las cuales crean posiciones sociales distinguibles para una asignación desigual de derechos y responsabilidades entre los sexos. El desarrollo de perspectivas de género ayudó a visibilizar las relaciones de poder entre los sexos y, por lo tanto, la increíble discriminación padecida por las mujeres en todas las esferas y de todo el mundo.

8 Otras que vivieron mucho antes que Mary Wollstonecraft y Olympe de Gouges, hablaron y lucharon contra la subordinación y explotación de las mujeres, pero no se conoce que lucharan o hablaran específicamente sobre los “derechos” de las mujeres.

- El sesgo androcéntrico en la teoría y práctica de los derechos humanos internacionales tenía que ser develado. Esto no se empezó a dar sino hacia el final de los años ochenta, cuando las pensadoras feministas iniciaron la crítica del paradigma de los derechos humanos y la propuesta de uno más inclusivo, género-sensitivo, que incluyera mujeres de todas las razas, edades, capacidades, regiones, y prácticas sexuales, religiosas y culturales⁹.
- La necesidad de mecanismos género-sensitivos para reclamar los derechos de las mujeres tenía que ser aceptada por quienes consideraban que los mecanismos existentes bastaban. Esta lucha todavía sigue, pues aunque hoy en día se cuenta con un mecanismo como el Protocolo Facultativo, creado para que las mujeres pudieran reclamar las violaciones a todos los derechos contenidos en la CEDAW, sigue siendo un desafío mejorar los procedimientos que se adoptaron para la recepción de las quejas y la lógica que utilizan las personas expertas del Comité de la CEDAW en el examen de los casos.

1.2. ¿Adelanto de las mujeres?

Antes de la década de los noventa, la mayoría de las agencias y órganos de Naciones Unidas no utilizaba el sistema de derechos humanos para promover el adelanto de la condición jurídica y social de las mujeres. Ciertamente que antes de esta década existían entidades de la ONU que se dedicaban exclusivamente al mejoramiento de las condiciones de las mujeres, pero con la excepción del Comité de la CEDAW, que generalmente trabajaba con la perspectiva de los derechos humanos, no lo hacían desde esta perspectiva sino más bien desde una óptica asistencialista o desde el enfoque del desarrollo. Sin embargo, después de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, la necesidad de trabajar el tema del adelanto de las mujeres desde el marco de los derechos humanos se hizo obligatoria

⁹ Aunque si bien es cierto que muchas mujeres defendieron los derechos humanos antes de la década de los ochenta, la gran mayoría no luchó por sus derechos en tanto mujeres sino como integrantes de la clase trabajadora, contra algún imperio, contra las dictaduras, etc.

al evidenciarse que las mismas características del Derecho Internacional de Derechos Humanos y sus procedimientos lo establecen así:¹⁰

- Los derechos humanos son universales. El principio de universalidad significa que todos los seres humanos tienen derechos inherentes a su humanidad; por lo tanto, las mujeres, al ser igualmente humanas que los hombres, tienen derecho al goce y ejercicio de todos los derechos.
- Los Estados tienen la obligación legal de promover, respetar y garantizar los derechos humanos: son legalmente responsables (*accountable*) de su implementación y por su violación, y deben rendir cuentas ante la comunidad internacional. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres con la debida diligencia y son responsables por las violaciones a éstos.
- Los derechos humanos deben ser garantizados sin discriminación. El principio de igualdad está garantizado en todos los tratados de derechos humanos y desarrollado específicamente en la CEDAW.
- Los derechos humanos no son discrecionales, no son metas sociales ni aspiraciones políticas. A diferencia de las metas de desarrollo concernientes a la situación de las mujeres, los derechos humanos de las mujeres deben ser promovidos, respetados, protegidos y garantizados por todos los gobiernos.
- Los derechos humanos tienen mecanismos legales y políticos para establecer el rendimiento de cuentas y las responsabilidades por no obrar de acuerdo con las obligaciones que estos establecen. Por lo tanto, los Estados y la comunidad internacional están obligados a crear y mantener mecanismos legales y políticos para los derechos humanos de las mujeres.

10 Sullivan, Donna, *The Integration of Women's Human Rights into United Nations Activities: Trends and Case Studies*. Background paper, 1999, pp. 1-2. Disponible en Internet: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/gi-chapiv-x.pdf>>

- La protección y promoción de todos los derechos humanos es un interés legítimo de la comunidad internacional, por encima de todo reclamo de soberanía. Por lo tanto, también los derechos humanos de las mujeres están por encima de todo reclamo de soberanía.

1.3. Los derechos de las mujeres durante la formación de la ONU

En la Conferencia de San Francisco, dedicada a redactar, a mediados de 1945, la Carta de Naciones Unidas, hubo unanimidad en que la promoción de los derechos humanos debería ser uno de los fines esenciales de la nueva organización. A pesar de que no se logró que la carta contuviera un listado o declaración de esos derechos, sí hubo un compromiso de los gobiernos de redactarlo en el futuro¹¹. Aunque en casi ninguno de los documentos históricos sobre esta conferencia se habla del asunto, a esta conferencia asistieron varias activistas de la sociedad civil, así como delegaciones oficiales, que hicieron aportes cruciales tanto en la redacción misma de la Carta como en el hecho de que la protección de los derechos humanos fuera uno de los fines de la ONU. No sólo lograron que el establecimiento de una Comisión de Derechos Humanos estuviera especificado en la Carta, sino que también se especificara la prohibición de la discriminación sexual.

Contrario a los argumentos de la mayoría de los delegados, quienes sostenían que una cláusula sobre igualdad sería suficiente garantía para los derechos de las mujeres, las delegadas de Brasil, República Dominicana y México,¹² exigieron con éxito que la palabra “sexo” se agregara a las demás prohibiciones de hacer distinciones a la hora de promover los derechos humanos. Con el decidido apoyo de las activistas, estas delegadas argumentaron que agregar la palabra “sexo” a la lista significaría que la discriminación sexual podría ser considerada tan atroz como la

11 Pacheco, Máximo, *Los derechos humanos, documentos básicos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. IX.

12 Ver Connors, Jane, “NGO’s and the Human Rights of Women”, en: Williams, Peter (ed.), *The Conscience of the World: the Influence of NGO’s in the UN System*. The Brookings Institution, Washington D. C., 1996.

discriminación racial, política, religiosa u otra. La importancia de este logro no sería comprendida hasta muchos años después, cuando el movimiento de mujeres se apoyó en este cambio de paradigma para exigir que los derechos de las mujeres fueran considerados derechos humanos.

En una época cuando todavía no se hablaba de género, ni se había desarrollado el concepto de que las mujeres no sólo tienen derecho a acceder a los puestos de decisión sino que tienen derecho a acceder a ellos en condiciones de igualdad, estas mujeres también lograron que el Art. 8 de la Carta de las Naciones Unidas dispusiera que:

La Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios.

Sesenta años después de este triunfo, las mujeres no han logrado participar en condiciones de igualdad con los hombres en sus órganos principales o subsidiarios.

Después de que se lograra la inclusión del término sexo en el preámbulo de la Carta, otro asunto enfrentado por la ONU en relación con los derechos de las mujeres, fue estructural; de modo muy interesante, es un dilema que todavía debe ser resuelto a nivel nacional e internacional: ¿debería crearse una entidad institucional autónoma, creada específicamente para velar por los derechos e intereses de las mujeres?, o ¿debería solamente existir una única Comisión de Derechos Humanos?

Algunas personas argumentaban que el establecimiento de una comisión sólo para las mujeres proveería un foro para desarrollar sus derechos y articular preocupaciones sobre los asuntos que afectan a las mujeres. Pero se insistía en que esta solución estructural también amenazaría con crear un *ghetto* de mujeres, con menores recursos y personal y menor impacto institucional. Otras personas se preocupaban porque una comisión autónoma, separada de la Comisión de Derechos Humanos, establecería diferentes derechos y diferentes estándares para las mujeres, o que socavaría los valores sociales prevalecientes, o

que empoderaría a las mujeres de maneras inesperadas. Otras se preocupaban porque un órgano de derechos de las mujeres podría tener un acercamiento diferente hacia los derechos humanos, del que tendrían los órganos de derechos humanos patriarcalmente reconocidos¹³.

En 1946, el Consejo Económico y Social (ECOSOC, por sus siglas en inglés)¹⁴ decidió crear una sub-comisión de la Comisión de Derechos Humanos para que se encargara de la condición jurídica y social de las mujeres pero desde su primera reunión, esta sub-comisión recomendó que se la elevara al estatus de una comisión autónoma y así se hizo.

1.4. La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer

La Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés) fue establecida para preparar recomendaciones e informes al ECOSOC sobre la promoción de los derechos de las mujeres en las áreas políticas, económicas, civiles, sociales y educacionales. Sus funciones también incluían hacer recomendaciones al ECOSOC sobre problemas urgentes que necesitan atención inmediata en el área de los derechos de las mujeres. Consiste en 45 países miembros elegidos por el ECOSOC por un período de cuatro años. Como son los países miembros los que designan a los delegados y las delegadas que representan a su país en la CSW, es posible, y de hecho así ha ocurrido, que delegados y delegadas a la CSW sean personas que más bien se oponen a la promoción de su objetivo, que es

13 Galey, Margaret E., "Women Find a Place", en: Winslow, Ann (ed.), *Women, Politics and the United Nations*. Greenwood Press, Westport, CT, 1995, pp. 13-14.

14 El ECOSOC es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de la ONU y de los organismos e instituciones especializadas que constituyen el sistema de las Naciones Unidas. El Consejo, establecido por la Carta de Naciones Unidas, tiene 54 miembros, con mandatos de tres años. Cada miembro tiene un voto y el Consejo toma sus decisiones por mayoría simple.

promover la implementación del principio de que hombres y mujeres tienen derechos iguales aunque no idénticos¹⁵.

Una de las primeras tareas de la CSW fue concentrarse en la discriminación contra las mujeres profundamente instalada en materia económica, social y cultural, como la educación, el empleo y la salud, enfrentando estos asuntos desde una perspectiva legal centrada en la igualdad y enmarcada en los principios de derechos humanos. Esto podría haber sido un reto para la corriente dominante de los derechos humanos (*mainstream human rights*) ya que uno de los principios fundamentales para éstos es el de igualdad y no discriminación, de manera que de haber seguido la CSW por este camino, la corriente dominante androcéntrica habría tenido que lidiar con el desarrollo de una teoría de los derechos humanos desde la visión de la discriminación de las mujeres que habría retado la visión androcéntrica de éstos. Pero no fue así, al poco tiempo la CSW empezó a enfocar estos temas desde una perspectiva de “desarrollo”, alejándose más y más del enfoque tradicional de los derechos humanos. Así, el desarrollo de la doctrina y la práctica de los derechos humanos siguió su camino androcéntrico por algunos años más.

Este alejamiento probó ser nefasto para la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres ya que la Comisión de Derechos Humanos evadía generalmente abordar cualquier violación a los derechos de las mujeres¹⁶ arguyendo que eso era materia de la CSW, mientras que ésta insistía en que el trabajo con las violaciones individuales a los derechos de las mujeres no era parte de su mandato. Así, mientras que la Comisión de Derechos Humanos fue desarrollando un número impresionante de mecanismos para monitorear las violaciones a los derechos del hombre, la CSW tuvo que conformarse, o se conformó, con un único y limitado mecanismo, que es un procedimiento de queja-información-comunicación.

15 Derechos iguales no quiere decir derechos exactos. Quiere decir que hombres y mujeres tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos en igualdad.

16 A pesar de que, al día de hoy, el mandato original de la Comisión de Derechos Humanos incluye la prevención de la discriminación basada en el sexo.

Este procedimiento funciona así: un grupo de trabajo de la Comisión estudia las listas de comunicaciones confeccionadas por la División para el Adelanto de la Mujer (DAW) para el Secretario General, a partir de las quejas individuales que recibe directamente o a través de la DAW. Este grupo no recomienda medidas específicas sino que informa a la CSW sobre las tendencias y patrones de discriminación probados en tales quejas. En realidad, estas quejas han sido utilizadas por la CSW como fuente de información para sus propios estudios y para informar al ECOSOC sobre los patrones y tendencias que se desprenden de estas comunicaciones¹⁷.

Si bien es cierto que el ECOSOC contribuyó mucho a que se restringiera el trabajo de la CSW al interpretar su mandato en forma muy limitada, también lo es que hubo momentos en que las propias personas integrantes de esta comisión se opusieron a varios intentos de fortalecimiento de su mecanismo de comunicaciones¹⁸. Por ejemplo, en 1991, el Secretario General recomendó que se publicitara el procedimiento, se coordinara la información proveniente de la Comisión de Derechos Humanos y se mejorara la forma en la cual las demandas eran filtradas para las delegadas y los delegados de la CSW.

Este informe sugirió tres cambios importantes para fortalecer el procedimiento de comunicación de la CSW. Primero, hizo un llamado para que fueran expertas y expertos independientes y no representantes de gobierno quienes hacían el filtrado inicial de las comunicaciones. Segundo, sugería que una persona experta fuera designada para que trabajara paralelo a, o en lugar, del grupo de trabajo en comunicaciones existente en la CSW. Tercero, recomendaba crear algún recurso para el resarcimiento individual con respecto al tema de las comunicaciones y dar a conocer públicamente los nombres de los Estados que no respondían a las preguntas de la ONU sobre las comunicaciones mismas. Pero más importante aún para el tema que interesa, de conocer un poco

17 Schuler, Margaret y Thomas, Dorothy, *Derechos humanos de las mujeres, paso a paso*. IIDH, San José, Costa Rica, 1999, p. 49.

18 No confundir este mecanismo de comunicaciones de la CSW con el que luego se establecería para el Comité de la CEDAW en el Protocolo Facultativo.

más sobre cómo se llegó a tener dos procedimientos de queja e investigación sobre las violaciones a los derechos contenidos en la CEDAW, fue el hecho de que *el informe señalaba la necesidad de desarrollar un protocolo facultativo a la CEDAW*¹⁹ que le permitiría al Comité de la CEDAW recibir y examinar quejas sobre violaciones a la Convención²⁰.

La CSW, compuesta por representantes de gobiernos y no de personas expertas independientes, no acogió estas propuestas, con lo que contribuyó a su debilitamiento como órgano encargado de mejorar las condiciones y la posición de las mujeres en todo el mundo. En su lugar, la CSW solamente le pidió al Secretario General que publicitara el procedimiento de comunicación ya existente y asegurara la cooperación entre partes de la ONU para el manejo de las comunicaciones. Por su parte, el ECOSOC, solicitó a la CSW que hiciera el procedimiento más transparente, rápido y eficiente. Lamentablemente, sólo se han tomado medidas mínimas desde entonces y la cantidad de comunicaciones permanece extremadamente baja.

Muchas personas piensan que la decisión de separar las entidades de derechos humanos de las de derechos de las mujeres en la ONU fue acertada por dos razones:

- Porque la CSW logró crear normas y estándares legales importantes y;
- Porque ha sido el “único órgano intergubernamental en las Naciones Unidas con una proporción importante de delegadas mujeres²¹.”

19 Como se puede ver, ya desde 1991 el Secretario General de la ONU recomendaba la creación de un Protocolo Facultativo para la CEDAW.

20 Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés), *Examining Existing Mechanisms for Communications on the Status of Women: Report of the Secretary General*. United Nations, 35th Session, U.N. Doc. E/CN.6/1991/10.

21 Aquí es interesante acotar que cuando se creó la sub-comisión que luego se convertiría en la CSW, sólo fueron designadas delegadas mujeres por lo que el presidente del ECOSOC decidió nombrar a tres miembros *ex officio* para asegurar que la sub-comisión fuera mixta. Por otro lado, en la Comisión de Derechos Humanos había una única mujer, y esto no molestó a nadie.

El primer asunto de peso enfrentado por la CSW fue cómo abordar el ámbito sustantivo de los derechos de las mujeres. Una de las primeras cosas que hizo fue solicitar la participación en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El logro más conocido de las delegadas de la CSW fue convencer a los redactores de cambiar el Art. 1 de la Declaración Universal, que originalmente decía “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” para que se leyera “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Aquellas primeras delegadas sabían muy bien que si la declaración decía “todos los hombres”, en realidad sería “solamente” los hombres.

Durante los siguientes años, la CSW redactó, asesoró y/o presionó hasta lograr la adopción de varios tratados que garantizaban derechos para las mujeres, como la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, entre otras. En 1967, la CSW logró la adopción de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual consolidó muchos de los elementos que anteriormente la CSW había promovido en diferentes tratados dentro del Sistema de Naciones Unidas. Al hacer un llamado a la eliminación de todas las prácticas y costumbres discriminatorias, así como también de leyes formales, esta declaración adelantó de forma importante la fijación de estándares para los derechos de las mujeres. La declaración también sirvió de base para la legalmente vinculante Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada en 1979. Al ser la CEDAW el instrumento más importante de derechos humanos de las mujeres y el que contiene los derechos y los principios que se deben mencionar en cualquier reclamo hecho mediante el Protocolo Facultativo, se hablará de ésta en un apartado posterior.

La CEDAW también promovió la supervisión de la implementación de las disposiciones de este tratado al establecer un comité de veintitrés personas miembros, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, (Comité de la CEDAW), el cual se creó con la intención explícita de tener poderes y funciones paralelas a los otros comités establecidos por

los tratados de derechos humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles o Políticos o la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial. También hubo propuestas para que el Comité de la CEDAW tuviera poder para revisar casos individuales, pero la sugerencia no fue aprobada en su momento. Sobre el Comité de la CEDAW también se hablará con detalle más adelante, por ser este Comité quien recibe y decide las quejas sobre violaciones a los derechos de las mujeres contenidos en la CEDAW.

Otro asunto enfrentado por la CSW en aquellos años, fue cómo garantizar que las mujeres realmente pudieran ejercer sus derechos. Inicialmente, los programas de Naciones Unidas para las mujeres se concentraban en sus derechos individuales y en el logro de la igualdad entre mujeres y hombres, lo que implicaba, obviamente, la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Sin embargo, a finales de los sesenta y principio de los setenta, hubo un cambio de enfoque hacia el rol de la mujer en los procesos de desarrollo económico y social en el mundo entero. Aunque del énfasis de la CSW en políticas centradas en el desarrollo surgieron recomendaciones para cambios radicales en éstas, la utilización del paradigma desarrollista, en vez de un marco de derechos humanos, hizo que la CSW dejara de lado la búsqueda y utilización de evidencia empírica de violaciones individuales. Esto produjo que el logro de la igualdad substantiva entre hombres y mujeres, lo cual requiere cambios profundos en las estructuras, como ya se mencionó, ya no fuera la meta de la CSW. En su lugar lo que se buscó fue un mejor posicionamiento de las mujeres en todos los ámbitos del desarrollo sin cuestionar lo que se entendía por desarrollo. Y si bien es cierto que las políticas del desarrollo tenían el potencial de afectar a millones de personas, también lo era que las violaciones específicas e individuales, y la discriminación contra las mujeres en las esferas culturales y religiosas, fueron verdaderos obstáculos para la implementación de las recomendaciones y políticas comprensivas que este enfoque desarrolló.

Además, el cambio de abordaje agrandó la brecha ya existente entre el sistema para el adelanto de la mujer y el de los

derechos humanos, ya que en este último el enfoque parte de la documentación de violaciones a los derechos individuales, lo que lleva a recomendaciones concretas para el mejoramiento de la sociedad. En contraste, para la CSW era central la participación de las mujeres en la sociedad, más que la defensa de los derechos individuales, lo que lleva a recomendaciones que más que en cambios en la sociedad, se concentran en lograr la inclusión de las mujeres en sus diferentes ámbitos.

1.5. Las conferencias sobre la mujer

Otro trabajo importante de la CSW ha sido el fungir como organismo preparatorio de las cuatro importantes conferencias internacionales sobre la mujer que organizó la ONU entre 1975 y 1995. Para el tema que interesa, que es la historia de cómo llegó a existir el Protocolo Facultativo de la CEDAW, estas conferencias fueron uno de los terrenos donde el movimiento de mujeres se enteró de la necesidad de un procedimiento para poder llevar sus reclamos al Comité de la CEDAW.

La primera conferencia en México

La primera conferencia se realizó en México D. F. durante 1975, el Año Internacional de la Mujer. En esta conferencia los Estados adoptaron un Plan de Acción que tuvo como resultado la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1975-1985). Debido a esto, se dice que la conferencia tuvo un carácter declaratorio. Tal vez lo más importante durante el Decenio, desde el punto de vista de los derechos humanos de las mujeres, fue la adopción, en 1979, por la Asamblea General de la ONU, de la CEDAW.

En esta primera conferencia, que se realizó siete años después de que la Conferencia Mundial de Teherán sobre Derechos Humanos había afirmado que la discriminación contra las mujeres era un problema perseverante, el énfasis fue en la igualdad. Se reconoció la igualdad de derechos y responsabilidades dentro de la familia y la sociedad, el derecho a la igualdad al, y en el, trabajo y a otras actividades económicas, el derecho a decidir

libremente sobre el matrimonio y el derecho a decidir si tener, o no, hijas e hijos. Como era característico en esos tiempos, el documento final de la Conferencia de Ciudad de México no discutía cómo se implementarían los diferentes derechos, o cómo se enfrentarían las violaciones. Otra razón por la que se dice que esta conferencia tuvo un carácter declarativo.

A través del documento final de la Ciudad de México, la igualdad y, en particular, la desigualdad, son vinculadas al subdesarrollo. La igualdad también se asocia con una variedad de asuntos políticos que van desde la autodeterminación hasta la ausencia de conflicto. A pesar de la audacia del Plan de Acción de la Ciudad de México, el cual cubre virtualmente todos los aspectos de la vida de las mujeres, las críticas han señalado que el documento es un simple listado sobre los asuntos de interés de las mujeres, sin ninguna explicación de las causas de la situación real que podrían ayudar a identificar políticas correctivas. Sin embargo, hay que reconocer que en la historia de la evolución de los derechos humanos, un primer paso siempre ha sido su reconocimiento. Por eso se puede considerar que esta conferencia fue indispensable para la evolución de los derechos humanos de las mujeres ya que en ella, como se ha dicho, se reconocieron muchos de estos derechos que luego serían plasmados en la CEDAW.

La segunda conferencia en Copenhague

La segunda conferencia tuvo lugar en Copenhague, en 1980. Se organizó a mitad del Decenio con el objetivo de evaluar su desarrollo y por eso se dice que el carácter de esta conferencia es evaluativo. A partir de esta evaluación, los Estados aprobaron un Programa de Acción para la segunda mitad del Decenio en el que se puso énfasis en los temas relativos a la educación, el empleo y la salud.

La Conferencia Mundial de Mujeres de Copenhague continuó con el énfasis en la igualdad, pero llevó la discusión aún más lejos al explicar que la “igualdad es [...] no sólo igualdad formal [...] sino también igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para la participación de las mujeres en el

desarrollo, tanto como beneficiarias como agentes activas del desarrollo”. En otras palabras, se empezaba a hablar de lo que hoy en día se conoce como la igualdad substantiva, o igualdad material o real, que incluye la igualdad formal pero va más allá. Sin embargo, todavía no se cuestionó el contenido androcéntrico de la igualdad sino que se siguió analizando la desigualdad de las mujeres como causada o estrechamente relacionada con el subdesarrollo, la falta de acceso a recursos y la ausencia de cualquier capacidad para participar en procesos de toma de decisiones. La conferencia hizo un llamado a los gobiernos no sólo para revisar y eliminar la discriminación en la legislación, sino también para que informaran a las mujeres de sus derechos y sobre cómo usarlos²². Esta estrategia es lo que se conoce en el mundo de las ONG como “educación legal popular”.

Aunque los gobiernos en Copenhague empezaron a discutir el tema de la violencia, cosa que no se había hecho en México, su enfoque no fue desde el marco de los derechos humanos sino más bien desde un enfoque situacional y de la salud. Esto no es de extrañar ya que el movimiento feminista apenas estaba empezando a incursionar en la relación derechos humanos-violencia contra las mujeres. Más bien fue un gran logro que en el contexto de esta conferencia se lograra discutir el problema de la violencia contra las mujeres, a pesar de que muchas personas delegadas insistían en que el problema no era global sino un problema de los países occidentales desarrollados. A pesar de esta posición se logró que el Programa de Acción tocara el tema de “las mujeres maltratadas y la violencia en la familia” e identificara la necesidad de mejorar la salud física y mental de las mujeres mediante el desarrollo de programas y políticas “dirigidos a la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y niños y la protección de mujeres de todas las edades, del abuso mental y físico resultante de la violencia doméstica, el acoso y la agresión sexuales, la explotación sexual y cualquier otra forma de abuso”²³.

22 Organización de Naciones Unidas (ONU), *Informe de la Conferencia Mundial de la ONU para el Decenio de la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz*. U.N. Doc. A/Conf.94/35 (1980).

23 *Ibidem*, Resolución 5.

Aunque la violencia contra las mujeres fue considerada como un asunto del Primer Mundo en esta conferencia, en los años que siguieron fueron las mujeres de los países llamados “en desarrollo”, especialmente las latinoamericanas, quienes adoptaron el argumento de que la violencia contra las mujeres era una violación a los derechos humanos y que los derechos de las mujeres eran derechos humanos.

Pero esta segunda conferencia será recordada más que nada por haber sido el foro donde se realizó la ceremonia especial, el 17 de julio de 1980, donde 64 Estados suscribieron la CEDAW y dos presentaron sus instrumentos de ratificación, Cuba y Guyana, demostrando así su compromiso con los derechos humanos de las mujeres.

La tercera conferencia en Nairobi

La tercera conferencia se realizó en Nairobi en 1985 y tuvo como objetivo examinar y evaluar los avances logrados y los obstáculos enfrentados durante el Decenio. A partir de este análisis, los Estados aprobaron por consenso el documento Estrategias de Nairobi, orientado hacia el futuro para el adelanto de la mujer hasta el año 2000. Estas estrategias son un conjunto de medidas que los Estados deberían haber adoptado a fin de promover el reconocimiento social del papel de las mujeres y el ejercicio de sus derechos humanos. Gracias a la aprobación de este documento, se dice que esta conferencia tuvo un carácter estratégico.

Comparada con las conferencias de México y Copenhague, la de Nairobi en 1985, aparentemente hizo menos énfasis en el lenguaje de los derechos humanos, en el sentido de que dejó de lado las garantías de derechos humanos en relación a temas económicos y sociales tales como la educación y la salud, aunque mantuvo referencias al derecho al trabajo, libertad de asociación y el derecho a poseer o vender propiedades. Sin embargo, el documento final de Nairobi hizo un llamado a las mujeres para que ejercieran efectivamente sus derechos en asuntos concernientes a los intereses de la población, incluyendo el básico de controlar sus propias fertilidades, la cual forma una

importante base para el disfrute de otros derechos. En Nairobi se reconoció por primera vez internacionalmente, que las mujeres individuales tenían estos derechos.

El documento Estrategias de Nairobi también es importante en el sentido de que, partiendo del hecho de que los países se encuentran en diferentes niveles de riqueza o pobreza, señala que deben tener la opción de determinar sus prioridades en base a sus propias políticas de desarrollo y a sus recursos. También recomienda medidas específicas en áreas claves, en especial empleo, salud, educación, nutrición, legislación, etc. Esto era importante al minimizar la posibilidad de que los Estados que no habían realizado acciones para implementar estas medidas, argumentaran que no tienen el desarrollo o los recursos suficientes para hacerlo. Sin embargo, el informe del Secretario General a la CSW, cinco años después de aprobado este documento, puntualiza que no ha habido ningún progreso en las áreas prioritarias identificadas en Nairobi y que para la mujer promedio, que es pobre, “el desarrollo ha sido una ilusión”²⁴.

La alfabetización legal –como se le conoce en inglés– o educación legal popular –como se le conoce en América Latina–, fue otra vez resaltada en la Conferencia Mundial de Nairobi, y se instó a los gobiernos a que garantizaran los derechos de las mujeres en poblaciones minoritarias y nativas. Se hizo especial énfasis en la necesidad de respetar los derechos económicos, sociales y culturales de estos grupos. Es importante señalar aquí que se hablaba de derechos de las mujeres y no de derechos humanos de las mujeres.

La conferencia de Nairobi fue también la primera conferencia mundial en la cual la violencia contra las mujeres fue señalada en un contexto que aunque no explícitamente llamado de los derechos humanos, sí incluía temas de éstos como el crear mecanismos para enfrentar el problema y reconocimiento de las mujeres abusadas como víctimas. Al caracterizar la violencia contra las mujeres como “un obstáculo principal para lograr la

24 Organización de Naciones Unidas (ONU), *The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1995*. The United Nations Blue Books Series, Volume VI, Rev. Ed. New York, 1996, párr. 197.

paz y otros objetivos de la Década”, las Estrategias de Nairobi pidieron medidas para prevenir la violencia contra las mujeres, dar asistencia a sus víctimas y crear mecanismos nacionales para enfrentar dicho tema; también identificó a las mujeres abusadas como un área de especial preocupación. Las Estrategias de Nairobi también hicieron un llamado a los gobiernos para que intensificaran sus esfuerzos para asistir a las víctimas y establecer programas educacionales preventivos con el objetivo de eliminar las causas de la violencia contra las mujeres.

A pesar del énfasis en la erradicación de la violencia contra las mujeres, la Conferencia Mundial de Nairobi no sugirió formalmente que los perpetradores deberían ser castigados o responsables ante los sistemas judiciales o penales, ni tampoco que los Estados tuvieran alguna responsabilidad legal por la impunidad o por no tomar medidas para frenar esa violencia; por eso se puede decir que se habló de la violencia en un contexto que incluía elementos de la doctrina de derechos humanos, pero no que se habló de la violencia en el contexto de los derechos humanos. Esas medidas vendrían después, una vez que el asunto fuese estudiado y discutido por algunos años más y una vez que se reconociera formalmente que la violencia de género contra las mujeres era un asunto de derechos humanos, cosa que no se logró hasta 1993, en la Conferencia de Viena.

El éxito de estas primeras tres conferencias sobre la mujer, se debió en gran medida a las contribuciones de muchas ONG de todo el mundo que asistieron en cantidades sin precedentes. Pero el acontecimiento que tuvo el mayor impacto en la consideración de los asuntos de derechos humanos de las mujeres fue el Foro de ONG de Mujeres, Derecho y Desarrollo (el Foro MDD o WLD Forum), donde se presentaron cincuenta y cinco estudios/ponencias concernientes a la situación de las mujeres en 32 países y se realizaron discusiones entre centenas de participantes; se resaltó la toma de conciencia entre las mujeres de que las leyes y los sistemas legales no eran solamente instrumentos de manutención del poder de los hombres sobre las mujeres, sino que podían ser usadas por las mujeres como instrumento de transformación social y eliminación de la discriminación basada en el sexo.

La tarea primordial del Foro MDD fue “la de clarificar la relación entre el derecho y las estructuras sociales, culturales y económicas de la sociedad, con el propósito de explicar la forma en que funciona el sistema legal, al promover o impedir, la participación de la mujer en el desarrollo”²⁵.

Este punto de vista era muy distinto al de los programas de “mujeres y desarrollo” que habían predominado en los setenta y que se habían concentrado en promover beneficios económicos y en buscar nuevas fuentes de ingresos para las mujeres. Muchos de los estudios presentados en el Foro MDD planteaban que las políticas de “Mujer y Desarrollo” habían fracasado, o estaban fracasando, porque no contemplaban estrategias específicas para eliminar o transformar las estructuras más amplias responsables de perpetuar las posiciones sociales subordinadas de las mujeres.

El Foro MDD en Nairobi también reveló los éxitos que muchas mujeres del Tercer Mundo habían logrado hacia mitad de los ochenta, al lanzar programas de base y establecer organizaciones cuya meta era mejorar la condición de las mujeres por medio de la educación sobre su situación y sus derechos legales. Muchas se habían movilizado para cambiar leyes injustas o para ver que las leyes existentes se aplicaran justamente a las mujeres. Los asuntos tratados eran los que generalmente afectaban a las mujeres: derecho de familia, la violencia contra las mujeres (desde el abuso físico, como la violencia y la violación, hasta acciones sancionadas por la cultura y las costumbres, como la mutilación genital), derechos laborales y a la propiedad. La salud, incluyendo la sexual y la reproductiva, muy rara vez fue analizada desde el punto de vista de la legislación²⁶. Una explicación de esto es que todavía no se trabajaban muchos de estos temas en un marco de derechos humanos.

Aunque las activistas en el Foro MDD promovieron la legislación o el derecho como un agente positivo para el cambio social, pocas de ellas creían que la educación popular legal era

25 Schuler, Margaret (comp.), *Poder y derecho*. OEF Internacional, Washington D. C., 1985, p. 6.

26 Véase *ibidem*, pp. vi y vii.

suficiente. Más bien, muchas participantes afirmaron que a no ser que las activistas por los derechos de las mujeres acompañaran sus estrategias legales con una visión más amplia de transformación social, el esfuerzo de buscar el cambio a través de las leyes sería infructuoso. Aún así, a pesar del énfasis del Foro MDD sobre lo legal y la falta de acceso a la justicia, la mayoría de las defensoras de los derechos de las mujeres no adoptaron todavía un enfoque desde los derechos humanos. Algunas hablaron de su experiencia en la defensa de los derechos humanos y sobre la necesidad de educar a las mujeres en estos temas, pero solamente unas pocas de las cincuenta y cinco exponentes en el foro sugirieron la importancia de realizar un acercamiento desde la perspectiva de la violación a los derechos humanos para la problemática de la mujer, paralelo o similar al usado por los activistas y las activistas de los derechos humanos de la corriente dominante. Ninguna participante identificó explícitamente el hecho de que las normas internacionales de derechos humanos podrían ser utilizadas en las luchas nacionales por el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Nadie sugirió que los órganos o los procedimientos internacionales de derechos humanos podrían ser utilizados o apelados como parte de un esfuerzo local para hacer realidad los derechos de las mujeres o implementarlos. Obviamente, nadie sugirió, por ende, que se incluyera un procedimiento de quejas para las violaciones a los derechos humanos contenidos en la CEDAW.

Lo anterior es entendible si se recuerda que estas activistas no estaban hablando de derechos humanos de las mujeres, sino de sus derechos legales. La diferencia no es contundente, pero es real. Los derechos legales sólo existen si están plasmados en algún código, ley o decreto, mientras que los derechos humanos no necesitan estar legislados o positivizados para existir. Además, los mecanismos para proteger los derechos humanos son más amplios y trabajarlos significa siempre el empoderamiento de las derecho-habientes y la eliminación de la discriminación de todo tipo. Por eso, trabajar el adelanto de las mujeres desde un marco de derechos humanos es tanto más efectivo que trabajarlo desde los principios del desarrollo o desde los derechos legales. Sin embargo, hay que recordar que para que las mujeres pudieran

demandar sus derechos humanos, primero tenían que lograr el reconocimiento de los derechos legales.

La cuarta conferencia en Beijing

La última y cuarta conferencia se realizó en 1995 en Beijing. Al evaluar que a pesar de todas las medidas adoptadas aún persistían los obstáculos para lograr la igualdad de oportunidades y derechos entre mujeres y hombres, esta conferencia adoptó la Plataforma de Acción que consta de una serie de medidas que los Estados están obligados a implementar en los quince años posteriores a la conferencia. Se ha dicho que esta conferencia tuvo un carácter vinculante en el sentido de que desarrolló las medidas que deben adoptarse para cumplir con lo estipulado en la CEDAW.²⁷ En este sentido, es la conferencia sobre la mujer que más explícitamente ha planteado sus temas desde un enfoque de género y de derechos humanos.

En esta Conferencia de Beijing se reiteró el llamado a apoyar ya no un mecanismo de queja en abstracto, como se había hecho en la Conferencia de Viena, sino un protocolo facultativo para la CEDAW que contuviera dicho mecanismo²⁸.

Después de estas conferencias, la CSW ha seguido reuniéndose cada año para discutir la implementación de la Plataforma de Acción de Beijing por áreas; con esos fines en el año 2000 y 2005 organizó las reuniones llamadas Beijing+5 y Beijing+10. Es incuestionable que después de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, la CSW ha cambiado su enfoque hacia uno de derechos humanos. Sin embargo, la plena incorporación de esta perspectiva y de esta forma de entender los obstáculos que no permiten realizar el anhelo de igualdad

27 Aunque es importante anotar que hay juristas que sostienen que todos los acuerdos de las conferencias internacionales tienen un carácter vinculante en la medida en que son resoluciones que contienen el deseo de los que la adoptan de cumplir con la Carta de las Naciones Unidas. Además, cada resolución representa un compromiso internacional para aquellos Estados que votaron a favor de ella.

28 Ver Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, objetivo estratégico I. 1. medida k).

y no discriminación, está probando ser muy difícil debido a la influencia de las corrientes conservadoras de las religiones y organizaciones afines, así como de la proliferación de regímenes fundamentalistas misóginos.

1.6. Los derechos de las mujeres se hacen humanos

Después de la Conferencia Mundial de Nairobi, en 1985, las activistas en derechos legales de las mujeres empezaron a discutir sobre si éstos podrían calzar dentro de la categoría más amplia de derechos humanos. La decisión de abordar los derechos de las mujeres como derechos humanos salió, en general, de la percepción, las experiencias y el cambio de enfoque de las latinoamericanas.

En 1986, en el V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe realizado en México, unas poquitas abogadas, activistas de la educación legal popular, organizaron un taller extra-oficial que denominaron “Los derechos de las mujeres también son humanos”, donde discutieron la necesidad de apropiarse de la teoría y metodología de los derechos humanos como herramienta de trabajo para los derechos de las mujeres. En ese taller se discutió que para lograr la aceptación de la idea de que los derechos de las mujeres eran derechos humanos, primero tenían que denunciar el sesgo androcéntrico en la teoría y práctica de los derechos humanos²⁹.

La adopción por las latinoamericanas del lenguaje de derechos humanos durante esta época, se debió a su experiencia

29 Pocos meses después, la autora de este texto escribió un ensayo sobre el tema que luego fue publicado en diferentes revistas latinoamericanas y difundido en fotocopias. Con base en ese ensayo, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) invita a una reunión internacional a fin de intercambiar ideas para la creación de un programa sobre mujeres y derechos humanos, que luego Laura Guzmán de Costa Rica convertiría en el Programa género y derechos humanos (que pasó después a denominarse Programa de Derechos Humanos de las Mujeres), bajo su coordinación entre 1992-1997; posteriormente fue coordinado por Gilda Pacheco de Costa Rica (1997-2000), Line Bareiro de Paraguay (2000-2001) e Isabel Torres de Nicaragua (2002-15 marzo 2009).

de primera mano en las luchas contra las dictaduras y la represión. Como resultado de estas batallas, se pudo ver el poder moral y político del movimiento internacional de derechos humanos; y decidieron usar su lenguaje, instrumentos y foros internacionales a su favor. Al hacerlo, encontraron que abusos como la violencia contra las mujeres estaban excluidos de la defensa de los derechos humanos regional. De hecho, los grupos latinoamericanos tradicionales de derechos humanos le daban trato diferente a los abusos perpetrados contra las mujeres y estos no constituían preocupaciones de la agenda “tradicional”. Es por ello que las activistas que pensaban igual se fueron uniendo, primero en sus países y después regionalmente, para desarrollar un lenguaje común en el abordaje de los derechos de las mujeres como derechos humanos.

Más adelante, el Centro para el Liderazgo Global de las Mujeres, en la Universidad de Rutgers en Nuevo Brunswick, Nueva Jersey, colaboró para reunir a mujeres activistas de todo el mundo para discutir los derechos de las mujeres como derechos humanos. En estas reuniones, las activistas descubrieron que fuera de América Latina, el movimiento de mujeres muchas veces precedía al movimiento de derechos humanos y ofrecía un modelo a seguir para las y los activistas de derechos humanos tradicionales. Otras activistas tomaron conciencia de que los derechos de las mujeres eran derechos humanos a través de su participación en las redes internacionales. En África, muchas le dan el crédito al abordaje a través de la alfabetización legal, de la Conferencia de 1985 en Nairobi, para establecer el vínculo entre derechos de las mujeres y derechos humanos.

El obstáculo más importante para la aceptación de los derechos de las mujeres como derechos humanos fue el asunto de si la actuación de una persona privada se podía elevar a la categoría de violación a los derechos humanos. Las activistas de derechos humanos de las mujeres argumentaban que un acercamiento que excluía el ámbito privado del discurso de derechos humanos era equivocado. Celina Romany, una activista y académica feminista de Puerto Rico, escribió extensamente sobre la artificialidad de la división público-privado. Desde entonces, se ha avanzado mucho en cuanto a establecer la responsabilidad estatal por actos

de terceros que no sólo ha beneficiado a las mujeres, sino a los hombres también. Hoy en día se ha construido un modelo de derechos humanos y responsabilidad del Estado, en el cual este es responsable de las violaciones de los derechos de las mujeres si no previene y castiga los actos de violación de derechos humanos perpetrados por personas privadas. Es más, la relatora especial en violencia contra las mujeres ha escrito mucho sobre la responsabilidad estatal si no previene con la debida diligencia la violencia contra las mujeres.

El principio de la debida diligencia se incorporó y aclaró en 1988 en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos mediante la histórica decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*³⁰ relativa a la desaparición de Manfredo Velásquez. Aunque no es un caso de violencia contra las mujeres, este caso es importante porque la Corte dictaminó que Honduras no había cumplido sus obligaciones con arreglo al párrafo 1 del Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y llegó a la conclusión de que “un acto ilegal que viola los derechos humanos y que en un comienzo no es directamente imputable al Estado (por ejemplo, porque es el acto de un particular o porque la persona responsable no ha sido identificada) puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, sino por la falta de la debida diligencia para impedir la violación o reaccionar a ella tal como lo exige la Convención”.

En el 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos utilizó el concepto de la debida diligencia en lo que ha llegado a ser un caso emblemático conocido como *Maria da Penha Vs. Brasil*. En este caso de violencia doméstica contra la mujer, la Comisión llegó a la conclusión de que Brasil no había actuado con la debida diligencia para impedirla y responder a ella, a pesar de las pruebas evidentes que existían contra el acusado y la gravedad de los cargos. La Comisión estimó que el caso podría considerarse como parte de un cuadro persistente y general de negligencia y falta de adopción de medidas efectivas

30 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

por el Estado para enjuiciar y condenar a los agresores, pero que el caso implicaba no sólo un incumplimiento de la obligación de enjuiciar y condenar sino también, y hasta más importante aún, un incumplimiento de su obligación de impedir que las mujeres sean víctimas de sus propios compañeros o esposos³¹. La Comisión señaló que la obligación del Estado de prevenir incluye el empleo de:

... todos los medios legales, políticos, administrativos y culturales para promover la protección de los derechos humanos y asegurar que toda violación sea considerada y tratada como un acto ilícito que puede dar lugar al castigo de los responsables y la obligación de indemnizar a las víctimas.

Se ve así que la debida diligencia es un principio que no sólo debe guiar al Estado a la hora de investigar, enjuiciar y condenar a un agresor, sino que también es un criterio para evaluar si el Estado ha hecho lo suficiente con los pocos o muchos recursos a su alcance, por impedir que todas las mujeres sean potenciales víctimas de este tipo de violencia. Queda claro entonces que el deber de las funcionarias y los funcionarios del Estado está también en tomar en cuenta el ambiente o cultura que permite o tolera que la violencia se dé. Como se verá en el análisis de tres de las comunicaciones que han llegado al Comité de la CEDAW mediante el Protocolo Facultativo, el Comité estimó que el Estado Parte no había cumplido sus obligaciones al no prevenir la violencia ejercida por los compañeros de las tres víctimas.

En enero de 1992, el Comité de la CEDAW recibió apoyo de muchas activistas de todo el mundo para empezar a considerar la violencia contra las mujeres como un asunto de derechos humanos. La Liga Internacional de Derechos Humanos y la *International Women's Rights Action Watch* (IWRAP), patrocinaron una conferencia internacional sobre violencia contra las mujeres justo antes de la sesión del Comité CEDAW en Nueva York. Una de las metas de ésta era ayudar a las personas integrantes del Comité a redactar una recomendación

31 CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes* (Brasil), de 16 de abril de 2001, párr. 56.

general sobre violencia que fuera de más peso y orientación legal, ofreciéndoles documentación legal detallada preparada por activistas de todo el mundo. De hecho, el documento de apoyo legal de la conferencia sirvió de borrador para lo que se convertiría en la novedosa Recomendación General N° 19 sobre violencia contra las mujeres adoptada en la sesión del Comité de la CEDAW de enero de 1992. Una disposición clave de la Recomendación General N° 19 es la siguiente afirmación: “la violencia de género, la cual impide o anula el ejercicio de las mujeres de sus derechos humanos y las libertades fundamentales [...] es discriminación” y por tanto está comprendida en la definición de discriminación de la CEDAW y, por ende, dentro del alcance del tratado. Además, la Recomendación General N° 19 establece que la CEDAW cubre tanto acciones públicas como privadas, incluidas aquellas relacionadas con la violencia contra las mujeres.

Al incluir la violencia contra las mujeres dentro del ámbito de la CEDAW, a pesar de que en el texto de la Convención no hay lenguaje explícito sobre este tema, este asunto empezaba a ser reconocido como un asunto de derechos humanos. Es más, la Recomendación General N° 19 se convirtió en un gran apoyo legal y ha sido citada y utilizada por numerosos órganos de la ONU para enfrentar la cuestión de la violencia contra las mujeres.

La conferencia mundial sobre derechos humanos

Cuando se anunció una conferencia mundial sobre derechos humanos para 1993, las activistas de derechos de las mujeres encontraron una estructura clara y global en la cual difundir la conciencia y lograr apoyo para su convicción de que los derechos de las mujeres son humanos, lo que facilitó la movilización de gran número de mujeres en el ámbito mundial.

Rápidamente se hizo claro para la mayoría de las activistas, que la violencia contra las mujeres podría ser el tema que conectaría los derechos humanos de las mujeres a los derechos humanos universales. Esto ya se venía haciendo tímidamente en América Latina, región donde las mujeres se iniciaron en la lucha por los derechos humanos cuando se organizaron contra

los regímenes dictatoriales desde los años setenta. Es cierto que no se empezó luchando por los derechos de las humanas en esa etapa, pero la forma política en que las madres utilizaron la maternidad (como las conocidas Abuelas de la Plaza de Mayo de Argentina), fue el inicio del cuestionamiento a la separación entre la esfera privada y la pública. Cuestionamiento que probó ser indispensable para la aceptación por parte de las personas delegadas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993, de que la violencia doméstica también es una violación a los derechos humanos³².

Como fue mencionado, fue en el marco del V Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe (México, 1986) que algunas mujeres discutieron la necesidad de apropiarse de la teoría y metodología de los derechos humanos, surgiendo en ese momento la idea de que para lograr la aceptación de que los derechos de las mujeres eran derechos humanos, era necesario demostrar primero los sesgos sexistas en los contenidos de los derechos humanos, como en su metodología. Esta idea no fue acogida inicialmente, puesto que los derechos humanos eran vistos por la mayoría de la gente, aún por las feministas, como algo sagrado a lo que no había necesidad de hacer ninguna reforma y menos, crítica. Es más, la idea de hacerles la más mínima crítica era sospechosa. Fue necesario desarrollar todo un análisis sobre el androcentrismo en la teoría y práctica del derecho de los derechos humanos para demostrar de qué se estaba hablando.

Otro importantísimo paso hacia la concreción del concepto de que los derechos de las mujeres eran derechos humanos fue la creación del proyecto “Los derechos de las humanas” en la Comisión de Derechos Humanos de Centroamérica (CODEHUCA) en 1989, coordinado por María Suárez. Este proyecto se involucró en la defensa de Magdalena Góngora, una

32 Varios años antes de esa conferencia, a comienzos de los ochenta, este primer cuestionamiento había llevado a plantear que la agresión contra las mujeres en la pareja debía ser considerada una forma de tortura; aunque no se tuvo éxito en ese entonces, la semilla quedó sembrada. Ver: Facio, Alda, “La violencia doméstica como tortura”, ensayo no publicado, San José, 1983.

costarricense acusada de haber matado a su esposo beliceño en ese país con lo que se estaba enfrentando a la pena de muerte. María dirigió una delegación que se desplazó a Belice a hacer la defensa de esta mujer que por siete años había sido víctima de violencia doméstica. “Después de hablar con los grupos de mujeres, con su iglesia, con los grupos de derechos humanos, con su abogado, con el fiscal y con su familia; después de estudiar las leyes de Belice y de Costa Rica, fueron evidentes las limitaciones del marco de los derechos humanos, o del derecho civil y penal, pues ninguno contemplaba la violencia doméstica”³³. A pesar de que no hubo consenso entre los grupos de mujeres de ambos países, María y su grupo decidieron seguir adelante con una estrategia que ligaba los derechos humanos con la figura de la violencia de género contra las mujeres. Dada la presión internacional por la imposición de la pena de muerte, el juicio fue suspendido, pero el fiscal justificó la suspensión en la condición de víctima de la victimaria. Este caso fue el primero en esta región que ligaba los derechos humanos con la violencia doméstica.

El éxito de la estrategia hizo que muchas mujeres, que antes se oponían a hacer este ligamen por considerar que diluía el contenido feminista de los derechos de las mujeres, entendieran la importancia de usar los principios, teoría y práctica de los derechos humanos, para defenderse de los abusos que contra las mujeres se cometen cada segundo en todo el mundo. Hay que recordar que aunque muchas mujeres y ONG feministas estaban haciendo grandes aportes en la teoría y práctica de la prevención de la violencia de género y en relación a los derechos de las mujeres, no siempre estos dos temas eran tratados en el marco de los derechos humanos.

En todo el mundo, las mujeres empezaron a idear maneras de conectar su trabajo con la conferencia que venía. Pronto se lanzó la campaña de 16 Días de Activismo Contra la Violencia de Género (los 16 días incluyen el 25 de noviembre, Día

33 Tomado de una carta de María Suárez a la autora para un libro en cartas sobre la historia del movimiento de mujeres caribeñas y latinoamericanas, con el objetivo de lograr que los derechos de las mujeres formen parte indivisible de los derechos humanos.

Internacional contra la Violencia hacia las Mujeres y el 10 de diciembre, Día de los Derechos Humanos). Con el fin de crear un movimiento lo suficientemente amplio que permitiera a personas individuales participar. El Centro para el Liderazgo Global, junto con el Centro de la Tribuna de Mujeres, una ONG activa en la ONU, y docenas más de ONG de todo el mundo, iniciaron una campaña para recolectar firmas. La petición, traducida a veintitrés idiomas y circulada a través de muchas redes de mujeres, se dirigía a los gobiernos participantes en la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos para que abordaran los derechos humanos de las mujeres en todos los procedimientos de la conferencia y reconocieran “la violencia de género [...] como una violación a los derechos humanos que requiere acción inmediata”. Para cuando la campaña se completó, se habían recogido más de medio millón de firmas.

La decisión de enfatizar la violencia de género fue estratégica, hecha porque el trato que se le daba a tales acciones ilustraba que “los conceptos tradicionales de derechos humanos y sus prácticas tienen un sesgo de género y excluyen un amplio espectro de abusos a los derechos humanos de las mujeres”. La corriente tradicional de derechos humanos ya había identificado la tortura, las matanzas y varios atentados contra la integridad física individual como sus principales preocupaciones. La violencia contra las mujeres de esa manera calzaba en la preocupación tradicional por las violaciones a la integridad del cuerpo –incluyendo asuntos nucleares como la tortura y la esclavitud– y fue la base substancial que las activistas por los derechos de las mujeres usaron para demostrar una perspectiva de género en los derechos humanos. Al hacerlo, desafiaron la distinción entre público y privado y demostraron que la violencia contra las mujeres era de hecho, una violación de derechos humanos.

Para las activistas feministas el trabajo se inició en serio cuando se fijaron las fechas y número de preconferencias. Además de una preconferencia global, la ONU planeó varias reuniones regionales para identificar las prioridades de las diferentes partes del mundo. Resultó que este aparentemente engorroso proceso ofreció excelentes oportunidades al movimiento de mujeres, que había desarrollado redes extensas, regionales e internacionales,

durante las tres conferencias sobre la mujer y que se sintió en la coordinación internacional sobre el tema de los derechos de las mujeres como derechos humanos. La importancia de las pre-conferencias aumentó una vez que se acordó que, al igual que en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED-CNUMAD) de Río de Janeiro en 1992, de ser posible 190 Estados llegarían a un consenso. Además, estaba el entendimiento tácito de que la conferencia mundial no resaltaría ni condenaría condiciones de Estados en particular, sino más bien se concentraría en recomendaciones para hacer las acciones futuras más efectivas y definir prioridades y estrategias en el campo de los derechos humanos. Con la decisión de no concentrarse en países específicos, las personas organizadoras también esperaban minimizar el tipo de politización de los procedimientos de la conferencia, como había pasado antes en las reuniones de Copenhague y Nairobi.

Cuando se iniciaba la planeación de reuniones regionales, el Centro de Derechos Humanos, la unidad de la Secretaría de Naciones Unidas responsable de designar personal para las reuniones de derechos humanos y estudios especiales, hizo una innovación: para centrar la atención en asuntos de derechos humanos en todos los niveles, de base, así como también internacionales, las reuniones más pequeñas acordadas por las ONG y las académicas y los académicos, serían oficialmente designadas “reuniones satélite” para la Conferencia Mundial.

Cuando María Suárez de Costa Rica explicó a un grupo de mujeres, que ya estaban trabajando hacia la Conferencia Mundial, la conveniencia de organizar una conferencia satélite, inmediatamente se pusieron en marcha. Llamada La Nuestra, la primera conferencia satélite de mujeres tuvo lugar en diciembre de 1992 con la participación de cincuenta grupos de mujeres y coordinada por dos programas de organismos intergubernamentales: el IIDH, representado por Laura Guzmán; el ILANUD, por la autora de este libro; una ONG regional de derechos de las mujeres, CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer), representada por Marta Solano; el proyecto de los derechos de las humanas de una ONG subregional de derechos humanos,

CODEHUCA, representado por Roxana Arroyo; el programa de derechos de las mujeres de una ONG regional de derecho alternativo, ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), representado por Gladys Acosta; y una agrupación internacional de comunicación alternativa, FIRE (Radio Internacional Feminista) representada por María Suárez. La Nuestra acordó un programa de diecinueve puntos para presentar en la reunión oficial de enero de 1993 en San José. Los resultados de La Nuestra se compartieron con mujeres de otros grupos regionales y marcaron el tono y contenido de los esfuerzos de defensa global que llevarían a la Conferencia Mundial de Viena, y más. El documento final de La Nuestra hace un llamado a la conferencia regional para que adopte resoluciones específicas sobre derechos humanos, se reconozcan los derechos de las mujeres como derechos humanos, se declare la violencia contra las mujeres como violación a los derechos humanos, se nombre una relatora especial en violencia de género, *se adopte un Protocolo Facultativo a la CEDAW*, y se establezcan otros mecanismos para recibir demandas y tomar acción sobre las violaciones a los derechos humanos de las mujeres. También insta a que se establezcan nuevas medidas sobre los derechos y necesidades de las personas con discapacidad, mujeres indígenas y afrodescendientes y todas aquellas personas discriminadas por asuntos étnicos y culturales. Y por último, pidió nuevos instrumentos sobre trata, tráfico y explotación sexual.

Después de muchas conferencias satélites y regionales y cuatro preconferencias, la cuarta preconferencia en Ginebra superó todas las expectativas. Las activistas feministas lograron cambiar y ampliar el lenguaje sobre mujeres en el borrador de la propuesta para la Conferencia Mundial de Viena y el texto sobre los derechos humanos de las mujeres emergió de Ginebra “descorchetado”, lo cual significaba que no se discutiría más en Viena. De hecho, los derechos de las mujeres fue uno de los pocos temas que salió de la cuarta preconferencia como acuerdo. Para cuando tuvo inicio la conferencia mundial en junio de 1993, la lucha por la inclusión, visibilidad e integración de los derechos de las mujeres en todos los programas de Naciones Unidas de derechos humanos ya había sido ganada.

Algunos de los factores que contribuyeron a este éxito son:

- Varias feministas de distintas regiones lograron ser nombradas en las delegaciones oficiales, así pudieron participar en las reuniones informales y formales.
- Las mujeres, tanto delegadas oficiales como las representantes de ONG y activistas independientes, fueron eficientes y estaban bien preparadas.
- La coyuntura que se estaba viviendo en esos momentos en el mundo con las horripilantes noticias del embarazo forzado de miles de mujeres en Bosnia, abrió los ojos y el corazón de muchos delegados que antes no querían admitir que la violencia contra las mujeres podía ser tanto o más cruel que violaciones a derechos humanos que sí estaban reconocidos como tales.
- La diversidad geográfica, cultural, religiosa y lingüística, la experiencia en conferencias mundiales, la capacidad de trabajo, la creatividad en las formas de presentar las denuncias (el tribunal de violencia contra las mujeres, la chimenea de FIRE, los conciertos) y el liderazgo de las mujeres, no tuvieron igual en ningún otro grupo de la sociedad civil.
- Los delegados oficiales estaban enfrascados en las discusiones en torno al desafío a la universalidad de los derechos humanos que representaban las fuerzas fundamentalistas, y en la lucha por crear o no el puesto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de forma que el asunto de los derechos humanos de las mujeres no parecía amenazante.
- Las activistas feministas pudieron convencer a las personas delegadas que querían que la conferencia afirmara que los derechos económicos y sociales eran tan importantes como los derechos civiles y políticos, de que el reconocimiento de los derechos de las mujeres como derechos humanos sería una manera de demostrar la interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos.

El Programa de Acción y la Declaración de Viena

El documento final adoptado en la Conferencia Mundial de Viena contenía el lenguaje “descorchetado” que había sido aprobado en abril, además de otros puntos que las mujeres activistas y delegadas lograron aprobar. Por ejemplo, el documento expresa “consternación” por las violaciones masivas de derechos como el genocidio, limpieza étnica y la violación sistemática de mujeres en situaciones de guerra; también menciona la preocupación por violaciones en conflictos armados que afectan a civiles, “especialmente mujeres, niñas y niños, ancianas y ancianos”. Hace un llamado a los estados para que enfrenten la intolerancia o violencia basada en la religión o creencia, incluidas prácticas que discriminan a las mujeres, y a que erradiquen cualquier contradicción entre los derechos de las mujeres y los efectos dañinos de las tradiciones, la cultura o el extremismo religioso. Estas añadiduras le dieron una nota positiva a la integración de género, aunque a menudo en ellas se utilizó un lenguaje menos que ideal.

Las victorias para los derechos humanos de las mujeres y sus defensoras fueron considerables en la Conferencia Mundial de Viena. Primero, la violencia contra las mujeres ahora estaba en la agenda de derechos humanos como un abuso que había que eliminar, ya no se clasificaba como crimen común o acto privado. Es más, la violencia contra las mujeres en conflictos armados se identificaba tanto como violación a los derechos humanos, como a la legislación humanitaria. El hostigamiento y la explotación sexual y el tráfico de mujeres formaban parte de esta imagen.

Segundo, la Conferencia Mundial de Viena reafirmó vigorosamente la universalidad de todos los derechos, y los de las mujeres entraban a formar parte de todos ellos. El documento final de Viena también incluye un poco de crítica a las prácticas religiosas y culturales que restringen los derechos humanos de las mujeres. Además, reconoce, hasta cierto punto, el derecho de las mujeres a la salud y la negación desproporcionada de sus derechos económicos y sociales en ciertas áreas.

Tercero, y más importante para el tema que ocupa, se acordó que los derechos humanos de las mujeres debían estar presentes en todas las actividades de derechos humanos de la ONU y se hizo un llamado para que la CEDAW se fortaleciera por medio de su ratificación universal, la eliminación de reservas y la creación de un Protocolo Facultativo que permitiera peticiones de personas individuales.

2. Por fin un mecanismo: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

En 1996, la CSW creó un grupo de trabajo de composición abierta para que iniciara la redacción de este protocolo. Estas negociaciones gubernamentales sesionaron hasta la aprobación en 1999 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (PF-CEDAW) por la CSW. Luego el PF-CEDAW fue adoptado por la Asamblea General de la ONU y abierto a la firma ese mismo año, el 10 de diciembre. El 22 de diciembre de 2000, el PF-CEDAW entró en vigor al haber transcurrido tres meses desde la décima ratificación, como lo exige su mismo Art. 16.³⁴

2.1. ¿Qué son la Convención CEDAW y su Comité?

Antes de explicar qué es el protocolo, es conveniente recordar que la CEDAW reúne en un único instrumento legal, internacional, de derechos humanos, las disposiciones de instrumentos anteriores de la ONU relativas a la discriminación contra la mujer. Se dice que es la Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres porque es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos

34 Art. 16.– 1) El presente protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión. 2) Para cada Estado que ratifique el presente protocolo o se adhiera a él después de su entrada en vigor, este protocolo entrará en vigor una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión.

humanos de las mujeres explícita o implícitamente al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos prohíben la discriminación por razones de sexo y garantizan la igualdad de todos los seres humanos, esto no ha sido suficiente para garantizarles a las mujeres la protección de sus derechos por parte de estos otros instrumentos y sus mecanismos de protección y monitoreo³⁵.

Es así que la CEDAW es el primer instrumento internacional de derechos humanos que toma como punto de partida esa histórica desigualdad y, por ende, aunque todavía no se hablaba de género o perspectiva de género en el momento en que fue discutida, sí se puede decir que es un instrumento con perspectiva de género.

El Art. 1 define la discriminación y es de importancia suprema por ser el único instrumento internacional que establece qué constituye la “discriminación contra las mujeres”. Establece que se trata con la discriminación dirigida contra las mujeres y no con la discriminación basada en el sexo. Por lo tanto, no enfrenta prácticas discriminatorias sufridas por los hombres, ya que este problema se trata en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

La definición de discriminación contra las mujeres es de una amplitud considerable y comprende una variada gama de asuntos. Primero, establece cuáles prácticas (“cualquier distinción, exclusión o restricción”) constituyen discriminación. Y obviamente, también puede ser discriminatorio no hacer distinciones, exclusiones o restricciones cuando éstas serían necesarias para evitar la discriminación, porque la definición establece que la discriminación puede ser intencional como no intencional (“efecto y propósito”) y que ambas están prohibidas. La definición también da los campos (“político, económico, social, cultural, civil u otro”) en los cuales las acciones discriminatorias son prohibidas, y cubre tanto acciones públicas como privadas (“u otras cualesquiera”).

35 El Art. 1 prohíbe la discriminación en “las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Según el Art. 2 de la CEDAW, los Estados que la ratifiquen no sólo deben condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, sino que tienen que tomar medidas concretas para lograrlo, tales como consagrar la igualdad en sus constituciones políticas, abolir las leyes, costumbres y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres, establecer protecciones jurídicas contra la discriminación, etc.

Como era imposible que la CEDAW contuviera explícitamente todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en todas las esferas, a través de los años, el Comité de la CEDAW ha especificado en sus comentarios finales y en sus Recomendaciones Generales qué medidas específicas se deben tomar para los casos que se le van presentando a través de los informes que rinden los Estados. Por ejemplo, en su Recomendación General N° 21, el Comité amplía las medidas concretas que deben tomar los Estados en relación al matrimonio y las relaciones familiares, al establecer, *inter alia*, que las leyes o costumbres que no tratan los bienes acumulados durante una relación similar al matrimonio como tratan a la propiedad conyugal, deben derogarse³⁶.

Es entonces por medio de las recomendaciones que se le da solución a un problema concreto como la desigualdad entre el trato legislativo a la propiedad conyugal y la propiedad en las uniones de hecho. Aunque el tema no es tratado específicamente en el Art. 16 de la CEDAW, a la luz de los Arts. 1 y 2, se entiende que este Art. 16 obliga al Estado no sólo a tomar medidas para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, en cuanto a sus derechos durante el matrimonio y después de su disolución, sino a garantizarle esos mismos derechos a las mujeres que viven en uniones de hecho.

En síntesis, la CEDAW pretende lograr la igualdad substantiva entre mujeres y hombres a través de los siguientes cuatro objetivos:

36 Recomendación General N° 21 (13° período de sesiones).

- Eliminar la discriminación directa o indirecta contra las mujeres en cualquier esfera, y en la vida pública, privada o familiar.
- Eliminar las tradiciones o prácticas culturales o religiosas y los estereotipos de género que perjudican a las mujeres.
- Lograr la igualdad de resultados para todas las mujeres poniendo especial cuidado a la intersección entre la discriminación basada en el género y la basada en otras condiciones como etnia, edad, estatus social y económico, estatus migratorio, nacionalidad, habilidad, etc.
- Establecer obligaciones o responsabilidades estatales concretas con respecto a la eliminación de la discriminación contra cualquier mujer y el logro de la igualdad entre mujeres y hombres.

Como sucede en los otros instrumentos principales de derechos humanos del Sistema de Derechos Humanos de la ONU, el Art. 17 de la CEDAW, establece un comité integrado por 23 personas expertas, que elige la Conferencia de Estados Partes cada dos años a título personal. Esto quiere decir que las expertas y los expertos no son representantes del gobierno del país del cual son nacionales, sino personas que son expertas en los temas de la convención.

De conformidad con el Art. 18, los Estados Partes deben informar al Comité acerca de sus actividades para alcanzar las metas de la convención. Al año de ratificada, el Estado debe presentar su informe inicial y luego debe presentar informes periódicos cada cuatro años.

El análisis de los informes ha permitido al Comité desarrollar lo que él mismo ha llamado “un diálogo constructivo” con las personas representantes de los Estados, a través de las preguntas y comentarios que plantean las personas expertas miembros del Comité. El examen por el Comité de los informes nacionales no tiene el propósito de ser un proceso de enfrentamiento o acusatorio. Se hacen grandes esfuerzos por entablar un diálogo y por eso el Comité nunca acusa a un Estado de haber violado

la CEDAW sino que le señala las deficiencias en una sesión de preguntas y respuestas.

Al finalizar las sesiones públicas, el Comité revisa la información recibida en respuesta a sus preguntas al Estado Parte, así como la proporcionada por los representantes de ese gobierno durante el diálogo público, en una sesión privada en la que decide cuáles son los comentarios y observaciones finales que habrá de presentar al Estado, y que se incluyen en su informe anual a la Asamblea General.

Del análisis de la información que resulta de las sesiones y los distintos informes, el Comité emite sus Recomendaciones Generales. Las primeras recomendaciones generales emitidas por el Comité de la CEDAW son breves y de índole general pero en su décimo período de sesiones, el Comité decidió que iba a formular recomendaciones sobre determinados artículos de la Convención o sobre temas que no estaban cubiertos explícitamente por ésta. Fue así como en 1992, el Comité abordó el tema de la violencia contra la mujer en su Recomendación General Nº 19, en la que define esta violencia como forma de discriminación contra la mujer y por lo tanto, prohibida por la CEDAW. Otras recomendaciones generales muy importantes vinieron después. En 1994, elaboró la Recomendación General Nº 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares; en 1997, la Recomendación General Nº 23, sobre la vida política y pública; en 1999, la Recomendación General Nº 24, sobre la mujer y la salud y su Recomendación General Nº 25; y hasta la fecha su última recomendación general trata el tema de las medidas especiales de carácter temporal, es decir, las medidas afirmativas que deben tomar los Estados para acelerar el logro de la igualdad substantiva entre mujeres y hombres.

Es imprescindible que las mujeres que quieran llevar una comunicación a través del PF-CEDAW al Comité, se lean todas estas recomendaciones y las citen si su caso tiene que ver con los temas que desarrollan, porque las recomendaciones son una especie de jurisprudencia o interpretación, hecha por el mismo Comité, de lo que se debe entender como las obligaciones estatales que emanan de los distintos artículos de la CEDAW.

También es importante que las comunicaciones utilicen las recomendaciones específicas que el Comité le haya podido dar a un Estado en particular durante su diálogo constructivo, o en las observaciones finales para fortalecer sus argumentos en cuanto a posibles violaciones por parte del Estado a los derechos consagrados en la CEDAW.

Es importante recordar que a pesar de los objetivos que persigue la CEDAW, citados arriba, y a pesar de la existencia del Comité de la CEDAW, encargado de monitorear la implementación de esta convención, la realidad de las vidas de las mujeres seguía, y sigue siendo, definida por múltiples formas de discriminación y violencia. Por eso las mujeres de todo el mundo querían un mecanismo que cerrara un poco más la brecha considerable que todavía existe entre lo que pretende la Convención y la realidad.

2.2. ¿Qué es el Protocolo Facultativo de la Convención CEDAW?

El Protocolo Facultativo de la CEDAW (PF-CEDAW) crea un mecanismo de acceso para las mujeres a la justicia internacional. Es un “mini-tratado” que depende de la CEDAW en el sentido de que existe sólo en función de ésta, no creando nuevos derechos sustantivos, ni tampoco nuevas obligaciones sustantivas para los Estados. Lo que sí hace este PF-CEDAW es permitir a las mujeres a quienes les ha sido negado el ejercicio de uno o varios de los derechos comprendidos en la CEDAW, la posibilidad de que sus quejas sean examinadas por el Comité de personas expertas independientes que monitorean el cumplimiento de la CEDAW.

Obviamente, también crea nuevas potestades para este Comité, ya que le permite recibir quejas y hacer recomendaciones, así como iniciar investigaciones. También le crea la potestad al Comité de pedir medidas provisionales precautorias a los Estados Parte que han sido objeto de un reclamo. En este sentido, sí es cierto que el PF-CEDAW es una modificación de lo que antiguamente se entendía por soberanía, ya que los Estados Parte que ratifican el PF-CEDAW, voluntariamente se están

sometiendo al escrutinio internacional de sus actos. Sin embargo, hay que recordar que cuando un Estado ratifica la CEDAW se está obligando voluntariamente a cumplir con lo estipulado en esa convención.

Por otro lado, a pesar de ser instrumento dependiente de la CEDAW, el PF-CEDAW constituye un tratado separado y debe ser ratificado de manera independiente por los gobiernos que ya son Estados Parte de la CEDAW. La no ratificación del PF-CEDAW envía un mensaje a la ciudadanía en el sentido de que el Estado no toma en serio sus obligaciones con respecto a los derechos humanos de las mujeres. Además, es importante argumentar que aunque el PF-CEDAW sea optativo, los derechos de las mujeres no lo son y que por ende, aunque el Estado no ratifique el protocolo, sigue igualmente obligado a respetar, proteger y garantizar todos los derechos humanos de todas las mujeres según establece la Convención.

Para mediados de 2008, había 90 Estados Parte del PF-CEDAW. Esto significa que de los 190 Estados Parte de la CEDAW, 100 no han tomado suficientemente en serio sus compromisos internacionales y con sus mujeres como ratificar un mecanismo que permite que esas mujeres se quejen ante un Comité por las violaciones a derechos que ellos mismos han reconocido y ante quienes se han obligado legal y voluntariamente. También para esa fecha, diez casos habían sido decididos por el Comité, ya sea por el fondo o por la forma, y el análisis de estos casos es el objetivo de uno de los apartados de este documento.

El PF-CEDAW establece dos procedimientos adicionales a los establecidos en la Convención, a fin de monitorear la implementación de ésta por parte de los Estados. Estos dos procedimientos son:

- Procedimiento de Comunicaciones por medio del cual el Comité de la CEDAW puede recibir quejas de mujeres que sienten que uno o varios de sus derechos contenidos en la CEDAW han sido violados. Si el Comité considera que uno o más derechos han sido violados, puede recomendarle al Estado ciertas acciones entre las que se cuentan las reparaciones para la víctima, cambios de leyes y políticas

para que la violación no se repita, la difusión de las recomendaciones, etc.

- Procedimiento de Investigación a través del cual el Comité de la CEDAW puede, por iniciativa propia, emprender una investigación sobre violaciones graves o sistemáticas que se estén dando en un Estado que ha ratificado el PF-CEDAW y no se ha eximido de este procedimiento³⁷.

Ambos procedimientos le permiten al Comité de la CEDAW emitir sus opiniones y recomendaciones con respecto a aquellas violaciones de los derechos humanos de las mujeres de Estados que han ratificado el PF-CEDAW, que el mismo Comité ha encontrado admisibles. Es importante tener en cuenta que el Comité de la CEDAW trabaja con un Reglamento de Procedimientos muy estricto, que le asegura al Estado no tener que estar defendiéndose de quejas arbitrarias o frívolas.

2.3. ¿Qué establece el Protocolo Facultativo concretamente?

Como ya se dijo con anterioridad, el PF-CEDAW no establece ningún derecho sustantivo nuevo³⁸. Sin embargo, algunas personas malintencionadas han lanzado el rumor de que el PF-CEDAW es un instrumento que reconoce derechos nuevos que no están contemplados en otros instrumentos como, según ellas, son los derechos sexuales y reproductivos. Esto no es cierto por dos razones. En primer lugar, estos derechos ya están reconocidos en otros instrumentos, incluyendo la CEDAW, aunque no estén explícitamente así nombrados. En segundo lugar, el PF-CEDAW lo que hace es establecer dos procedimientos para que el Comité pueda ayudar a los Estados a cumplir con la obligación que asumieron al ratificar la CEDAW. Un procedimiento no es un derecho sino un mecanismo para

37 Como se verá más adelante, al ratificar el Protocolo Facultativo los Estados pueden eximirse del procedimiento de investigaciones.

38 Ver: IIDH, *Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo*. Segunda edición, 2004. Especialmente útil para el tema, el artículo de González Martínez, Aida, “El Protocolo Facultativo de la CEDAW: mitos y supuestos”.

proteger y garantizar un derecho. Pero para que no haya duda, es mejor ver lo que contiene el PF-CEDAW artículo por artículo (se presenta a continuación una breve descripción de cada artículo, no el texto mismo del Protocolo Facultativo):

Preámbulo

Es la parte introductoria del PF-CEDAW que describe el objeto y fin de éste. Hace referencia a los principios de igualdad y no discriminación contenidos en la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la misma CEDAW. Reafirma la determinación de los Estados Parte que adopten el PF-CEDAW de asegurar el pleno e igualitario goce por las mujeres, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la adopción de medidas eficaces para evitar las violaciones de esos derechos y libertades.

Art. 1

Establece que los Estados que ratifiquen el PF-CEDAW reconocen la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y considerar las comunicaciones bajo este protocolo.

Art. 2

Establece el procedimiento de comunicaciones que permite a una mujer, o grupo de mujeres, someter una comunicación al Comité en la que alegan ser víctimas de una violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW. También establece que las comunicaciones podrán ser sometidas en nombre de personas, o grupo de personas, con su consentimiento o sin él, si se puede justificar el hacerlo.

Art. 3

Establece que la comunicación sólo será considerada por el Comité si se trata de la violación cometida por un Estado Parte del PF y que la comunicación debe ser escrita y no anónima.

Art. 4

Estipula los criterios de admisibilidad de una comunicación como haber agotado la vía interna, no haber sido ya examinada

por el Comité ni por ningún otro mecanismo internacional, ser compatible con las disposiciones de la CEDAW, no ser un abuso del derecho de someter comunicaciones, y que los hechos hayan ocurrido antes de la fecha de entrada en vigor del PF para el Estado Parte (es decir, tres meses después de que el Estado Parte haya depositado el instrumento de ratificación en la ONU) a no ser que los hechos en que se basa el reclamo continúan produciendo efectos aunque los hechos mismos se hubieran producido con anterioridad.

Art. 5

Faculta al Comité para solicitarle al Estado Parte que adopte medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima, o las víctimas, de la supuesta violación.

Art. 6

Establece el procedimiento cuando la comunicación o reclamo ha sido encontrado admisible, consistente en que el Comité informa al Estado Parte en forma confidencial de la comunicación y el Estado Parte tiene seis meses para presentar por escrito sus declaraciones o explicaciones sobre la cuestión.

Art. 7

Define el proceso para la consideración de una comunicación estableciendo que el Comité examinará toda la información en una sesión cerrada y enviará sus opiniones y/o recomendaciones a todas las partes interesadas. El Estado Parte tendrá seis meses para considerarlas y enviar al Comité una respuesta por escrito, en la que incluirá los pasos que haya tomado para remediar la situación. El Comité puede requerirle al Estado Parte más información o que la incluya en su próximo informe al Comité.

Art. 8

Establece el procedimiento de investigación que le permite al Comité iniciar una investigación confidencial cuando tiene información confiable o creíble de que en un Estado Parte están sucediendo violaciones graves o sistemáticas de los derechos establecidos en la CEDAW.

Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado, junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas, a las cuales éste deberá responder en un plazo de seis meses.

Art. 9

Establece el método para que el Comité dé seguimiento a una investigación. Después del período de seis meses al que se refiere el Art. 8, el Comité puede solicitarle al Estado Parte que le informe sobre las medidas adoptadas en respuesta a la investigación. También se pueden dar detalles en su informe al Comité, bajo el Art. 18 de la CEDAW.

Art. 10

Provee una cláusula mediante la cual el Estado Parte podrá, en el momento de ratificar el PF-CEDAW, declarar que no reconoce la competencia del Comité para llevar a cabo la investigación que establecen los Arts. 8 y 9. Sin embargo, el Estado podrá retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General de la ONU.

Art. 11

Obliga a los Estados Parte a proteger a las personas de los malos tratos e intimidación de los cuales podrían ser objeto por el hecho de haberse comunicado con el Comité. Esto se aplica tanto al procedimiento de comunicaciones como al de investigaciones.

Art. 12

Establece que el Comité incluirá un resumen de sus actividades en virtud del PF-CEDAW en el informe anual que presenta al Secretario General con arreglo al Art. 21 de la CEDAW.

Art. 13

Establece el compromiso de los Estados Parte de dar a conocer ampliamente la CEDAW y su protocolo, así como a facilitar el acceso a información acerca de las recomendaciones y opiniones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte.

Art. 14

Obliga al Comité a elaborar su propio reglamento, que aplicará en ejercicio de las funciones de comunicación e investigación que le confiere el protocolo.

Art. 15

Establece los requisitos formales exigidos a los Estados para ser parte del protocolo. Cualquier Estado que sea parte de la CEDAW puede ser parte del protocolo.

Art. 16

Establece que el PF-CEDAW entrará en vigor cuando haya sido ratificado por diez Estados Parte de la CEDAW. Una vez que haya entrado en vigor, será vinculante para los Estados que lo hayan ratificado tres meses después de la décima ratificación.

Art. 17

Impide que se hagan reservas al PF-CEDAW.

Art. 18

Establece el procedimiento que se debe seguir para proponer enmiendas al PF-CEDAW. Cualquier Estado Parte puede

sugerir enmiendas y presentarlas al Secretario General. Éste a su vez las comunicará a los Estados Parte. Si al menos un tercio de los Estados Parte lo solicita, se puede acordar una conferencia para someterlas a votación. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Parte del PF-CEDAW y serán obligatorias para los Estados Parte que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Parte seguirán obligados por las disposiciones del PF-CEDAW y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

Art. 19

Reconoce la prerrogativa de los Estados Parte de denunciar el PF-CEDAW, en forma escrita. La denuncia³⁹ surte efecto seis meses después de la fecha de notificación al Secretario General. Cualquier investigación iniciada, o comunicación recibida, antes de la fecha de efectividad de la denuncia, no será afectada por ésta.

Art. 20

Instruye al Secretario General a informar a los Estados Parte de cualquier enmienda al PF-CEDAW, ratificación o denuncia de éste.

Art. 21

Identifica los idiomas oficiales del PF-CEDAW, que son: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso; e instruye al Secretario General a enviar copias certificadas del texto a los Estados Parte en la CEDAW, siguiendo la modalidad de otros tratados internacionales de derechos humanos.

³⁹ La denuncia es el proceso inverso a la ratificación que inicia un Estado cuando ya no quiere ser parte de un tratado. Generalmente la denuncia exige que el Estado utilice el mismo medio que utilizó para ratificar el tratado. Así, si en un Estado la ratificación se hace por medio del parlamento, la denuncia debe hacerse del mismo modo.

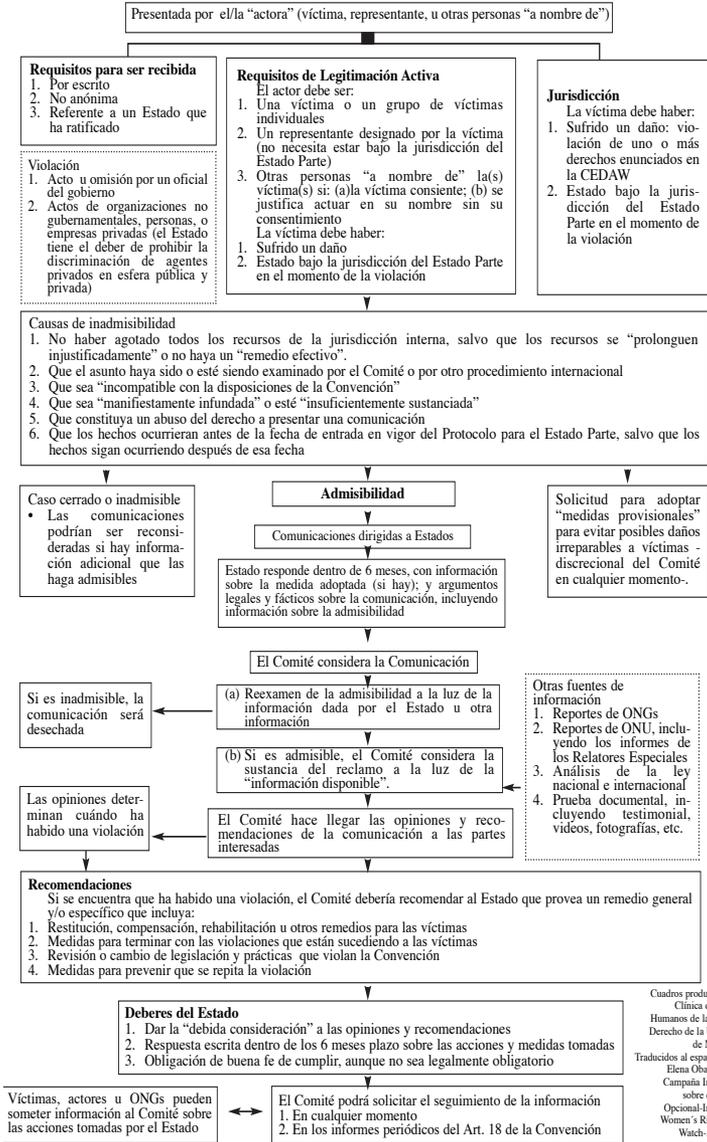
Como se puede apreciar, el PF-CEDAW no establece ningún derecho sustantivo nuevo para las mujeres, aunque su uso por las mujeres obviamente llevará a que cada uno de los derechos contenidos en la CEDAW se llene de un contenido concreto para la gran diversidad de mujeres que hay en todo el mundo. Sin embargo, para que el contenido sea realmente valioso para la vida de las mujeres, tienen que aprender a argumentar muy bien las razones por las cuales consideran que un derecho debe cubrir una determinada materia o conjunto de hechos. Para facilitar este uso, uno de los capítulos de esta publicación incluye un análisis de las lecciones que se pueden extraer de cada uno de los diez casos que el Comité ha decidido. Siendo pertinente para estos fines, se verá a continuación cómo se compara el PF-CEDAW con otros instrumentos procesales.

3. Análisis comparativo entre el Protocolo Facultativo de la CEDAW y otros mecanismos de exigibilidad contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos

Antes de utilizar este nuevo instrumento sería importante analizar las ventajas de tratar de obtener reparaciones o remedios a violaciones de derechos humanos, del Comité de la CEDAW, en oposición a buscarlas en otros comités, usar otro procedimiento de la ONU, o apelar a una corte o comisión de derechos humanos regional.

Es importante saber que cualquier mujer puede solicitar que su problema de derechos humanos sea atendido por Naciones Unidas o por un mecanismo regional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos o la Comisión Africana de Derechos Humanos y del Pueblo; y muchas así lo hacen cada año. También es importante saber que los mecanismos de queja establecidos para los diferentes tratados están complementados por procedimientos de queja ante el Consejo de Derechos Humanos y la CSW. También es necesario entender que todos estos mecanismos operan con diferentes mandatos y procedimientos. Por ello sería ventajoso hacer una comparación entre ellos antes de decidirse a llevar una comunicación al Comité de la CEDAW.

**Procedimientos Protocolo Facultativo
CEDAW: la Comunicación**



Cuadros producidos por la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Traducidos al español por Ana Elena Obando, para la Campaña Internacional sobre el Protocolo Opcional-Internacional Women's Rights Action Watch-Asia Pacific

EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Procedimientos Protocolo Facultativo CEDAW: la Investigación

Requisitos: Las violaciones deben ser graves o sistemáticas

- Violaciones graves: abusos severos, por ejemplo discriminaciones contra las mujeres ligadas a las violaciones de su derecho a la vida, a su integridad física y mental y a su seguridad (Art.8)
- Violaciones sistemáticas
 - Sistemática se refiere a la escala o persistencia de las violaciones o a la existencia de un plan o política que promueve las violaciones
 - Las violaciones que no llegan al nivel de severidad que implica "grave" pueden ser aún el foco de una investigación, si hay un patrón o si los abusos son cometidos bajo un plan o política que promueve las violaciones de forma implícita o explícita
 - El Comité puede utilizar la investigación para abordar discriminaciones amplias basadas en factores culturales o sociales o en brechas amplias entre la ley y la política que se está implementando
 - Las violaciones de amplia escala, como el tráfico de mujeres para la explotación económica o sexual, pueden ser abordadas más efectivamente a través del procedimiento de investigación, que a través de la serie de comunicaciones de personas o grupos de personas.

Se aplica a los Estados que no han hecho excepción de este procedimiento *

Etapas confidenciales

El Comité recibe información fidedigna que revela violaciones graves o sistemáticas

El Comité invita al Estado a colaborar en el examen de la información y presentar observaciones

El consentimiento y la cooperación del Estado no es obligatoria pero es deseable

- El Comité encarga uno o más de sus miembros para realizar una investigación
- Se considera la información y la respuesta del Estado
- Si se justifica y con consentimiento del Estado se puede hacer una visita al territorio

El Comité hace las investigaciones y recomendaciones con base en toda la "información disponible" y se la presenta al Estado

El Estado debe responder sobre lo que encontró el Comité y sobre las recomendaciones en 6 meses

Información hecha Pública

Seguimiento

- Luego de 6 meses, el Comité podrá invitar al Estado a que le informe sobre las medidas tomadas como resultado de la investigación
- El Comité podrá invitar al Estado que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación en el informe periódico de la Convención cada cuatro años

Las ONGs podrán presentar información en relación con el cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado

Requisito: Debe ser información fidedigna

- Fidedigna: creible
- La credibilidad puede ser evaluada a la luz de factores tales como especificidad, consistencia entre las narraciones, prueba de corroboración, record de credibilidad de la organización en investigación, medios de comunicación imparciales e independientes
- No restricciones en las fuentes de información o el diseño
- Fuentes potenciales de información
- Grupos de mujeres y ONGs
- Otros órganos o expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas
- Narraciones de la prensa o de grupos que trabajan en asistencia humanitaria

Visita in situ con consentimiento del Estado, podría incluir entrevistas con:

- Oficiales del gobierno
- Jueces
- ONGs
- Presuntas víctimas
- Testigos
- Otras personas o grupos con información relevante al caso

* Art.10 permite al Estado exceptuarse (opt out) del procedimiento de investigación cuando ratifica declarando que no reconoce la competencia del Art. 8. Esta declaración puede ser retirada en cualquier momento.

Cuadros producidos por la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York.

Traducidos al español por Ana Elena Obando, para la Campaña Internacional sobre el Protocolo Opcional-Internacional Women's Rights Action Watch-Asia Pacific

La mayoría de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, aún de aquellos derechos que no están explícitamente contemplados en la CEDAW, se podrían presentar ante el Comité de la CEDAW, si se puede probar que la violación tuvo que ver con la discriminación como la define la Convención en su Art. 1. Esta es una de las ventajas para todas las mujeres de usar el PF-CEDAW, sobre otros mecanismos. Sin embargo, para que una comunicación o reclamo sea admisible, el asunto tiene que estar basado en la discriminación sexual o de género y, como se verá en el análisis de los casos, es aconsejable que este tipo de discriminación sea argumentado desde el inicio en la vía interna.

También es importante tomar en cuenta que a los derechos humanos se les da significado concreto y se les llena de contenido a través de las demandas o quejas individuales. De manera que cuando se toma la decisión de llevar una queja ante el Comité de la CEDAW, por ejemplo, se debe pensar no solamente en la reparación para la mujer que sufrió la violación del derecho humano, sino también en el sentido o contenido que se le quiere dar a ese derecho y en cómo esto afectará a todas, o a la mayoría de las mujeres. También es importante tener en mente que, debido a que en la adjudicación de casos individuales las normas internacionales cobran significado concreto, este significado se convierte en guía para los Estados, las ONG y para las personas individuales en el momento de interpretar el contenido de los textos en cuestión.

Como ya se mencionó anteriormente, las mujeres ahora pueden llevar quejas basadas en cuatro tipos de violaciones a los derechos humanos a las Naciones Unidas. Estos cuatro temas son los cubiertos por cuatro de los siete tratados⁴⁰ de derechos humanos considerados principales y son:

40 Los otros cuatro tratados son el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Discriminación sexual, definida en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres;
- Tortura o tratos inhumanos o crueles, definida en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Inhumanos, Crueles o Degradantes;
- Discriminación racial, condenada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; y
- Violaciones a los derechos civiles y políticos, expuestos en el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

Así, cada uno de estos temas debe ser el fundamento para la queja ante el respectivo comité. Si una violación a un derecho de una mujer afrodescendiente, por ejemplo, se debe más a la discriminación racial que a la sexual, es probablemente mejor llevar la queja ante el Comité de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Obviamente que hay muchos casos que podrían llevarse ante cualquiera de estos cuatro comités. Lo importante es saber que, si a nivel nacional lo que se argumentó fue discriminación racial, es preferible llevar la queja ante el Comité que se especializa en este tipo de violaciones y no al Comité de la CEDAW, que requiere que la queja esté fundamentada en la discriminación sexual contra las mujeres, aunque por supuesto, se entiende que está cruzada con otras formas de discriminación.

Es importante tener en mente que el Comité de la CEDAW es probablemente el mecanismo que mejor puede lidiar con asuntos relativos a las diversas manifestaciones de la discriminación contra las mujeres, ya que éste es el único organismo cuasi-judicial internacional especializado en los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que para que el reclamo no sea declarado inadmisibile, es indispensable argumentar por qué el reclamo que se le hace al Comité a través de su PF-CEDAW se fundamenta en la discriminación sexual y cómo éste fue el fundamento de los reclamos que se hicieron a nivel nacional aunque no se haya explicitado. Obviamente,

también hay que dar razones por las cuales no se explicitó la discriminación sexual a nivel nacional. El quinto caso que decidió el Comité es un ejemplo claro de este requisito, como se verá en el análisis respectivo.

Cada uno de estos tratados establece un comité cuasi-judicial que, de acuerdo al tratado mismo o a un protocolo, puede recibir quejas, o como en el caso del PF-CEDAW, también hacer investigaciones. Los mecanismos de queja están diseñados de manera simple y accesible. Se supone que no es necesario ser abogada o tener conocimientos de términos legales o técnicos para presentar una queja ante las entidades competentes. Esta es otra de las ventajas de usar el PF-CEDAW en vez de una de las cortes o comisiones regionales de derechos humanos, que tienen procedimientos mucho más complejos y sí requieren experticia legal.

Desafortunadamente, aunque los cuatro procedimientos que menciono intentan ser simples dentro de lo posible, siempre es necesario saber el significado de varios términos legales que se encuentran en los instrumentos mismos. Además, todos tienen requisitos de admisibilidad que pueden ser muy confusos para una persona que no es abogada. Por ejemplo, todos requieren agotar la vía interna para que un reclamo sea admisible y lo que se entiende por eso no es simple. Sin embargo, tampoco es imposible de entender, por lo que es aconsejable buscar jurisprudencia de cortes y comités internacionales sobre lo que constituye agotar la vía interna. También es aconsejable leer sobre los criterios de admisibilidad de los distintos comités y muy importante también, leer lo que dicen los Estados con respecto a la admisibilidad para poder refutar lo que probablemente dirán (se recomienda buscar la información en las páginas web de cada uno de los cuatro tratados que se han mencionado).

Aunque existen algunas diferencias de procedimiento entre los cuatro mecanismos que se mencionaron arriba, su diseño y operación son muy similares. Antes de presentar una queja ante cualquiera de los cuatro comités mencionados, hay que cerciorarse de que solamente se puede presentar queja contra un Estado que llene condiciones. Primero, debe ser parte del tratado en cuestión, debe haber ratificado, o, de alguna otra

manera, aceptado el tratado. Segundo, el Estado Parte deberá haber reconocido la competencia del comité establecido bajo su respectivo tratado, para recibir quejas de personas individuales. En el caso del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la CEDAW, un Estado reconoce la competencia de un comité cuando se hace parte de un tratado separado: el Primer Protocolo al Pacto o el Protocolo Facultativo de la CEDAW, respectivamente. En el caso de la Convención contra la Tortura y la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, los Estados reconocen la competencia del Comité al declarar sobre ese efecto bajo un artículo específico de la Convención, el Art.22 y el Art.14, respectivamente.

Otro asunto que se debe analizar antes de hacer un reclamo a cualquiera de los cuatro comités es lo relacionado con el agotamiento de la vía interna de reparación en el Estado Parte. Todos exigen que el tema debió haberse tratado en la vía interna antes de poder llevarlo a la internacional y por eso se decía más arriba que no se puede llevar un caso al Comité de la CEDAW, por ejemplo, si a nivel nacional no se agotaron todas las posibilidades de conseguir reparación por una violación basada en la discriminación sexual. Por supuesto, si en el país no hay posibilidad de agotar la vía interna, ya sea porque no existe, o porque es demasiado prolongada en el tiempo, o porque ya se sabe el resultado que dará, el caso puede llevarse a la vía internacional. Eso sí, hay que argumentar muy bien y probar por qué no se pudo agotar la vía interna.

Otro tema muy importante, relacionado con la admisibilidad de un reclamo, es la necesidad de probar que la violación basada en alguno de los cuatro temas que se señalaron, ocurrió antes de la entrada en vigor para el Estado en cuestión, del procedimiento de queja. También serán admisibles casos donde los efectos de la violación continúan, o continuaron, después de la entrada en vigor del respectivo procedimiento. Para esta segunda hipótesis es aconsejable presentar jurisprudencia y también argumentar con artículos académicos y científicos por qué se considera que los efectos continúan, como sucedió en el caso tercero que se analiza en este documento.

También se debe tener conciencia de que cada comité y también las cortes de derechos humanos, en donde las hay, tienen la potestad de tomar acciones inmediatas en casos en los cuales, de no hacerse así, se sufrirían daños irreparables antes de que el caso sea analizado siguiendo su curso usual. La base para tal acción interina es diferente para cada mecanismo, pero la característica común es que el mecanismo en cuestión podría, en cualquier etapa antes de que el caso se analice, hacer una petición para que el Estado emita una orden para prevenir cualquier daño irreparable. Generalmente, tales solicitudes se emiten para prevenir acciones que no se pueden deshacer después. Por ejemplo, para impedir la deportación de una mujer que enfrenta peligro de muerte en manos de su marido violento; o le espera la mutilación genital, el matrimonio forzado o la esclavitud sexual si ella es regresada a su país; o para pedirle al Estado que provea a una mujer el tratamiento médico necesario si su vida peligra sin él. De creer que se necesita un mecanismo que acepte la solicitud de medidas interinas, es aconsejable tener claridad sobre cuál tipo de medidas se requieren, para escoger el correcto. Para esto es importante identificar, antes de acudir a un determinado comité o corte, qué medidas se necesitan para el caso en cuestión y averiguar las medidas que cada comité o corte ha emitido en el pasado (dicha información se encuentra disponible en las páginas web correspondientes).

Antes de decidir llevar un reclamo ante alguno de estos cuatro comités, sería importante formarse una idea de qué considera cada uno de los cuatro comités que es el alcance de los derechos contenidos en el comité bajo su responsabilidad. Para esto se puede ver cada una de las decisiones previas de cada comité, sus “Comentarios Generales” (la CEDAW les llama Recomendaciones Generales), que amplían el significado de diferentes artículos, y sus Observaciones Finales a los informes periódicos emitidos por los Estados Parte del tratado en cuestión (se puede tener acceso a éstos mediante la página web de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, a través de la base de datos de las normas del tratado).

Antes de tomar la decisión de ir a uno u otro comité (en aquellos casos en donde se pueda ir a más de uno), se debe

tener claridad sobre qué tipo de remedio se busca y analizar si es posible para el comité ofrecerlo. Es importante recordar que ninguno de los comités puede ofrecer reparaciones que sean legalmente vinculantes, ni puede condenar a un Estado, ni hacer cumplir legalmente sus recomendaciones. Lo que pueden hacer es ofrecerle al Estado una opinión sobre los remedios o reparaciones que se le pueden proveer a la víctima de una violación a sus derechos. De manera que, aunque las cortes pueden ordenar reparaciones o remedios que son legalmente vinculantes, en muchas instancias podría ser mejor llevar la demanda a un comité, ya sea porque no hay una corte o comisión regional, o porque el procedimiento en el comité es menos formal y habrá más oportunidad de obtener una reparación o recurso remedial.

Debido a que el PF-CEDAW ha resuelto tan pocos casos, aún cuando se trate de un caso de discriminación sexual que se va a llevar al Comité de la CEDAW, sería buena idea revisar las decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por ejemplo en las respuestas a quejas hechas ante el Protocolo del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Éstas pueden ofrecer más información sobre los tipos de recomendaciones que se pueden esperar en respuesta a comunicaciones bajo el PF-CEDAW. A la fecha, las acciones recomendadas por el Comité de Derechos Humanos incluyen, entre otras: que se haga una investigación pública para establecer la verdad (*establish the facts*), que se inicien procedimientos judiciales o/y policiales contra los perpetradores, que se establezcan garantías de que la violación no se repetirá, promulgación o reformas a leyes, pago de indemnizaciones, cuidado y tratamiento médico, etc.

Una razón importante para utilizar el PF-CEDAW es el hecho de que las recomendaciones del Comité pueden ser usadas, tanto por el mismo Comité como por las activistas de derechos humanos, para ampliar y concretar el significado de cada uno de los artículos de la CEDAW y para aclarar las obligaciones de los Estados. Dado que la CEDAW y el PF-CEDAW son los únicos mecanismos de reclamo específicos de las mujeres, esto es de suma importancia, tanto para el desarrollo legal de los derechos

de las mujeres en los ámbitos internacionales y nacionales, como para la implementación de políticas dirigidas a la eliminación de la discriminación contra las mujeres.

Otra razón importante para llevar reclamos bajo el PF-CEDAW es que la jurisprudencia o recomendaciones del Comité de la CEDAW se pueden utilizar en la defensa de casos nacionales. En este sentido, tanto la jurisprudencia como las recomendaciones pueden usarse de manera persuasiva en las cortes y mecanismos nacionales, de manera que, con el pasar del tiempo, esta jurisprudencia se vaya haciendo legalmente vinculante a partir de una decisión de una corte cuyas decisiones sean vinculantes. Esto no significa que existan mecanismos legales mediante los cuales se pueda obligar a los Estados a implementar las recomendaciones del Comité de la CEDAW o de cualquiera de los otros comités. Sin embargo, en la práctica, el peso moral y político de las opiniones de los órganos de tratados de derechos humanos, incluido el Comité de la CEDAW, a menudo ha probado ser suficiente para persuadir a los Estados de implementar sus opiniones y recomendaciones a nivel nacional. Obviamente, esto ha sucedido en el pasado siempre que ha existido un grupo de personas organizadas que han estado monitoreando los procedimientos y han presionado al Estado para que implemente las recomendaciones de los distintos comités.

Lo que nunca hay que olvidar es que cuando un Estado ratifica la CEDAW, se compromete a respetar, proteger y garantizar los derechos de ahí en adelante. Por lo tanto, una recomendación del Comité de la CEDAW se puede usar para crear conciencia y para movilizar a las mujeres para que demanden esos derechos que el Estado se ha comprometido a defender.

Otra razón para utilizar más el PF-CEDAW es enviar un mensaje claro a aquellos Estados que no lo han ratificado de que, aún sin la ratificación, no se pueden sustraer a las obligaciones que ya han asumido al ratificar la CEDAW. Esto porque se pueden usar las recomendaciones dadas a un Estado que sí ha ratificado la CEDAW, para movilizar a las mujeres de otro que no lo ha ratificado, con el fin de exigirle a ese Estado no ratificante que cumpla con las obligaciones concretas que se encuentran en la

CEDAW. Cuando en sus recomendaciones el Comité hace una interpretación de una obligación estatal contenida en un artículo de la CEDAW, esa interpretación puede ser utilizada por un grupo de mujeres de un Estado no ratificante para exigirle a ese Estado que cumpla con esa obligación, pues a pesar de que las recomendaciones se hacen dentro de un contexto específico para un Estado en particular, muchas de ellas son de carácter general.

Por ejemplo, en el segundo caso que se analiza en esta publicación, el Comité hizo recomendaciones específicas en cuanto a que la obligación del Estado húngaro con respecto a la eliminación de la discriminación sexual, contiene la obligación de eliminar la violencia basada en el género contra las mujeres, e hizo recomendaciones específicas en ese sentido. Es totalmente posible que mujeres de otros Estados utilicen la recomendación de capacitar a jueces y policías en el tema de la violencia contra las mujeres, por ejemplo, para insistirle a funcionarios del poder judicial de su Estado en que su obligación de eliminar la discriminación sexual exige que se implemente esta medida también.

Por último, como el PF-CEDAW contiene dos procedimientos, y aunque el uno no excluye al otro, en algunos casos puede ser necesario elegir entre el Procedimiento para Comunicaciones y el Procedimiento de Investigaciones. Esto porque un procedimiento puede ser más apropiado que el otro para facilitar el objetivo global según los hechos específicos que conforman la presunta violación, el resultado que se espera obtener del procedimiento y los recursos disponibles. A la fecha, el Comité sólo ha hecho una investigación, a México, con lo que no es fácil predecir cuál es el patrón de conducta que seguirá en estos casos, pero es aconsejable leerla antes de tomar la decisión de optar por este procedimiento.

En todo caso, es importante saber que mientras que ciertas violaciones afectan solamente o principalmente a sus víctimas, otras pueden dar lugar a violaciones de mayor escala o bajo un patrón que será mejor comprendido y tratado por el Comité bajo el mecanismo del *Procedimiento de Investigaciones*. Este

procedimiento puede proporcionar un mejor foro para que el Comité pueda desafiar con eficacia los patrones socio-culturales que conducen a las violaciones y formular recomendaciones que sean integrales y traten las cuestiones estructurales de la discriminación basada en el género.

Por otro lado, cuando los hechos revelan violaciones que afectan a más de una víctima pero no revelan un patrón de violaciones, o donde las personas buscan una indemnización personal específica, el *Procedimiento de Comunicación* puede ser la ruta más apropiada.

El objetivo final de “recurrir a la vía internacional” es movilizar apoyo y promover cambios que a corto plazo permitirán al Estado implementar remedios por las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y, a largo plazo, podrán impedir que se den más violaciones. Por esta razón, recurrir a los procedimientos internacionales de derechos humanos debe contextualizarse como una estrategia de múltiple vía hacia el logro de los derechos humanos de las mujeres. Por lo tanto, es recomendable tomarse un tiempo para reflexionar sobre el impacto potencial que los procedimientos internacionales, tales como el Procedimientos de Comunicación y el Procedimiento de Investigación del PF-CEDAW, pueden tener.

Para ayudar a las abogadas feministas a litigar en la vía internacional, IWRAW (*International Women’s Rights Action Watch*) de Asia Pacífico ha recopilado un número de casos que utilizan e interpretan tratados internacionales de derechos humanos. Éstos han sido escogidos según su pertinencia en cuestiones de igualdad de género. Además, todos comparten un resultado positivo para los derechos y la igualdad de las mujeres.

4. Los diez casos presentados bajo el Protocolo Facultativo de la CEDAW

A la fecha de la conclusión de este artículo, setiembre de 2008, el Comité había resuelto 10 casos individuales y una investigación. En lo que sigue se hace un análisis de los diez

primeros casos⁴¹ (presentados al Comité bajo la denominación de “comunicaciones”) con el objetivo de sacar algunas lecciones para aumentar y mejorar la utilización del PF-CEDAW por las mujeres de América Latina y el Caribe.

Para ayudar a su comprensión se ha dividido el análisis de acuerdo a cinco elementos: 1) Los hechos expuestos por la persona autora;⁴² 2) La denuncia; 3) En cuanto a la admisibilidad; 4) En cuanto al fondo; 5) Decisión del Comité; y 6) Lecciones. No todos los casos tienen el mismo detalle de análisis porque, por ejemplo, en algunos la discusión se centró más en aspectos de admisibilidad que en los asuntos de fondo. Sin embargo, para facilitar la lectura, todos los casos fueron divididos de acuerdo a estos cinco elementos. En relación con los distintos aspectos se presenta un resumen de los casos a partir del texto original de las comunicaciones. En los dos primeros casos se incluyen más detalles en cuanto al análisis sobre la admisibilidad, que no se hace en otros, porque los argumentos en pro y en contra son similares y el objetivo del análisis de estos casos no es tanto conocer cada uno en todos sus detalles, sino más bien extraer algunas lecciones para el futuro uso del Protocolo Facultativo.

4.1. Comunicación Nº 1/2003, Sra. B.-J. contra Alemania

La comunicación fue hecha el 20 de agosto del 2002 y fue declarada inadmisibile el 14 de Julio del 2004. En esta comunicación la autora alegó que el divorcio planteado por su ex esposo la había afectado negativamente en lo económico.

41 Se han ordenado las comunicaciones con la numeración con que aparecen en sus expedientes, aunque se están analizando sólo diez casos, el último tiene el número 11. Debido a que el expediente 9 todavía no había salido a la luz pública en setiembre del 2008, la numeración de las comunicaciones pasa del número 8 al 10 sin incluir el número 9.

42 Debe aclararse que “autora” o “personas autoras” se refiere, en las comunicaciones, a quien ha elaborado la queja presentada ante el Comité, no se refiere a la autora de este libro.

4.1.1. Los hechos expuestos por la autora

En 1969 la autora contrajo matrimonio y tuvo tres hijos entre esa fecha y 1981. Aunque había cursado estudios de enfermería, la autora y su marido acordaron que ella se ocuparía de la casa durante el matrimonio y no seguiría estudiando para permitir que su marido prosiguiera su carrera.

En 1984 la autora quiso continuar sus estudios, pero su marido le pidió que no lo hiciera y que le apoyara en un período en el que atravesaba dificultades profesionales. Hacia 1998 las dificultades del marido de la autora se habían solucionado y ella, de nuevo, quiso continuar sus estudios, pero su marido solicitó el divorcio.

En la separación, la autora y su esposo acordaron ante un tribunal de familia que él le abonaría 973 marcos alemanes por mes como pensión compensatoria, 629 marcos por mes para su hijo menor y 720 marcos para pagar la hipoteca de la vivienda en la que la autora seguía viviendo.

El divorcio se concretó definitivamente el 28 de julio de 2000. Aunque como parte de éste se resolvió la cuestión de la equiparación de las pensiones, no se adoptó ninguna decisión relativa a la distribución equitativa de los bienes acumulados y la pensión compensatoria tras la disolución del matrimonio.

El 10 de julio de 2000, la autora presentó una demanda ante el Tribunal Constitucional Federal en la que alegaba que las disposiciones relativas a la Ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio violaban su derecho constitucional a la igualdad, protegido en el Art. 3 de la constitución alemana. El 30 de agosto de 2000, el Tribunal Constitucional Federal decidió no dar curso a la demanda.

En abril de 2004, el Tribunal de Göttingen concedió a la autora una manutención de 280 euros por mes, con efectos retroactivos a agosto de 2002, la fecha en que su esposo había dejado de pagar la pensión compensatoria acordada en la separación. La autora apeló la decisión.

La autora también escribió en diferentes ocasiones al Ministerio Federal de Justicia y al de Asuntos de la Mujer, en

las que alegaba desprecio hacia el matrimonio y la familia y discriminación en función del género por parte de los tribunales. A la fecha de la comunicación continuaban las actuaciones relativas a la pensión compensatoria tras el divorcio y a la distribución equitativa de los bienes acumulados.

4.1.2. La denuncia

La autora alegó que fue víctima de discriminación de género, en conformidad con las disposiciones relativas a la ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio (distribución equitativa de los bienes acumulados, equiparación de las pensiones y pensión compensatoria tras la disolución del matrimonio) y que, desde entonces, se ha visto afectada por esas disposiciones. En su opinión, dichas disposiciones discriminan sistemáticamente a las mujeres mayores que se divorcian después de muchos años de matrimonio.

Entre otras afirmaciones, que no viene al caso transcribir, la autora afirmó que agotó todos los recursos nacionales cuando el Tribunal Constitucional decidió no aceptar que se examinara su demanda.

4.1.3. En cuanto a la admisibilidad

Según el Estado Parte, la comunicación era inadmisibles por falta de motivo en virtud del Art. 2 del Protocolo Facultativo, ya que sólo pueden presentar demandas las *víctimas*, que tienen que demostrar que ellas mismas se han visto afectadas por una violación de la ley. El Estado hizo una serie de observaciones técnicas de por qué la autora no había demostrado ser víctima de la Ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio que no viene al caso incluir aquí ya que el Comité declaró inadmisibles la comunicación basado en otros argumentos.

El Estado Parte alegó también inadmisibilidad por falta de fundamento suficiente que hacía que fuera imposible examinar si, en el caso de la autora, se violaron los derechos consagrados en la Convención y, en caso afirmativo, qué derechos se violaron.

El Estado Parte alegó además, sólo como medida de precaución y pese a la inadmisibilidad por falta de motivo, que

no se habían agotado los recursos nacionales, que, en este caso, serían la interposición, en la forma adecuada, de una demanda constitucional porque el Estado alegó que la demanda que la autora presentó no fue admisible.

El Estado Parte alegó asimismo que al momento de la comunicación sólo se había acordado junto con el divorcio la cuestión de la equiparación de las pensiones. Insistió en que la autora había restringido su apelación contra la sentencia de divorcio únicamente al propio pronunciamiento sobre el divorcio pero no había incluido la equiparación de las pensiones en la revisión del tribunal de apelación, lo que habría sido admisible y razonable. Según el Estado, el hecho de que no se hubiera formulado una apelación necesaria y razonable, debería ocasionar la inadmisibilidad de una demanda en virtud del párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo.

En lo que concierne a la inadmisibilidad por razón del tiempo, el Estado Parte afirmó que los hechos que constituían el objeto de la demanda se produjeron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en Alemania. A ese respecto, el Estado Parte alegó que, puesto que el proceso de divorcio constituía el único objeto de la demanda y hasta ahora sólo se había emitido un fallo definitivo y concluyente, junto con el divorcio, sobre la equiparación de las pensiones, el elemento decisivo para la inadmisibilidad por razón del tiempo es la fecha en que ese fallo fue definitivo, es decir, el 28 de julio de 2000. El Protocolo Facultativo entró en vigor en Alemania el 15 de abril de 2002.

La autora rechazó el argumento del Estado Parte relativo a la inadmisibilidad por falta de motivo señalando que desde su divorcio seguía viéndose afectada personal y directamente por la Ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio. Mantuvo que no sólo le afectan los fallos del tribunal de familia, sino también la discriminación en el proceso jurídico debido especialmente a la falta de regulación por parte del legislador de las consecuencias del divorcio de conformidad con el párrafo 2 del Art. 3 de la Constitución, con el fin de que no se produzca ninguna discriminación ni desventaja. A ese respecto, presentó su demanda constitucional de manera específica contra una omisión por parte del legislador.

La autora afirmó que la *equiparación* concreta de los pagos por concepto de pensiones conseguida en un divorcio es irrelevante, ya que las desventajas discriminatorias no hacen más que comenzar, y continúan después del divorcio. En su caso concreto, como su marido presentó la demanda de divorcio en mayo de 1999, quedaron congelados los 500 euros mensuales de su pensión de vejez. Si no se hubiera dedicado a atender las necesidades de su marido y de su familia, habría acumulado para su pensión de vejez entre 47.000 euros (de haber seguido casada) y 94.000 euros (en caso de tener sus propios ingresos).

En lo que respecta al agotamiento de los recursos nacionales, la autora sostuvo que planteó su demanda constitucional contra las consecuencias jurídicas del divorcio porque, en su caso concreto, se habían infringido los párrafos 2 y 3 del Art. 3 de la Constitución y no la presentó únicamente contra las consecuencias jurídicas del divorcio *en general*. Su demanda no se dirigía contra una ley *en general*, sino más bien contra la discriminación que ésta conlleva y contra la omisión del legislador de eliminar la discriminación y desventaja que experimentan las mujeres divorciadas, lo que le afectaba a ella directamente.

La autora alegó también que se le había denegado en varias ocasiones la ayuda financiera solicitada para hacer frente a los procesos judiciales, debido a las escasas probabilidades de éxito de dichos procesos, y los tribunales no habían tenido en cuenta hechos familiares y matrimoniales. La falta de ayuda le impidió utilizar recursos nacionales a causa de las limitaciones económicas.

La autora reiteró que en agosto de 2003 no se había emitido ningún fallo judicial relativo a la pensión compensatoria tras la disolución del matrimonio. Aunque había recibido pagos mensuales de 497 euros por concepto de pensión compensatoria, a partir de agosto de 2002, dichos pagos dejaron de hacerse efectivos, después de un proceso judicial largo y dificultoso que se decidió en su contra. La autora alegó que, aunque apeló contra la decisión, no abrigaba esperanzas de que los tribunales examinaran sus problemas.

En relación con los argumentos del Estado Parte sobre la inadmisibilidad por razón del tiempo, la autora señaló que, aunque la sentencia de divorcio fue definitiva en julio de 2000, seguía viéndose directamente afectada por las disposiciones discriminatorias de la Ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio porque todas las medidas que tomó la autora, como la demanda constitucional y trámites ante ministerios, no dieron resultado. Por tanto, seguía siendo víctima de discriminación, desventaja y humillación ante los tribunales.

Observaciones adicionales del Estado Parte sobre la admisibilidad en virtud de una solicitud del Comité

En este caso el Grupo de Trabajo del Comité que estudia las comunicaciones presentadas conforme al Protocolo Facultativo pidió al Estado algunas aclaraciones sobre la admisibilidad que se refieren específicamente a la admisibilidad de la demanda de la autora ante el Tribunal Constitucional Federal debido a que la admisibilidad o no de esta demanda afecta la decisión sobre si la autora agotó la vía interna. Según el Estado, la autora no agotó la vía interna porque no recurrió a todas las instancias previas antes de dirigirse al Tribunal Constitucional Federal.

El Estado Parte alegó también que, en el proceso relativo a la equiparación de los bienes acumulados, todavía se estaba estudiando la solicitud presentada por la autora el 8 de septiembre de 2003 para contar con asistencia letrada y para que se le asignara un abogado. Explicó además que la solicitud seguía pendiente debido a las peticiones posteriores de la autora en las que solicitaba la inhabilitación del juez y alegaba conflicto de intereses en el proceso sobre la ayuda del esposo.

El Estado Parte concluyó diciendo que la autora no había agotado los recursos jurídicos nacionales cuando interpuso la demanda constitucional general contra la Ley sobre las consecuencias del divorcio y que esa era una de las razones por las cuales el Tribunal Constitucional Federal había considerado inadmisibile la demanda constitucional.

Por último, el Estado Parte argumentó que no bastaba simplemente citar publicaciones científicas para justificar una

demanda constitucional ni para sostener de manera general, como hizo la autora, que la equiparación de los bienes acumulados, el reparto de las pensiones y la Ley sobre la ayuda del cónyuge, tal como están establecidos, son contrarios a la Constitución.

El Estado hizo hincapié en que sólo una demanda de inconstitucionalidad interpuesta con arreglo a la ley cumple los requisitos previos de agotamiento de los recursos jurídicos y que por lo tanto, la comunicación de la autora era inadmisibles en virtud del párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo.

Observaciones adicionales de la autora sobre la admisibilidad

A estas observaciones adicionales la autora decidió agregar algunos elementos más sobre la admisibilidad de su comunicación empezando por la afirmación de que, en relación con el juicio de divorcio visto en primera instancia en 1999, sí se incluyó también la equiparación de las pensiones porque es un requisito jurídico en virtud del Art. 1587 del Código Civil, sobre la base de una fórmula descrita en el documento que había presentado anteriormente. La autora insistió en que esa presunta equiparación justa es muy injusta, desigual y discriminatoria, ya que en ella no se tienen en cuenta las consecuencias postmatrimoniales de la división del trabajo y los acuerdos alcanzados durante el matrimonio. En su caso concreto, el ex marido recibirá una pensión considerablemente más elevada que la cantidad fijada en la equiparación de las pensiones. Por otra parte, cabían serias dudas acerca de si ella podría percibir el importe fijado, cuándo podría hacerlo y hasta qué punto.

La autora alegó también que, pese a su insistencia en acelerar los trámites, las cuestiones relativas a la ayuda después del matrimonio y a la equiparación de los bienes acumulados no se trataron ni en el juicio de divorcio ni en la apelación contra éste, que el tribunal de apelación denegó el 23 de mayo de 2000.

En lo que concierne al agotamiento de los recursos, la autora mantuvo que, contrariamente a lo que opinó el Estado, no era necesario apelar por separado contra la equiparación de las

pensiones, ya que ésta forma parte de la sentencia de divorcio. Contrariamente a la afirmación del Estado Parte, dicho recurso separado de apelación, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecida, no era necesario ni estaba previsto, ya que la normativa para la equiparación de las pensiones es, en virtud del Art. 1587 del Código Civil, una disposición jurídica sin ambigüedades, y una revocación del divorcio habría dado lugar automáticamente a la revocación de la equiparación de las pensiones. Por tanto, la autora afirmó que su demanda constitucional era admisible y estaba justificada también contra la equiparación por ley de las pensiones sin que se hubieran agotado anteriormente los recursos en los tribunales de primera instancia. La decisión del Tribunal Constitucional de no dar curso a su demanda se refería igualmente a la parte B de ésta, es decir, la demanda contra la equiparación por ley de las pensiones. La autora reiteró que no interpuso su demanda constitucional de manera general contra las consecuencias jurídicas del divorcio sino más bien contra la omisión del legislador de eliminar los elementos que eran discriminatorios y desfavorables para las mujeres divorciadas. Como consecuencia, la autora alegó que su demanda era admisible asimismo en relación con la equiparación por ley de las pensiones en virtud del párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo, ya que se habían agotado los recursos nacionales con la demanda constitucional admisible a la que el Tribunal Constitucional no le dio curso.

La autora alegó que, contrariamente a las afirmaciones del Estado y en relación con su demanda constitucional por haberse infringido los párrafos 2 y 3 del Art. 3 de la Constitución, no era necesario el agotamiento de los recursos ante los tribunales debido a que en el párrafo 2 del Art. 3 se aclara la instrucción explícita de la Constitución relativa al contenido y el ámbito de la obligación de legislar que compete al legislador. La autora insistió en que su demanda era admisible según lo dispuesto en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo, ya que no era necesario agotar los recursos ante los tribunales y los recursos nacionales se habían agotado con la demanda constitucional admisible a la que, sin embargo, no se le había dado curso.

4.1.4. En cuanto al fondo

La autora alegó que en la explicación del Estado Parte sobre las disposiciones jurídicas que rigen los efectos del matrimonio y sobre los derechos y las obligaciones de los esposos, así como las relativas al divorcio y a sus consecuencias jurídicas, no se describe la continua discriminación y desventaja de las personas que tienen derecho a la equiparación en los procesos de divorcio y que generalmente son mujeres. Señaló que en Alemania las estructuras sociales garantizan que, en general, los hombres avancen profesionalmente durante el matrimonio, mientras que las mujeres tienen que interrumpir sus carreras y progresos profesionales debido a que asumen permanentemente la principal responsabilidad de la familia y de la educación de los hijos, lo que las sitúa en una desventaja evidente, especialmente tras la separación o el divorcio. Sin embargo, en la Ley sobre las consecuencias jurídicas del divorcio no se tiene suficientemente en cuenta, o no se considera en absoluto, esa realidad fundamental en los ámbitos de la sociedad, la familia y el matrimonio ni las diferencias a las que da lugar cuando se produce el divorcio. En particular, ese es el caso de las mujeres de edad divorciadas que han postergado sus propias carreras durante el matrimonio.

Alegó también que se ha vuelto extremadamente difícil hacer efectivas las demandas sobre divorcios, ya que los tribunales generalmente hacen caso omiso de los acuerdos establecidos dentro del matrimonio y de las situaciones familiares en detrimento de la mujer, y las disposiciones relativas a la equiparación se supeditan a la conducta adecuada de ésta durante el matrimonio y tras el divorcio, con lo que se somete a la mujer a un rígido control social ejercido por el ex marido y los tribunales. Sin embargo, la conducta inadecuada de un marido no está sujeta a ningún tipo de sanción. La autora argumentó que dicha discriminación y desventaja de las mujeres divorciadas sólo era posible a causa de una legislación insuficiente e imprecisa.

En relación con su demanda constitucional sobre la decisión del 30 de agosto de 2000, la autora hizo referencia a los extensos documentos que presentó con antelación y confirmó que sigue

existiendo el carácter discriminatorio de las consecuencias jurídicas del divorcio.

El Estado Parte concluyó diciendo que la reclamación de la autora en el sentido de que la legislación alemana sobre las consecuencias jurídicas del divorcio la haya desfavorecido económicamente en comparación con su ex esposo no fue fundamentada porque una referencia global a los estudios sobre las presuntas desventajas económicas de las mujeres divorciadas no bastaba al respecto.

4.1.5. Decisión del Comité

El Comité decidió que la comunicación era inadmisibles por dos razones: Primero, porque la autora no presentó argumentos convincentes para aceptar el hecho de que su demanda no se basaba en los diferentes procesos relativos a la distribución equitativa de los bienes acumulados y a la pensión compensatoria tras la disolución del matrimonio que todavía estaban pendientes, ni demostró que fueran injustificadamente largos o que no se pudieran reparar los derechos lesionados. Por lo tanto, esas demandas eran inadmisibles en virtud del párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo por no haberse agotado la vía interna. Y segundo, porque en la medida en que se referían a la equiparación de las pensiones, los hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del PF-CEDAW en el Estado Parte, de manera que quedó descartada por razón del tiempo la posibilidad de examinar la parte de la comunicación que hace referencia a la equiparación de las pensiones.

**Opinión individual de las personas miembros del
Comité, Krisztina Morvai y Meriem Belmihoub-
Zerdani (opinión discrepante)**

Dos expertas del Comité no estuvieron de acuerdo con declarar inadmisibles esta comunicación debido a que, si bien la mayor parte de la reclamación relativa al divorcio y la decisión sobre la equiparación de las pensiones del 28 de julio de 2000 era inadmisibles por razón de tiempo, la reclamación separada sobre las actuaciones en curso relativas a los bienes acumulados y la pensión compensatoria, según ellas, sí reunían los criterios de admisión.

En este sentido recordaron que de conformidad con el Protocolo Facultativo, y como regla general, deben agotarse los recursos de la jurisdicción interna *salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde como resultado un remedio efectivo*. Según su criterio, los recursos de la jurisdicción interna deben evaluarse caso por caso para determinar si se prolongan injustificadamente, y en este caso, si las actuaciones sobre la pensión compensatoria y los bienes acumulados continuaban desde hacía cinco años.

Las expertas disidentes recordaron que si bien en abril de 2004 el Tribunal de Göttingen concedió a la autora una pensión compensatoria de 280 euros al mes, con efectos retroactivos a agosto de 2002, la decisión sobre la pensión compensatoria no era definitiva debido a que la autora la había apelado. Tampoco se había llegado a una decisión final sobre la equiparación de los bienes acumulados. Dos años después de que el Estado Parte ratificara el Protocolo Facultativo, continuaban esas actuaciones.

Según las expertas disidentes el fondo de las actuaciones de este caso era básicamente *la determinación y concesión de fuentes financieras o materiales de supervivencia para la autora*, quien había dedicado toda su vida adulta al trabajo no remunerado en la familia, mientras que su esposo, del que dependía financieramente, había avanzado en su carrera y sus ingresos. Las disidentes recordaron que después del divorcio

la situación de la autora era muy incierta ya que en ocasiones recibía una compensación y en otras no recibía nada.

Consideraron que los tribunales internos deberían haberle concedido una pensión decente hacía tiempo y manifestaron que:

“Un sistema jurídico y judicial que puede dictar sentencia en sólo un año en un juicio por divorcio después de 30 años de matrimonio podría muy bien finalizar las actuaciones sobre la pensión compensatoria (y los bienes acumulados) con la misma rapidez y eficacia. Para una mujer mayor que ha criado a tres hijos y ha trabajado en beneficio de su marido durante tres decenios, vivir en esa incertidumbre cinco años después del divorcio es inaceptable y es una seria violación de sus derechos humanos. A nuestro juicio, en todas las circunstancias del caso, los recursos de la jurisdicción interna se han *prolongado injustificadamente*. Además, la norma general del párrafo 1 del Art. 4 relativa a la necesidad de agotar todos los recursos de la jurisdicción interna no se aplica en este caso, sino la excepción a la norma de prolongación injustificada”. [Las itálicas no son del original.]

(Firmado) Krisztina Morvai

(Firmado) Meriem Belmihoub-Zerdani

4.1.6. Lecciones

Como se desprende de este primer caso, a la autora le fue denegada su queja por razones puramente procedimentales, lo que recuerda que debe ponerse mucha atención a todos los temas relacionados con la admisibilidad de los casos en la vía internacional. Para ello, es importante revisar la jurisprudencia de otros comités o de las cortes regionales e incluirlas en las argumentaciones.

Sin embargo, en este caso en particular, es pertinente preguntar por qué el Comité no consideró la comunicación parcialmente admisible ya que la queja no se basaba solamente en la equiparación de las pensiones sino también en otras consecuencias jurídicas del divorcio, como lo sugiere el voto salvado de las dos expertas Morvai y Belmihoub-Zerdani. Si

bien podría ser cierto que la queja con respecto a la equiparación de las pensiones era inadmisibles, la queja con respecto a la distribución equitativa de los bienes acumulados y la pensión compensatoria sí eran admisibles de conformidad con el Art. 4 e) porque sus efectos continuaban produciéndose después de la entrada en vigor del PF-CEDAW para el Estado Parte.

Es cierto que se comprobó que los procedimientos internos en cuanto a estos dos reclamos (sobre los bienes acumulados y la pensión compensatoria) no tenían aún una sentencia definitiva, pero sí quedó claro que llevaban más de cinco años. Y si también es cierto que cinco años no siempre se pueden entender como una prolongación injustificada de los trámites judiciales, lo que hubiera permitido no tener que agotar la vía interna, se puede opinar junto con las dos expertas disidentes, que en este caso sí debió aplicarse esta justificante, ya que el fondo de las actuaciones era básicamente la determinación y concesión de fuentes financieras o materiales de supervivencia para la autora, por lo que cinco años sin esas fuentes resulta un tiempo demasiado largo. Especialmente después de que la autora le dedicó tres décadas de su vida exclusivamente a las labores no remuneradas de la familia y después del divorcio no tenía muchas posibilidades de encontrar trabajo remunerado por ser considerada una mujer mayor.

El Comité pudo haber admitido este caso en cuanto a la distribución equitativa de los bienes acumulados y la pensión compensatoria aunque no se había agotado la vía interna. Tanto el mismo PF-CEDAW, como por regla general del derecho internacional, permiten que no se agote la vía interna cuando hay una prolongación injustificada de los trámites internos. En este sentido es preocupante que la mayoría haya declarado inadmisibles este caso porque: “la autora no ha argumentado de manera persuasiva para lograr la admisibilidad que los procesos hayan sido injustificadamente largos”. Es preocupante porque ésta es una interpretación del párrafo 1 del Art. 4 que no está conforme a la jurisprudencia internacional en cuanto a quién tiene la carga de la prueba en cuanto a demostrar que los procedimientos han sido injustificadamente largos, o no. Porque según los principios y la jurisprudencia que informan este tema, la autora no tiene que

probar esto que se desprende de los hechos mismos del reclamo, como lo argumentan las expertas disidentes.

Afortunadamente, como la decisión sobre si se ha agotado la vía interna debe hacerse caso por caso, se puede tener fe en que el Comité será tan sensible a las condiciones específicas de género y edad en cuanto al agotamiento de la vía interna como lo es cuando está en el diálogo constructivo con los Estados. Es de esperarse que en el futuro el Comité tenga más presente la situación de las mujeres adultas mayores que han dedicado toda su vida al matrimonio por mandato social y no pretendan que éstas deben agotar la vía interna cuando esto significa que deben esperar varios años sin una entrada financiera periódica y fiable.

Como ya se mencionó, la lección que se puede sacar de este caso es que cuando se presente una comunicación basada en asuntos que sigan pendientes, o no tengan posibilidad de tramitarse en la vía interna, o con resultados predecibles, se deben aportar argumentos convincentes sobre cómo deben tomarse, de manera género-sensitiva, las decisiones sobre si se ha agotado o no la vía interna. También es importante buscar jurisprudencia nacional o internacional que sirva de apoyo para la excepción de prolongación injustificada de trámites internos, o de imposibilidad de agotarlos, o de obtener un remedio eficaz. Se debe documentar muy bien el tema del agotamiento de la vía interna desde una perspectiva de género porque todas estas reglas procesales se hicieron sin pensar en la realidad de las mujeres que no tienen recursos económicos independientemente de sus maridos y así hay que argumentarlo.

4.2. Comunicación N° 2/2003, A. T. contra Hungría

La comunicación fue presentada por la Sra. A. T. contra Hungría el 10 de octubre de 2003 y la decisión fue adoptada por el Comité el 26 de enero de 2005. Este caso sí fue admitido por el Comité, convirtiéndose así en el primer caso que se decidiera por el fondo.

4.2.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora afirmó en su comunicación que en los cuatro últimos años había sido regularmente víctima de violencia doméstica grave y de amenazas graves de L. F., su concubino y padre de su hija y su hijo, uno de los cuales padece lesión cerebral grave. Afirmó además que el concubino posee un arma de fuego y ha amenazado con matar a la autora y violar al niño y a la niña, y agregó que no ha ido a un centro de acogida porque no habría ninguno en el país equipado para admitir a un niño totalmente discapacitado junto con su madre y hermana. La autora afirmó también que la legislación húngara, al momento de la comunicación, no proveía mandamientos de protección ni interdictos.

Luego de una descripción de las diferentes formas de violencia que le profirió su concubino aún después de que éste se mudara del apartamento familiar, y de todas las veces que buscó ayuda de la policía y de los tribunales, la autora narra que el incidente más reciente se produjo el 27 de julio de 2001, cuando L. F. penetró en el apartamento e infligió una paliza grave a la autora que hizo necesario hospitalizarla.

La autora también narra como ha habido un procedimiento civil en relación con el acceso de L. F. a la residencia familiar, que pertenece conjuntamente a L. F. y a la autora. Según la autora, el tribunal de primera instancia emitió sus resoluciones el 9 de marzo de 2001 y el 13 de septiembre de 2002. El 4 de septiembre de 2003, el Tribunal Regional de Budapest emitió una resolución definitiva por la que autorizaba a L. F. a regresar y usar el apartamento porque los jueces encontraron que no sólo no se había probado la acusación de que L. F. pegaba regularmente a la autora sino que no se podía restringir el derecho de propiedad de L. F., incluida su posesión.

La autora también afirmó que en otro procedimiento pidió que se dictara una orden judicial que le concediera el derecho exclusivo de usar el apartamento, que fue rechazada el 25 de julio de 2000. La autora afirmó además que, al momento de la comunicación, había dos procedimientos penales en curso contra L. F.: uno comenzado en 1999 en el Tribunal de Distrito

Central, en relación con dos incidentes de agresión con lesiones que le causaron daños corporales, y otro comenzado en julio de 2001, en relación con un incidente de agresión que requirió la hospitalización de la autora durante una semana por lesión grave de los riñones. En su comunicación de 2 de enero de 2004, la autora dijo que habría una vista el 9 de enero de 2004. El segundo procedimiento fue iniciado de oficio por el hospital. La autora afirma además que L. F. nunca ha sido detenido en relación con ello y que las autoridades húngaras no han adoptado ninguna medida para protegerla contra él. La autora sostuvo que, como víctima, no había tenido acceso a la documentación del tribunal y que, por lo tanto, no podía presentarla al Comité.

La autora también dijo que había solicitado asistencia por escrito, en persona y por teléfono, a las autoridades locales encargadas de la protección de menores, pero sus solicitudes fueron en vano, porque al parecer las autoridades consideraron que no podían hacer nada en esas situaciones.

4.2.2. La denuncia

La autora adujo que Hungría era responsable de violaciones de los derechos de la autora reconocidos en los apartados a), b) y e) del Art. 2, el apartado a) del Art. 5 y el Art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por no haberle dado protección eficaz contra su ex concubino. Afirmó que el Estado Parte descuidó pasivamente las obligaciones “positivas” que le corresponden en virtud de la Convención y contribuyó a que continuase la situación de violencia doméstica contra ella.

Adicionalmente, adujo que el procedimiento penal irrazonablemente prolongado seguido contra L. F., la falta de mandamientos de protección o interdictos en la legislación en vigor en Hungría y el hecho de que L. F. no haya sido encarcelado, constituyan violaciones de los derechos que le reconoce la Convención y violaciones de la Recomendación General N° 19 del Comité. Alegó además que ese procedimiento penal difícilmente puede ser considerado protección eficaz o inmediata.

En su comunicación la autora reclamó justicia para sí y sus hijos, incluida una indemnización justa, por sufrimientos y por la violación de la letra y el espíritu de la Convención por el Estado Parte.

Además, la autora pidió que el Comité interviniera en una situación intolerable, que afecta a muchas mujeres de todos los estratos de la sociedad húngara. En particular pidió: a) que se implante dentro del ordenamiento jurídico una protección eficaz e inmediata para las víctimas de la violencia doméstica; b) que se impartan programas de capacitación respecto de las cuestiones de género y la CEDAW o el Protocolo Facultativo, a jueces, fiscales, policía y abogados en ejercicio, entre otros; y c) que se preste asistencia letrada gratuita a las víctimas de la violencia por razón de género (incluida la violencia doméstica).

Solicitud de medidas provisionales de protección de acuerdo con el párrafo 1 del Art. 5 del Protocolo Facultativo

De conformidad con el párrafo 1 del Art. 5 del Protocolo, junto con su comunicación inicial, la autora también solicitó con carácter urgente las medidas provisionales eficaces que fuesen necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables de su persona.

Con respecto a esta solicitud, el Comité remitió una nota verbal al Estado Parte para que la estudiase con urgencia, en la cual se le solicitaba que adoptase en favor de la autora las medidas provisionales de protección preventivas, inmediatas, apropiadas y concretas, que fuesen necesarias para evitar daños irreparables de su persona. Se informó al Estado Parte de que, como establece el párrafo 2 del Art. 5 del Protocolo Facultativo, esta solicitud no implicaba juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

El Comité instó al Estado Parte a presentar información a más tardar el 20 de diciembre de 2003 sobre el tipo de medidas que había tomado para dar efecto a la solicitud que le había remitido en virtud del párrafo 1 del Art. 5 del Protocolo Facultativo.

En su comunicación complementaria de 2 de enero de 2004, la autora afirmó que, aparte de la declaración que le tomó la policía local en la comisaría de policía de su zona un día antes de Navidad, ninguna autoridad le había hecho saber nada sobre los medios por los cuales se le daría protección eficaz e inmediata de acuerdo con la solicitud del Comité.

Mediante comunicación del 20 de abril de 2004, el Estado Parte informó al Comité de que la Oficina de Igualdad de Oportunidades del Gobierno se había puesto en contacto con la autora en enero de 2004 a fin de interesarse por su situación. Resultó que en ese momento la autora no tenía representante letrado en el procedimiento y por esta razón la Oficina contrató para ella un jurista con experiencia profesional y práctica en asuntos de violencia doméstica.

El Estado Parte informó, además, al Comité, que el 26 de enero de 2004 la Oficina se había puesto en contacto con el servicio competente de atención a la familia y los menores en la municipalidad, a fin de poner fin a la violencia doméstica cometida contra la autora, su hija y su hijo. Afirmó que se habían tomado medidas urgentes para garantizar la seguridad y el desarrollo personal de los niños.

El 9 de febrero de 2004 la Oficina remitió una carta al notario de la municipalidad con una descripción detallada de la situación de la autora y sus hijos. La Oficina pedía al Notario que convocase una “consulta sobre el caso” a fin de determinar las medidas ulteriores necesarias para promover la protección efectiva de la autora y sus hijos. Al 20 de abril de 2004 la Oficina no había recibido respuesta a esa carta.

El 13 de julio de 2004, el Comité remitió al Estado Parte una petición complementaria de la presentada por el Comité el 20 de octubre y el 17 de noviembre de 2003, en la cual se manifestaba el pesar del Comité por la poca información sobre las medidas provisionales adoptadas para evitar daños irreparables a la autora y se le pedía al Estado Parte que ofreciese inmediatamente un lugar seguro donde vivir a A. T., a su hijo y su hija, y asegurase que la autora recibiese asistencia económica adecuada, si fuese necesario. Además se instaba al Estado Parte a que informara lo

antes posible sobre las medidas concretas adoptadas en respuesta a esta petición.

El Estado Parte repitió que se había puesto en contacto con la autora, había contratado un abogado para ella en el procedimiento civil y se había puesto en contacto con el notario y los servicios de atención de menores competentes.

4.2.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, la autora mantuvo que había agotado todos los recursos nacionales disponibles. Mencionó, sin embargo, una petición de revisión pendiente que elevó al Tribunal Supremo en relación con la resolución del 4 de septiembre de 2003. La autora calificó este recurso de extraordinario y dijo que sólo se podía acudir a él en casos de violación de la ley por tribunales inferiores y que la resolución tardaba, al parecer, unos seis meses. La autora afirmó que creía muy improbable que el Tribunal Supremo determinara que existía una violación de la ley porque, al parecer, los tribunales húngaros no consideran que la Convención sea una ley que deban aplicar. A su juicio, esto no debería significar que no haya agotado los recursos nacionales a los efectos del Protocolo Facultativo.

La autora afirmó además que, aunque la mayoría de los incidentes denunciados tuvieron lugar antes de marzo de 2001, fecha en que entró en vigor en Hungría el Protocolo Facultativo, dichos incidentes forman un cuadro claro de violencia doméstica frecuente y que su vida sigue en peligro y, además, un acto de violencia grave se produjo en julio de 2001, después que entrara en vigor en Hungría el Protocolo Facultativo. También afirmó que ese país ha estado obligado por la Convención desde que se adhirió a ella en 1982. Sostuvo además que Hungría contribuyó de hecho a la continuación de la violencia por la larga duración del procedimiento, por no haber adoptado medidas de protección (en particular, condenar oportunamente al perpetrador y dictar un interdicto) y por la resolución judicial del 4 de septiembre de 2003.

El Estado Parte afirmó que, aunque la autora no empleó efectivamente los recursos internos y algunos procedimientos todavía estaban pendientes, no deseaba hacer objeciones preliminares a la admisibilidad de la comunicación. Al mismo tiempo, el Estado Parte admitió que estos recursos no podían dar protección inmediata a la autora contra los malos tratos de su ex concubino.

El Comité le dio la razón a la autora estimando que el recurso era admisible aunque no se hubieran agotado todos los trámites en la vía interna. En la opinión del Comité, si bien era cierto que algunos trámites todavía estaban pendientes, semejante retraso de más de tres años desde que tuvieron lugar los incidentes, constituía una prolongación injustificada a efectos del párrafo 1 del Art. 4 del PF-CEDAW, especialmente teniendo en cuenta que la autora había estado expuesta a daños irreparables y amenazas de muerte durante ese período, ya que la autora no había podido obtener protección temporal durante la tramitación del proceso penal y el acusado nunca había sido detenido.

La autora argumentó, y el Comité aceptó, que tantos incidentes de violencia como los presentados constituían elementos de un cuadro claro de violencia doméstica sistemática y que, por lo tanto, su vida seguía estando en peligro después que el PF-CEDAW entrara en vigor para Hungría. De esta manera, el Comité entendió que era competente *ratione temporis* para examinar la comunicación en su totalidad, porque los hechos a que se refería este reclamo, abarcaban la presunta falta de protección o la inacción culpable del Estado Parte en relación con la serie de agresiones graves y amenazas de violencia que habían ocurrido de manera ininterrumpida en el período comprendido entre 1998 y el momento en el que se recibió la comunicación.

4.2.4. En cuanto al fondo

Luego de una descripción, y con la advertencia de que el sistema de recursos contra la violencia en el hogar de la legislación de Hungría es incompleto, y que la eficacia de los procedimientos en vigor no es suficiente, el Estado Parte afirmó haber puesto en marcha en 2003 un programa de acción completo contra la

violencia doméstica, que luego procedió a describir, y en el que se incluye la elevación de una petición, con el debido respeto de la separación de poderes, al Consejo Nacional del Poder Judicial, para que impartiese capacitación a jueces y encontrase un modo de asegurar que se diese prioridad a los asuntos relacionados con la violencia dentro de la familia. Además, informó que en la petición se citaban, entre otras, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las observaciones finales del Comité sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Hungría, adoptadas en su período extraordinario de sesiones de agosto de 2002 y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Informó, además, que el gobierno había elaborado un proyecto de ley que entraría en vigor el 1 de julio de 2005, que establece un nuevo instrumento de protección para las víctimas de la violencia en el hogar, consistente en una orden temporal de alejamiento que podrá ser dictada por la policía y una orden de alejamiento que dictarán los tribunales, cuyo incumplimiento deliberado se sancionará con multas. Informó además que había decidido mejorar los servicios de apoyo de que disponen esas víctimas.

En otras palabras, el Estado Parte no negó haber incumplido con sus obligaciones con respecto a la CEDAW. Más bien hizo toda una narración de los programas, políticas y leyes que había establecido, después de la presentación del reclamo, precisamente para cumplir con las obligaciones. Es más, el Estado Parte confirmó que el examen del proyecto de ley sobre órdenes de alejamiento aplicables a casos de violencia en la familia, se había aplazado hasta el período de sesiones de otoño del Parlamento y admitió que la experiencia de la Oficina, y la información que ahora poseía, demuestran que los casos de violencia doméstica no tenían alta prioridad en los procedimientos judiciales.

El Estado concluyó diciendo que sobre la base de la experiencia de la Oficina en el presente caso, y en general, reconocía que el sistema jurídico e institucional de Hungría aún no permitía garantizar de forma coordinada, general y eficaz,

la protección y el apoyo que, según las normas internacionales, deben prestarse a las víctimas de violencia doméstica.

4.2.5. Decisión del Comité

El Comité identificó la violación de los derechos de A.T. como el objeto principal del reclamo debido a la omisión por parte del Estado de protegerla. Esto significó que la cuestión ante el Comité era decidir si se había violado la CEDAW debido a que el Estado no había cumplido con su obligación de protegerla.

El Comité se basó en su Recomendación General N° 19 que establece que la violencia de género contra las mujeres es una forma de discriminación y que, por lo tanto, la violencia doméstica contra las mujeres es una forma de discriminación prohibida por la convención. También se basó en el hecho de que, según la CEDAW, los Estados Parte pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización.

En este contexto, la cuestión sobre la que tenía que pronunciarse el Comité en el presente caso era si la autora de la comunicación había sido víctima de la violación de los Art. 2 a), b) y e), Art. 5 a) y Art. 16 de la CEDAW como consecuencia del presunto incumplimiento por el Estado Parte de su obligación de protegerla de modo eficaz del grave riesgo que para su integridad física, su salud física y mental y su vida, representaba su ex pareja de hecho.

En lo que atañe a los apartados a), b) y e) del Art. 2, el Comité observó que el Estado Parte había admitido que los recursos empleados por la autora no habían bastado para protegerla de forma inmediata contra los malos tratos infligidos por su ex pareja y que, además, la estructura jurídica e institucional del Estado Parte aún no permitía garantizar de forma coordinada, general y eficaz, la protección y el apoyo que, según las normas internacionales, debían prestarse a las víctimas de violencia doméstica.

En vista a lo presentado y otros asuntos que pueden leerse en la transcripción del caso completo, el Comité estimó que las

obligaciones del Estado Parte que se establecen en los apartados a), b) y e) del Art. 2 de la CEDAW se extienden a la prevención y la protección de la violencia contra la mujer, obligaciones que, en este caso, no se habían cumplido, lo cual constituía una infracción de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la autora, especialmente del derecho a la seguridad de su persona.

Los reclamos de la autora, bajo los Arts. 5 y 16, también fueron aceptados. Haciendo referencia de nuevo a la Recomendación General N° 19, y también a la Recomendación General N° 21, el Comité subrayó que: “las disposiciones de la Recomendación General N° 19, relativa a la violencia contra la mujer, son de gran importancia para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con el hombre”, y que las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada al hombre contribuyen a la violencia contra ella. El Comité señaló que ya en el 2002 había expresado al Estado su preocupación por la persistencia de estereotipos tradicionales arraigados acerca de las funciones y las responsabilidades de mujeres y hombres en el marco de la familia.

Es interesante notar que el Estado no refutó lo afirmado por la autora ni en cuanto a que el Estado no la había protegido de la violencia doméstica, ni en cuanto a que ella no podría haber solicitado una orden de alejamiento o de protección, ni en cuanto a que la autora podría haber acudido a un centro de acogida. Considerados juntos, estos hechos convencieron al Comité de que se habían infringido los derechos que la CEDAW reconoce a la autora en el apartado a) del Art. 5 y en el Art. 16.

Conforme al párrafo 4 del Art. 7 del PF-CEDAW, el Comité también le pidió al Estado que le enviara una respuesta por escrito sobre toda medida que hubiere adoptado en relación con las recomendaciones. También que publicara las opiniones y recomendaciones del Comité y que las tradujera al húngaro y les diera amplia difusión.

Como ya se dijo, en este dictamen el Comité recuerda sus Recomendaciones Generales N° 12, 19 y 21 y llama la atención sobre la violencia doméstica como un problema social y no sólo

de la autora, por lo que incluye recomendaciones específicas sugeridas por la autora, que son aplicables a todas las sociedades y no sólo al Estado en contra de quien se hace el reclamo. Asimismo, el Comité observó que la falta de medidas eficaces, jurídicas y de otra índole, impidieron al Estado Parte responder satisfactoriamente a la petición de que adoptara medidas provisionales que había hecho el Comité.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. 7 del Protocolo Facultativo, el Comité consideró que el Estado Parte no había cumplido sus obligaciones y así había infringido los derechos de la autora reconocidos en los apartados a), b) y e) del Art. 2 y en el apartado a) del Art. 5 del PF-CEDAW, junto con el Art. 16 de la Convención, y recomendó al Estado Parte que en relación con la autora tomara inmediatamente medidas eficaces para garantizarle la integridad física y mental a ella y a su familia y, además, que asegurara que A. T. tuviera un hogar seguro donde vivir con su hija y su hijo, recibiera una pensión para el sostén de su hija y su hijo y asistencia letrada, y además, una indemnización por el daño físico y mental sufrido y la gravedad de las infracciones de sus derechos. También hizo las siguientes recomendaciones más generales al Estado Parte:

- a) Que respete, proteja, promueva y garantice los derechos humanos de las mujeres, entre ellos el derecho a no ser víctima de ningún tipo de violencia en el hogar, incluidas la intimidación y las amenazas de violencia;
- b) Que asegure que las víctimas de violencia doméstica gocen de la máxima protección de la ley, actuando con la debida diligencia para prevenir y combatir la violencia contra la mujer;
- c) Que tome todas las medidas necesarias para que la estrategia nacional para la prevención y la lucha eficaz contra la violencia dentro de la familia sea aplicada y evaluada rápidamente;
- d) Que tome todas las medidas necesarias para dar formación periódica sobre la CEDAW y el Protocolo Facultativo a jueces, abogados y oficiales de policía;

- e) Que aplique urgentemente y sin demora las observaciones finales que el Comité formuló en agosto de 2002 en relación con los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Hungría con respecto a la violencia contra las mujeres y las niñas, en particular la recomendación del Comité de que se sancione una ley específica que prohíba la violencia doméstica contra la mujer e incluya la posibilidad de solicitar órdenes de protección y alejamiento y también servicios de apoyo, incluidos los refugios;
- f) Que investigue con la mayor prontitud, profundidad, imparcialidad y seriedad todas las denuncias de violencia doméstica y someta a los delincuentes a la justicia con arreglo a las normas internacionales;
- g) Que dé a las víctimas de violencia doméstica acceso a la justicia de manera rápida y segura, incluida asistencia letrada gratuita cuando proceda, para que tengan a su disposición recursos y medios de rehabilitación eficaces y suficientes;
- h) Que ofrezca a los delincuentes programas de rehabilitación y programas sobre métodos de solución no violenta de conflictos.

4.2.6. Lecciones

Es importante tomar en cuenta que los hechos en esta comunicación tienen que ver con la violencia doméstica o intrafamiliar por lo que la decisión en este caso no constituye un nuevo estándar. Al momento de la comunicación el derecho internacional ya había reconocido esta forma de violencia contra las mujeres como una violación a los derechos humanos. Sin embargo, la lección que se puede extraer aquí es que una comunicación sobre violencia intrafamiliar contra una mujer puede ayudar a que el Comité especifique muy claramente cuáles son las obligaciones estatales con respecto a la eliminación de esta manifestación de la discriminación contra las mujeres, que en este caso se refieren al incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a la autora de violaciones cometidas por un tercero.

La lección que se puede obtener de este caso en cuanto a la admisibilidad, es que en el reclamo mismo las personas autoras deben aportar argumentos contundentes en cuanto a las razones por las cuales, como en este caso, no se había agotado la vía interna, así como argumentos relacionados con la continuación hasta después de la entrada en vigor del PF-CEDAW de los efectos de los hechos. Sólo así hay una cierta posibilidad de que sean admitidos aquellos reclamos basados en hechos cuyos trámites internos siguen pendientes (por la exigibilidad del agotamiento de la vía interna) y/o que sucedieron antes de la entrada en vigor del PF-CEDAW (por la exigibilidad de la competencia *ratione temporis*). Esto indica que si bien es cierto que se puede llevar un reclamo al Comité a través de su PF-CEDAW sin la asistencia de un abogado o una abogada, es preferible buscar este tipo de asistencia legal, preferiblemente con abogadas feministas que tengan alguna experiencia en litigios internacionales⁴³.

Este caso también recuerda que se pueden pedir medidas provisionales y que el Comité está dispuesto a solicitarlas.

En cuanto al fondo, el hecho de que el Comité tomara en cuenta la petición de la autora de que hiciera recomendaciones de carácter general, refuerza la idea de que el PF-CEDAW no debe usarse solamente para remediar asuntos individuales sino que puede ser un instrumento para la eliminación de diversas formas de discriminación contra las mujeres. Esto también enseña que cuando se quiera presentar una comunicación, se debe pensar en todas las medidas que necesitan las distintas mujeres de diversas edades, razas, etnias, condiciones, sexualidades, etc., del Estado Parte e incluirlas en la petición. Esto para que la violación objeto del reclamo no se repita en el futuro, ni contra mujeres que estén en situaciones similares, ni contra otras en situaciones muy distintas.

43 IWRAW-AP tiene una campaña denominada “Nuestros derechos no son opcionales” que está montando un programa específico de ayuda legal en la utilización del Protocolo, pudiéndose obtener la información en su página web. Igualmente el Comité para la Defensa de los Derechos de las Mujeres en América Latina y el Caribe (CLADEM), ha llevado casos ante comités de tratados de la ONU y al Sistema Interamericano y su experiencia es fundamental.

Aunque sería importante averiguar en qué medida el Estado Parte cumplió con estas recomendaciones y cuáles han sido las estrategias de las activistas de derechos humanos para lograrlo, con el fin de poder evaluar el impacto que pudiese estar teniendo el uso del PF-CEDAW, desde ya se puede decir que la importancia de esta primera decisión sobre el fondo del Comité, relativa a un reclamo presentado⁴⁴ es muy positiva en el sentido de que reforzó para el derecho internacional el reconocimiento de que la violencia doméstica es una violación de los derechos humanos al ser una forma de discriminación sexual. Tal vez más importante aún es que al hacer recomendaciones bien pertinentes para eliminar en general la violencia doméstica y hacer hincapié en la relación estrecha que hay entre las costumbres y tradiciones que subvaloran a las mujeres y la violencia doméstica, esta decisión puede contribuir a establecer un estándar de conducta y unas obligaciones bien claras para los Estados en cuanto al tema de la violencia de género.

Este caso también es importante porque al ser la primera vez en que de acuerdo con el párrafo 1 del Art. 5 del PF-CEDAW se piden medidas provisionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la autora, se puede comprobar que el Comité sí está dispuesto a utilizar esta nueva potestad, al menos en casos de violencia doméstica.

También es esperanzador el hecho de que el Comité remitiera al Estado Parte una nota verbal con una petición complementaria de la presentada por el Comité anteriormente, en la cual se manifestaba el pesar del Comité porque el Estado Parte hubiese presentado poca información sobre las medidas provisionales adoptadas de conformidad con la petición anterior. Y más alentador es que, entre las medidas que pidió el Comité en esta segunda petición, estaba que se ofreciese inmediatamente un lugar seguro donde vivir a A. T. y su hija y su hijo, y que el Estado Parte asegurara que la autora recibiese asistencia económica adecuada, si fuese necesario.

44 Hay que recordar que el primer caso no fue admitido, por lo que el Comité no se pronunció sobre el fondo del reclamo.

En síntesis, es especialmente positivo el hecho de que el Comité tomara sus nuevas potestades bajo el PF-CEDAW en serio al pedir medidas interinas y hacer recomendaciones de carácter general.

4.3. Comunicación N° 3/2004, Dung Thi Thuy Nguyen contra Países Bajos

La autora de la comunicación, con fecha 8 de diciembre de 2003, es la Sra. Dung Thi Thuy Nguyen, residente en los Países Bajos. La autora alega ser víctima de una violación por los Países Bajos del apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención.

4.3.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora trabajaba por cuenta ajena como empleada a tiempo parcial y con su marido en la empresa de éste. Tras dar a luz a un hijo comenzó a disfrutar de una licencia de maternidad el 17 de enero de 1999. La autora estaba asegurada conforme a la Ley de prestaciones por enfermedad (ZW) en relación con su empleo por cuenta ajena y, con arreglo al Art. 29 de esta ley, percibió una prestación para compensar la pérdida de ingresos procedentes de ese empleo durante las 16 semanas que duró su licencia de maternidad.

La autora también estaba asegurada conforme a la Ley del seguro de invalidez de los trabajadores por cuenta propia (WAZ), en relación con su actividad en la empresa de su marido. El 17 de septiembre de 1998, antes de comenzar a disfrutar de su licencia de maternidad, la autora presentó una solicitud para que se le concediera la prestación por maternidad conforme a la WAZ. El 19 de febrero de 1999, el organismo encargado de gestionar las prestaciones decidió que, pese a tener derecho a ello, la autora no recibiría durante su licencia de maternidad ninguna prestación para compensar la pérdida de ingresos derivados de su actividad en la empresa de su marido. Y ello porque el párrafo 4 del Art. 59 de la WAZ dispone que, cuando se soliciten varias prestaciones por maternidad, las previstas en esa ley sólo se abonarán si son mayores que las que corresponda abonar con arreglo a la ZW. La prestación que la autora tenía derecho a percibir por el

trabajo con su cónyuge era inferior a la que le correspondía por su empleo por cuenta ajena.

La autora impugnó la decisión en varios tribunales hasta que el Tribunal Central de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal de Distrito objeto de recurso. El tribunal declaró que el párrafo 4 del Art. 59 de la WAZ no dispensa un trato desfavorable a las mujeres en comparación con los hombres.

Asimismo, el tribunal hizo alusión a una de sus sentencias en la que declaraba que el Art. 11 de la Convención carecía de efecto directo.

El 8 de mayo de 2002, la autora empezó a disfrutar de una segunda licencia de maternidad (a raíz de su segundo embarazo) y volvió a pedir que se le concediera la correspondiente prestación. El 4 de junio de 2002 el organismo gestor de las prestaciones decidió complementar la prestación a que la autora tenía derecho conforme a la ZW con la diferencia entre la prestación solicitada al amparo de la WAZ y la que tenía derecho a percibir con arreglo a la ZW. A diferencia de lo que ocurrió durante su anterior licencia de maternidad, la prestación con arreglo a la WAZ era mayor que la que tenía derecho a percibir conforme a la ZW.

4.3.2. La denuncia

La autora alegó que el Art. 11 de la CEDAW reconoce a las mujeres el derecho a la licencia de maternidad con plena indemnización por la pérdida de los ingresos laborales. Argumentó que las mujeres cuyos ingresos proceden tanto de actividades por cuenta ajena como de empleos de otro tipo sólo obtienen una compensación parcial por los ingresos que dejan de percibir durante su licencia de maternidad. Señaló que el embarazo repercutió negativamente en los ingresos de ese grupo de mujeres.

Asimismo, alegó que la indemnización por la pérdida de los ingresos que se dejan de percibir, no cumple los requisitos del apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención y representa una discriminación directa de las mujeres como consecuencia del embarazo.

La autora sostuvo que el Art. 11 de la Convención se aplica a cualquier tipo de actividad profesional remunerada y, en apoyo de su afirmación, aludió a varios estudios jurídicos sobre los trabajos preparatorios de la Convención. Entre otros aspectos, pidió que quedara establecido que la prohibición de discriminar a las mujeres significa que el embarazo y la maternidad no pueden situar a la mujer en una posición de subordinación con respecto al hombre.

La autora pidió al Comité que, conforme al párrafo 3 del Art. 7 del PF-CEDAW recomendara al Estado Parte que tome medidas adecuadas para cumplir lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la CEDAW, de modo que las mujeres que trabajen con sus cónyuges o ejerzan actividades por cuenta propia y disfruten de una licencia de embarazo y maternidad sean indemnizadas por todos los ingresos que hayan dejado de percibir.

La autora alegó que el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 consagra un derecho susceptible de tutela judicial y que, según el Art. 2 del PF-CEDAW, el Comité está facultado para decidir si la violación de un determinado derecho reconocido por la CEDAW puede ser sometida a los tribunales en casos concretos.

La autora señaló además que, en varias ocasiones, en sus comentarios sobre el informe de los Países Bajos al Comité de Expertos, la Confederación de Sindicatos de los Países Bajos (FNV) ha indicado que el párrafo 4 del Art. 59 de la WAZ es contrario al párrafo 2 del Art. 12 de la Carta Social Europea. Según se informó, dicho organismo también ha señalado esta cuestión a la atención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en sus comentarios al informe de los Países Bajos presentado en virtud del Convenio 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad. No obstante, la autora sostuvo que ambos procedimientos son distintos del derecho individual a presentar una denuncia y que ni la Carta Social Europea ni el Convenio 103 de la OIT contienen disposiciones idénticas al Art. 11 de la Convención.

4.3.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, la autora consideró que se habían agotado todos los recursos internos ya que, en última instancia, recurrió la decisión por la que se denegaba la prestación con arreglo a la WAZ ante el tribunal administrativo de mayor rango. La autora informó al Comité que retiró su recurso con respecto a su segundo embarazo después de que se desestimara definitivamente su apelación en relación con el primero.

La autora sostuvo que la comunicación era admisible porque aunque la decisión de no abonar a la autora la prestación prevista en la WAZ se adoptó antes de que los Países Bajos ratificaran el PF-CEDAW, la decisión del Tribunal Central de Apelación se pronunció pasado ya algún tiempo desde la ratificación y dio una serie de argumentos y presentó jurisprudencia internacional para fundamentar su alegato en cuanto a la admisibilidad.

Por su parte el Estado Parte se manifestó contra los criterios de admisibilidad expuestos por la autora, alegando inadmisibilidad *ratione temporis*, porque el objeto de la comunicación era la prohibición de recibir al mismo tiempo prestaciones por embarazo y maternidad con arreglo a la WAZ y la ZW. En el caso de la autora, esto se produjo cuando el correspondiente órgano de aplicación tomó las decisiones que la afectaban, es decir, el 19 de febrero de 1999 y el 4 de junio de 2002. Ambas fechas son anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en los Países Bajos, que tuvo lugar el 22 de agosto de 2002.

El Estado Parte se refirió a la opinión de la autora de que el factor decisivo para determinar si los hechos objeto de la comunicación ocurrieron antes de que el Protocolo entrara en vigor en los Países Bajos, era la fecha de la sentencia dictada por el tribunal de última instancia, dado que sólo entonces los hechos adquirieron firmeza, el Estado Parte dijo que consideraba que la autora fundamentaba su opinión en una interpretación incorrecta del Informe N° 73/01, caso N° 12.350, *MZ contra Bolivia*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aunque en el caso de Bolivia se declaró la admisibilidad de las pretensiones del denunciante que se referían a una sentencia de un tribunal

boliviano dictada con posterioridad a la entrada en vigor del derecho individual de denuncia con respecto a Bolivia, esa decisión nada tuvo que ver con el hecho de que la sentencia diera carácter definitivo a hechos que habían ocurrido antes de esa fecha. El caso versaba sobre la tramitación del procedimiento y el comportamiento de los jueces que intervinieron en la causa.

En su respuesta la autora explicó que su interpretación del apartado e) del párrafo 2 del Art. 4 del Protocolo Facultativo no se desprendía directamente del asunto internacional a que se refirió en su escrito inicial. Su intención era simplemente citar sentencias en las que los órganos judiciales no se pronunciaron restrictivamente sobre la cuestión de la admisibilidad. Por consiguiente, la autora consideró irrelevante la comparación de los hechos de su causa con los del caso *MZ contra Bolivia* (Informe de la CIDH N° 73/01, caso N° 12.350, de 10 de octubre de 2001).

Como el Estado Parte no alegó que la autora no hubiese agotado todos los recursos internos disponibles en lo que respecta a la prestación por su primera licencia de maternidad en 1999 y aunque sí discutió sobre cuándo se produjeron los hechos, el Comité encontró que la queja era admisible en cuanto a este reclamo. La cuestión no estaba tan clara en lo tocante a la prestación por maternidad de la autora en 2002. En su escrito inicial, la autora informó al Comité que retiró su recurso en relación con su segunda licencia de maternidad tras ser definitivamente desestimado su recurso sobre la primera licencia de maternidad.

En sus últimas observaciones, el Estado Parte se opuso a que se admitiera la denuncia de la autora en lo que respecta a su última licencia de maternidad por no haber agotado todos los recursos internos disponibles sin ofrecer explicación alguna al respecto. Sin embargo, después de ofrecer varios argumentos en cuanto a la admisibilidad *ratione temporis*, el Comité consideró que si bien la sentencia del tribunal de mayor rango en asuntos de seguridad social en cuanto a este segundo embarazo no había sido dictada, era poco probable que el procedimiento relativo a la prestación por maternidad de 2002 hubiera dado satisfacción a la autora. Por consiguiente, el Comité consideró que se justificaba

la admisibilidad *ratione temporis* de la parte de la comunicación referida a la licencia de maternidad de la autora en 2002.

4.3.4. En cuanto al fondo

En lo que atañe al fondo de la denuncia de la autora, el Estado Parte quiso aclarar el significado de la palabra “sueldo” que figura en el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención porque discrepaba de la interpretación de la autora de que la disposición obliga a indemnizar por todos los ingresos no percibidos como consecuencia del embarazo y el parto. El Estado Parte dijo que consideraba que dicha disposición es una norma general que impone a los Estados la obligación de tomar medidas que permitan a las mujeres disponer de medios durante el período de embarazo y parto y reincorporarse al trabajo después del parto sin que ello perjudique su carrera. Corresponde a los Estados determinar el modo de cumplir esta obligación. Los Estados pueden optar entre regímenes que permitan a las mujeres seguir percibiendo su salario y sistemas que ofrezcan una cobertura social comparable. De lo anterior no cabe deducir automáticamente la obligatoriedad de indemnizar por todos los ingresos no percibidos.

El Estado Parte compara el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención con la directiva de la Comunidad Europea 92/85, del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que establece que deberá garantizarse el pago de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada. Aunque el Estado Parte considera poco probable que los legisladores europeos concibieran una norma totalmente distinta de la que figura en la Convención, estima que la formulación de la directiva de la Comunidad Europea es más clara en la medida en que se refiere a una “prestación adecuada”.

El Estado Parte profundizó en los argumentos que justifican la denominada “cláusula contra la acumulación” que figura en el párrafo 4 del Art. 59 de la WAZ diciendo que con arreglo a esta Ley, una trabajadora por cuenta propia podría percibir una

prestación de hasta el 100% del salario mínimo legal. Quienes trabajaran también como empleadas por cuenta ajena podrían percibir prestaciones con arreglo a esta ley y a la ZW. Si la prestación percibida conforme a esta última superara el 100% del salario mínimo legal no se abonaría la prestación en virtud de la WAZ, mientras que si la prestación con arreglo a la ZW fuera inferior al 100% del salario mínimo legal, se abonaría la prestación conforme a la WAZ siempre que ambas prestaciones juntas no superaran el 100% del salario mínimo legal. Al mismo tiempo, cuanto mayores fueran los ingresos de una mujer por sus actividades por cuenta ajena, menos probabilidad tendría de percibir la prestación con arreglo a la WAZ y menor sería su contribución al régimen previsto en esta última ley.

En cuanto al argumento de la autora de que la denominada “cláusula contra la acumulación” constituye una discriminación directa, el Estado Parte reiteró que la prestación sólo pueden percibirla las mujeres y que está expresamente diseñada para que las mujeres disfruten de una ventaja en relación con los hombres. Por lo tanto, es imposible apreciar cómo puede hacer que la mujer reciba un trato desfavorable con respecto al hombre, si se tiene en cuenta que los hombres no pueden acogerse en modo alguno a dicha cláusula.

En cuanto a si el Art. 11 de la Convención era o no directamente aplicable, el Estado Parte alegó que en su Estado los tribunales deciden si una disposición concreta de derecho internacional es directamente aplicable atendiendo a la naturaleza, el contenido y el tenor de la norma. Según el Estado Parte, para que un particular pueda invocar directamente una disposición, ésta debe estar formulada con una precisión tal que de ella se deriven, necesariamente y sin ambigüedad alguna, derechos cuyo reconocimiento no exija ninguna otra medida de las autoridades nacionales. El Estado alegó además que la única conclusión posible es que el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la CEDAW impone a los órganos legislativos y gobiernos de los Estados Parte la obligación de perseguir, más que de conseguir, un determinado objetivo, concediéndoles un cierto

margen de discrecionalidad al respecto. En los Países Bajos, esa facultad discrecional la ejerce el poder legislativo⁴⁵.

Por su parte el Comité decidió que la cuestión sobre la que debía pronunciarse era si la aplicación concreta del párrafo de la WAZ a la autora, en lo que respecta a la última licencia de maternidad de que disfrutó en 2002, constituyó una violación de los derechos que le asisten en virtud del apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención, en la medida en que recibió una prestación menor de la que habría percibido si no se hubiese aplicado la disposición y hubiera podido solicitar prestaciones separadas como empleada por cuenta ajena y trabajadora en la empresa de su cónyuge.

4.3.5. Decisión del Comité

El Comité recordó que el objetivo del párrafo 2 del Art. 11 es impedir la discriminación por razón de embarazo y parto de las mujeres que tienen un empleo remunerado fuera del hogar. El Comité consideró que la autora no demostró que la aplicación de la WAZ supuso una discriminación para ella, en su calidad de mujer, por las razones establecidas en el párrafo 2 del Art. 11 de la Convención, es decir, matrimonio o maternidad. El Comité estimó que los motivos de la presunta diferencia de trato tuvieron que ver con la circunstancia de que trabajara a la vez como empleada por cuenta ajena y en la empresa de su cónyuge.

Según el Comité, como el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 no utiliza el término sueldo “completo” ni hace referencia a la “compensación por todos los ingresos que se hayan dejado de percibir” como consecuencia del embarazo y del parto, la CEDAW deja cierto margen de discrecionalidad a los Estados Parte a la hora de establecer un sistema de prestaciones por licencia de maternidad. Por lo tanto, corresponde a los Estados Parte, en virtud de ese margen de discrecionalidad

45 Se ha incluido en este caso lo alegado por el Estado Parte porque es muy importante en cuanto atañe directamente a la aplicación de la convención ya que según el razonamiento del Estado, ningún artículo de la convención sería directamente aplicable. Esta forma de pensar es muy peligrosa pues si fuese cierto, cada Estado podría alegar que implementa el tratado cuando y como pueda.

de que disponen, determinar las prestaciones por maternidad adecuadas con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención para todas las mujeres empleadas, con normas particulares para las trabajadoras por cuenta propia que tengan en cuenta el carácter variable de sus ingresos y de las correspondientes contribuciones. Corresponde asimismo a los Estados Parte, en virtud del margen de discrecionalidad de que disponen, aplicar conjuntamente dichas normas a las mujeres que trabajan, a tiempo parcial, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Teniendo en cuenta lo que antecede, el Comité consideró que la aplicación del párrafo 4 del Art. 59 de la WAZ no representó un trato discriminatorio para la autora ni constituyó una violación de sus derechos con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención.

**Opinión particular de las personas miembros del
Comité Naela Mohamed Gabr, Hanna Beate Schöpp-
Schilling y Heisoo Shin (disidentes)**

Según esta opinión disidente, las expertas concordaron en que la cuestión sobre la que debía pronunciarse el Comité era si la aplicación de la WAZ a la autora, respecto de la licencia que disfrutó en 2002, constituyó una violación de los derechos que le asisten en virtud del apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención.

Según esta opinión disidente, el objetivo del párrafo 2 del Art. 11 en general, y de su apartado b) en particular, es impedir la discriminación por razón de embarazo y parto de las mujeres que tienen un empleo remunerado fuera del hogar. En tales casos, el apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 obliga a los Estados Parte a implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, y si bien es cierto que ese apartado no utiliza el término sueldo “completo” los Estados Parte tienen un cierto margen de discrecionalidad siempre y cuando se ajuste a lo dispuesto en la Convención.

Las disidentes consideraron, sobre la base del razonamiento que antecede, que la ley de los Países Bajos que prevé una compensación económica por licencia de maternidad para las mujeres que trabajan tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, aún con la restricción de la denominada cláusula contra la acumulación del Art. 59 de la WAZ, es compatible con las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del apartado b) del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención, en la medida en que no constituye una violación de los derechos de la autora derivados de dicho artículo que suponga una discriminación *directa* por motivos de sexo.

Sin embargo, les preocupó que el llamado principio de “equivalencia” no contemple, aparentemente, el supuesto de una mujer que trabaje por cuenta ajena a tiempo parcial y por cuenta propia, y en el que el número de horas de trabajo con arreglo a ambas categorías de empleo sea igual o incluso superior al número de horas de trabajo de una trabajadora por cuenta ajena empleada a tiempo completo, que, según pudieron saber, recibe en los Países Bajos una prestación por maternidad que equivale a un sueldo completo durante un determinado período de tiempo. Consideraron que la Ley de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, exige que se dispense el mismo trato a los empleados a tiempo completo y a tiempo parcial. En consecuencia, estimaron que la denominada cláusula contra la acumulación del Art. 59 de la WAZ puede constituir una discriminación *indirecta* por motivos de sexo.

Esta opinión la basaron en la hipótesis de que una situación en la que se combine el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial con el trabajo por cuenta propia, como es el caso de la situación descrita por la denunciante, es una situación que, en los Países Bajos, se da principalmente entre las mujeres, ya que, en general, son principalmente las mujeres con un trabajo por cuenta ajena quienes trabajan a tiempo parcial, además de trabajar como colaboradoras familiares en las empresas de sus maridos. Sin embargo, en el presente procedimiento de comunicación no existe información solicitada por el Comité, o proporcionada por el Estado Parte, que permita fundamentar esta hipótesis con hechos, aunque en el cuarto informe del Estado Parte que

se examinará en el 37° período de sesiones del Comité en 2007, el Estado Parte admite que el trabajo a tiempo parcial es especialmente común entre las mujeres.

En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. 7 del PF-CEDAW, las expertas disidentes hicieron una serie de recomendaciones al Estado Parte entre las que estaban:

- a) Recopilar datos sobre el número de mujeres que combinan el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial con el trabajo por cuenta propia, en comparación con los hombres, con vistas a evaluar el porcentaje de mujeres y de hombres que se encuentran en esa situación;
- b) Revisar la “cláusula contra la acumulación” en particular su principio de “equivalencia”, que no parece tener en cuenta el número total de horas de trabajo en esas situaciones en que se simultanean empleos y que puede constituir una discriminación indirecta de las mujeres que se encuentren en tales situaciones y estén embarazadas o den a luz; etc.

4.3.6. Lecciones

En la opinión de la autora de este libro, tanto la decisión de mayoría como la de las expertas disidentes demuestran que el Comité no aprovechó el caso para establecer sin ambigüedades, como lo solicitó la autora, si el Art. 11 es de aplicación directa en un país con el sistema legal de los Países Bajos. Tampoco aprovechó el momento para aclarar si la obligación de los Estados con respecto a lograr la igualdad substantiva entre mujeres y hombres con respecto al apartado b del párrafo 2 del Art. 11 de la Convención, se limita a “perseguir, más que a conseguir, un determinado objetivo” como lo alegó el Estado. Eso sí, las disidentes insistieron que aunque el Estado tiene un cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la implementación de dicho apartado, esa implementación debe ser hecha en concordancia con los principios y otros artículos de la Convención.

Por otro lado, como el Estado no brindó la información requerida en cuanto a negar lo dicho por la autora de que hay más mujeres que hombres que trabajan simultáneamente a tiempo parcial por cuenta ajena como a tiempo parcial por cuenta propia,

el Comité debió asumir que lo dicho por la autora era cierto y por ende dictaminar que la norma de la WAZ sí constituía una discriminación indirecta por motivo de sexo como lo sugieren las disidentes.

En síntesis, este caso demuestra que el Comité todavía está muy tímido en cuanto a aclarar contundentemente las obligaciones del Estado en esta materia por lo que se hace necesario llevar muchos más casos con argumentos bien claros y hasta con jurisprudencia que apoye el reclamo. La conclusión que se puede sacar de este caso es que durante estos primeros años se hace necesaria la asistencia legal para hacer reclamos bajo el PF-CEDAW, pues si se hubiera incluido jurisprudencia y más argumentos legales para cada alegato de la autora, puede ser que el resultado hubiese sido distinto.

4.4. Comunicación No 4/2004, A. S. contra Hungría

La autora de esta comunicación, con fecha 12 de febrero de 2004, fue la Sra. A. S., mujer romaní de nacionalidad húngara. Alegó que fue sometida a esterilización forzada por el personal médico de un hospital húngaro. Al haber sido admitido, este caso sí se decidió por el fondo.

4.4.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora es madre de tres hijos. El 30 de mayo de 2000 se sometió a un reconocimiento médico en el que se enteró de que estaba embarazada y de que la fecha estimada de parto era el 20 de diciembre de 2000. Durante ese intervalo de tiempo, la autora se atuvo a los oportunos cuidados prenatales y acudió a todas las citas concertadas con la enfermera de distrito y el ginecólogo.

El 2 de enero de 2001, la autora fue trasladada al hospital donde el médico que la atendió constató que el feto (se utilizó el término “embrión”) había fallecido en el útero y le dijo que había que realizar inmediatamente una cesárea para extraer el feto sin vida. Mientras la autora estaba en la mesa de operaciones, se le pidió que firmara un formulario de consentimiento para la cesárea. La autora firmó dicho consentimiento, así como una

nota escasamente legible que había sido escrita a mano por el médico y añadida al pie del formulario que rezaba: “Habiendo sido informada de la muerte del embrión dentro de mi útero, solicito firmemente mi esterilización [se utilizó un término del latín desconocido para la autora]. No tengo intención de volver a dar a luz, ni deseo quedar embarazada”.

El médico que la atendió y la partera firmaron el mismo formulario. La autora también firmó declaraciones de consentimiento para una transfusión de sangre y para la anestesia.

Los registros hospitalarios muestran las precarias condiciones de salud de la autora a su llegada al centro hospitalario así como que dentro de los 17 minutos siguientes a su llegada, se realizó la cesárea, se extrajeron la placenta y el feto muerto y se ligaron las trompas de Falopio de la autora. No fue hasta el momento de irse del hospital que la autora se enteró del significado de la palabra “esterilización”.

La autora afirmó que la esterilización tuvo profundas repercusiones en su vida, razón por la cual ella y su pareja han recibido tratamiento médico para superar la depresión. Alega que ella nunca habría estado de acuerdo con la esterilización, ya que tiene unas profundas convicciones religiosas católicas que prohíben el uso de métodos anticonceptivos de cualquier índole, incluida la esterilización. Además, ella y su pareja viven de acuerdo con las costumbres romanés, según las cuales la procreación es un elemento central del sistema de valores de las familias romanés.

Una abogada presentó una demanda civil en nombre de la autora contra el Hospital en la que solicitaba, entre otras cosas, que el Tribunal Municipal decretara que el hospital había violado los derechos civiles de la autora. Alegaba también que el hospital había actuado con negligencia al haber esterilizado a la autora sin obtener previamente su consentimiento pleno e informado. Se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios patrimoniales y no patrimoniales.

El tribunal rechazó la demanda de la autora, pese a determinar que había habido cierta negligencia por parte de los médicos. La

abogada interpuso un recurso de apelación que fue rechazado por considerar el tribunal que la autora no había demostrado que sufriera una discapacidad permanente ni que hubiera una relación de causalidad entre la discapacidad y la forma de proceder del hospital.

El tribunal de segunda instancia desestimó la apelación considerando que la esterilización practicada no era una operación permanente e irreversible, ya que la ligadura de las trompas de Falopio se podía revertir mediante cirugía plástica tubárica y tampoco podía excluirse la posibilidad de que la autora quedara embarazada por inseminación artificial.

4.4.2. La denuncia

La autora alegó que Hungría había violado el apartado h) del Art. 10, el Art. 12 y el apartado e) del párrafo 1 del Art. 16 de la Convención. Subrayó que la esterilización nunca constituye una intervención de vida o muerte que tenga que realizarse con carácter de urgencia sin el consentimiento pleno e informado de la paciente.

En cuanto a la presunta violación del apartado h) del Art. 10 de la Convención, la autora alegó que no recibió información específica acerca de la esterilización y que tampoco fue asesorada sobre medidas de planificación de la familia o métodos anticonceptivos, ni inmediatamente antes de la operación, ni en los meses y años anteriores a ésta. Sostuvo que no fue informada de la índole, los riesgos y las consecuencias de la operación de un modo que fuera comprensible para ella, antes de que le pidieran que firmara el formulario de consentimiento. La autora citó el párrafo 22 de la Recomendación General N° 21 del Comité, sobre el matrimonio y las relaciones familiares, en apoyo de su argumentación.

Como fundamento de la supuesta violación del Art. 12 de la Convención, la autora se remitió a los párrafos 20 y 22 de la Recomendación General N° 24 y sostuvo que no pudo tomar una decisión con conocimiento de causa antes de firmar el formulario de consentimiento porque no tenía información completa. Alegó también que existía una clara relación causal

entre el hecho de que los médicos no le informaran plenamente sobre la esterilización y los daños físicos y emocionales que ésta le provocó.

La autora pidió al Comité que, por lo tanto, solicitara al Estado Parte que le pagase una indemnización justa.

4.4.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, la autora afirmó que se habían agotado todos los recursos internos disponibles porque, en su decisión, el tribunal de segunda instancia indicó concretamente que no se admitiría recurso alguno contra ella. Además, la autora señaló que, si bien el incidente que dio lugar a la comunicación ocurrió el 2 de enero de 2001, Hungría ha estado jurídicamente obligada por las disposiciones de la Convención desde el 3 de septiembre de 1981.

Además, la autora consideró que en cuanto a la admisibilidad *ratione temporis* lo más importante a tener en cuenta es que los efectos de las violaciones en cuestión tienen carácter permanente y continuo.

Como es habitual, el Estado Parte alegó que la autora no había agotado todos los recursos internos disponibles porque no había hecho uso de la revisión judicial (denominada “revisión de sentencia”), un recurso especial previsto en la legislación húngara.

Sostuvo, además, que la comunicación era inadmisibile *ratione temporis* porque la autora no tenía una incapacidad permanente, ya que la esterilización no es un procedimiento quirúrgico irreversible ni le había causado esterilidad permanente.

El Comité consideró que se habían presentado argumentos convincentes de que la esterilización debería considerarse permanente, a saber: la finalidad de la esterilización es ser irreversible; la tasa de éxito de la operación destinada a revertir la esterilización es baja y depende de muchos factores. En consecuencia, el Comité consideró que los hechos objeto de la comunicación eran de carácter permanente y por tanto se justifica la admisibilidad *ratione temporis*.

Dado que no había ningún otro motivo que justificara la inadmisibilidad de la comunicación, el Comité la declaró admisible.

4.4.4. En cuanto al fondo

En cuanto al fondo el Estado opinó que no se habían violado ninguno de los artículos de la Convención e hizo hincapié en que la Ley de Salud Pública autoriza al médico a practicar la esterilización quirúrgica sin necesidad de atenerse a ningún procedimiento especial, cuando parezca conveniente en vista de las circunstancias. Opinó que en este caso se daban esas circunstancias, ya que no se trataba de la primera cesárea de la autora y su útero estaba en muy malas condiciones. Además, el Estado Parte consideró que la operación fue una medida segura porque el riesgo de que la autora debiera ser sometida a otra intervención abdominal era mayor y parecía inevitable habida cuenta de las circunstancias.

Por su lado la autora sostuvo que se pueden presentar reclamaciones por daños y perjuicios no patrimoniales sin necesidad de determinar si la esterilización es irreversible o no. Lo pertinente en este caso es que el hospital actuó de manera ilegal, violando los derechos de la autora a la integridad física, la salud, el honor y la dignidad humana reconocidos por el Código Civil húngaro, con independencia de la posibilidad médica de devolverle su capacidad de procrear. La pérdida de la fecundidad le provocó un trauma psicológico y ha tenido efectos perniciosos en su vida privada. La esterilización ilegal ha tenido efectos permanentes en su vida, por los que no había sido indemnizada.

En este caso la autora hizo una comunicación posterior en la que argumentó sobre la imposibilidad de revertir la esterilización en su caso y respaldó su reclamación haciendo referencia a artículos publicados por particulares, gobiernos y organizaciones internacionales. Citó la jurisprudencia de varias jurisdicciones que consideran que la esterilización es una operación irreversible. El mismo médico que practicó la intervención declaró que en la información que se brinda sobre la esterilización debería incluirse el hecho de que se trata de una operación irreversible.

4.4.5. Decisión del Comité

Con respecto a la denuncia de que el Estado Parte infringió el apartado h) del Art. 10 de la Convención al no proporcionar información y asesoramiento sobre planificación de la familia, el Comité recordó su Recomendación General N° 21, en la que se reconoce que, en el contexto de las “prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como [...] la esterilización forzada”, a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener “información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia”.

En este caso, el mismo tribunal de segunda instancia estableció que la autora no había recibido información detallada. El Comité consideró que la autora tenía un derecho tutelado por el apartado h) del Art. 10 de la Convención a recibir información específica sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación de la familia, a fin de evitar que se realizara una intervención de este tipo sin que ella hubiera tomado una decisión con pleno conocimiento de causa, porque cualquier asesoramiento que hubiere recibido debe habersele proporcionado en condiciones estresantes y totalmente inapropiadas. Habida cuenta de estos factores, el Comité consideró que el Estado Parte, por conducto del personal del hospital, no proporcionó la información ni el asesoramiento apropiados sobre planificación de la familia, lo que constituye una violación de los derechos de la autora previstos en el apartado h) del Art. 10 de la CEDAW.

Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la autora amparados por el Art. 12 de la Convención, al proceder a la esterilización quirúrgica sin haber obtenido previamente su consentimiento informado, el Comité encontró que, debido a que la autora estaba en unas condiciones de salud muy precarias y se encontraba en un estado de conmoción emocional, no es posible que en 17 minutos el personal del hospital asesorara e informara a la autora sobre la esterilización, las alternativas, sus

riesgos y sus ventajas de manera que ella pudiera tomar en forma ponderada y voluntaria la decisión de ser esterilizada.

El Comité tomó nota también del hecho no refutado de que la autora preguntara al médico cuándo podría volver a quedarse embarazada, lo cual indica claramente que desconocía las consecuencias de la esterilización.

De conformidad con el Art. 12 de la Convención, el Comité consideró que, en el presente caso, el Estado Parte no se aseguró de que la autora diera su consentimiento con pleno conocimiento de causa para ser esterilizada, por lo que se violaron los derechos que otorga a la autora el Art. 12.

Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la autora establecidos en el apartado e) del párrafo 1 del Art. 16 de la Convención, el Comité recordó que ya la Recomendación General N° 19 establece que “la esterilización [...] obligatoria influye adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos”. Por consiguiente, el Comité consideró que se habían violado los derechos de la autora amparados por el apartado e) del párrafo 1 del Art. 16.

De esta manera el Comité consideró que los hechos que le habían sido expuestos constituían una infracción del apartado h) del Art. 10, del Art. 12 y del apartado e) del párrafo 1 del Art. 16 de la Convención y formuló al Estado Parte recomendaciones específicas en cuanto a indemnizar a la autora y además las siguientes recomendaciones generales en cuanto a:

- Tomar nuevas medidas para asegurarse de que todo el personal competente de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención y los párrafos pertinentes de las Recomendaciones Generales N° 19, 21 y 24 del Comité, relativas a los derechos y la salud reproductiva de la mujer.
- Revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los

derechos humanos y normas médicas internacionales, entre ellas el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina elaborado por el Consejo de Europa (el “Convenio de Oviedo”) y las directrices de la Organización Mundial de la Salud. A este respecto, estudiar la posibilidad de modificar la disposición de la Ley de salud pública por la cual un médico puede “practicar la esterilización sin el procedimiento informativo generalmente establecido cuando se considere oportuno dadas las circunstancias”.

- Hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones, para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento con pleno conocimiento de causa antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así.

Además, como es usual, el Comité pidió al Estado Parte que en un plazo de seis meses, le envíe una respuesta por escrito, en la que se incluya información sobre toda medida que se haya adoptado en función de las opiniones y recomendaciones y que con anterioridad las publique y traduzca al idioma húngaro y les dé amplia difusión para que lleguen a todos los sectores pertinentes de la sociedad.

4.4.6. Lecciones

Este caso demuestra que hay más probabilidades de que el Comité encuentre que efectivamente hubo una violación a la CEDAW si la autora de la comunicación presenta argumentos adicionales después de que el Estado Parte contesta la comunicación. Sobre todo si presenta artículos académicos y científicos que respalden su alegato y además los acompañe con jurisprudencia internacional o nacional. Es probable que si la autora del caso anterior hubiera presentado estudios académicos o científicos o estadísticos sobre el trabajo parcial de las mujeres y de los hombres, el Comité hubiera encontrado que sí había discriminación basada en el sexo en ese caso.

4.5. Comunicación Nº 5/2005, ahide Goekce (difunta) contra Austria

4.5.1. Los hechos expuestos por las personas autoras

La primera agresión contra Şahide Goekce a manos de su marido, Mustafá Goekce, de la que tienen conocimiento las personas autoras, se produjo el 2 de diciembre de 1999 en el domicilio de la víctima, cuando Mustafá intentó estrangular a Şahide y la amenazó de muerte. Şahide pasó la noche con una amiga y, al día siguiente, informó del incidente a la policía con la ayuda de la Oficina para el Bienestar de la Juventud.

Al día siguiente, la policía dictó una orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafá, aplicable al domicilio de los Goekce. En la documentación que sustentaba la orden, se señala que debajo de la oreja derecha de Şahide se apreciaban dos marcas de color rojo pálido que podrían ser producto del intento de estrangulamiento.

Şahide no autorizó a las autoridades austriacas a que emprendieran acciones contra Mustafá por amenazarla de muerte. Por tanto, Mustafá fue acusado del delito de causar lesiones corporales y fue absuelto porque las heridas de Şahide no constituían lesiones corporales dadas su levedad.

Hubo varios otros incidentes violentos que llevaron a la policía a dictar una segunda orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafá, aplicable al domicilio de ambos. Se informó al fiscal de que Mustafá había cometido coacción con circunstancias agravantes y se pidió que fuera detenido. La petición fue denegada.

En por lo menos cuatro ocasiones más la policía tuvo que acudir al domicilio de los Goekce por haber recibido información de que se estaban produciendo disturbios, disputas y agresiones.

La policía dictó una tercera orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafá a resultas de otro incidente violento ocurrido el 8 de octubre de 2002 en el que Mustafá había vuelto

a amenazar a Şahide de muerte. La policía interrogó a Mustafá y volvió a pedir que fuera detenido. Una vez más, el fiscal denegó la petición.

El 23 de octubre de 2002, el tribunal del distrito dictó una medida cautelar por un período de tres meses contra Mustafá, por la que se le prohibía volver al domicilio familiar y sus alrededores y ponerse en contacto con Şahide, sus hijas y su hijo. La orden debía entrar en vigor de forma inmediata y la policía debía velar por su cumplimiento.

Las personas autoras indican que la policía sabía por otras fuentes que Mustafá era peligroso y poseía una pistola. A finales de noviembre de 2002, Remzi Birkent, el padre de Şahide informó a la policía de que Mustafá le había telefonado frecuentemente y había amenazado con matar a Şahide o a otro miembro de la familia; el agente que tomó la declaración del Sr. Birkent no presentó atestado policial. El hermano de Mustafá también informó a la policía sobre la tensión existente entre Şahide y su marido y dijo que Mustafá la había amenazado de muerte en varias ocasiones. La policía no tomó en serio su declaración, de la que no quedó constancia. Además, la policía no comprobó si Mustafá tenía una pistola pese a que existía una prohibición de tenencia de armas en su contra.

El 5 de diciembre de 2002, la fiscalía paralizó el enjuiciamiento de Mustafá alegando que no había motivos suficientes para su procesamiento. Dos días después, Mustafá disparó contra Şahide con una pistola en su domicilio delante de sus dos hijas. En el informe policial se dice que ningún agente acudió a la casa a interceder en la disputa entre Mustafá y Şahide antes del asesinato. Dos horas y media después de la ejecución del delito, Mustafá se entregó a la policía. Según la información recibida, en la actualidad cumple condena de cadena perpetua en un centro para delincuentes con trastornos mentales.

4.5.2. La denuncia

Las personas autoras denuncian que Şahide es víctima de una violación por el Estado Parte de los Arts. 1, 2, 3 y 5 de la Convención, porque el Estado Parte no adoptó de manera

activa todas las medidas adecuadas para proteger el derecho de Şahide a la seguridad personal y la vida. El Estado Parte no trató a Mustafá como un delincuente extremadamente violento y peligroso de conformidad con el derecho penal. Las personas autoras afirman que en la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar no se prevén los medios para proteger a las mujeres de personas muy violentas, especialmente en los casos de violencia y amenazas de muerte reiteradas y graves. Además, las personas autoras afirman que si la comunicación entre la policía y el fiscal hubiera sido más rápida y fluida, este último habría tenido conocimiento de la violencia y las amenazas de muerte continuas y podría haber encontrado motivos suficientes para el enjuiciamiento de Mustafá.

Las personas autoras sostienen también que el Estado Parte incumplió las obligaciones que le corresponden de acuerdo con las Recomendaciones Generales Nº 12, 19 y 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, otra serie de tratados y recomendaciones y la Constitución de Austria.

En relación con el Art.1 de la Convención, las personas autoras afirman que las mujeres resultan mucho más afectadas que los hombres cuando los fiscales no se toman en serio la violencia en el hogar como una amenaza real para la vida y no piden la detención de los presuntos agresores como cuestión de principio en tales casos. Las mujeres resultan también afectadas en mucha mayor medida por la práctica de no enjuiciar ni castigar adecuadamente a los agresores en los casos de violencia en el hogar. Además, las mujeres se ven también mucho más afectadas por la falta de coordinación entre las fuerzas de seguridad y el personal judicial, la falta de capacitación de las fuerzas de seguridad y el personal judicial respecto de la violencia en el hogar y el hecho de que no se recaben datos ni se mantengan estadísticas sobre este tipo de violencia.

En cuanto al Art. 1, los apartados a), c), d) y f) del Art. 2 y el Art. 3 de la Convención, las personas autoras sostienen que el hecho de que no se detenga a los presuntos agresores en los casos de violencia en el hogar, de que no se persigan debidamente esos casos, de que no exista coordinación entre las fuerzas de seguridad y los funcionarios judiciales y de que no se recopilen

datos ni se mantengan estadísticas sobre los incidentes de violencia en el hogar, ha llevado a desigualdades en la práctica y a la denegación del disfrute de los derechos humanos de Şahide. La víctima sufrió agresiones violentas, palizas, coacciones y amenazas de muerte y, como no se procedió a la detención de Mustafá, fue asesinada.

Respecto del Art. 1 y del apartado e) del Art. 2 de la Convención, las personas autoras afirman que los funcionarios del sistema de justicia penal no actuaron con la debida diligencia a la hora de investigar y establecer acciones judiciales en relación con los actos de violencia y de proteger los derechos humanos de Şahide a la vida y a la seguridad personal.

En relación con el Art. 1 y el Art. 5 de la Convención, las personas autoras señalan que el asesinato de Şahide constituye un ejemplo trágico de la falta de seriedad reinante con que se toman los casos de violencia contra la mujer, tanto por la población en general como por las autoridades austriacas. El sistema de justicia penal, especialmente los fiscales y los jueces, consideran la cuestión un problema social o doméstico, un delito menor o una infracción que ocurre en determinadas clases sociales. No aplican la legislación penal a ese tipo de violencia porque no se toman en serio el peligro que representa para las mujeres.

Las personas autoras piden al Comité que evalúe en qué medida se ha producido una violación de los derechos humanos de la víctima y de los derechos protegidos por la Convención y que estudie la responsabilidad del Estado Parte por no detener al sospechoso peligroso. Además, las personas autoras piden al Comité que recomiende al Estado Parte que ofrezca protección eficaz a las mujeres víctimas de la violencia, especialmente a las mujeres migrantes, explicando claramente a los fiscales y a los jueces de instrucción las medidas que deben tomar en los casos de violencia grave contra la mujer.

Las personas autoras piden, también, al Comité, que recomiende al Estado Parte que aplique una política favorable a la detención para ofrecer seguridad efectiva a las mujeres víctimas de la violencia en el hogar y una política favorable al enjuiciamiento que transmita a los agresores y a la población,

que la sociedad condena la violencia en el hogar y que garantice la coordinación entre las diversas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

Asimismo, las personas autoras piden al Comité que recomiende al Estado Parte que garantice que todos los niveles del sistema de justicia penal cooperen habitualmente con las organizaciones que trabajan para proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género, y que se ocupen de que los programas de capacitación y educación en materia de violencia en el hogar sean obligatorios para el personal que trabaja en el sistema de justicia penal.

4.5.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, las personas autoras sostuvieron que no existían otros recursos internos que pudieran haberse utilizado para proteger la seguridad personal de Şahide e impedir su homicidio. Tanto las órdenes de expulsión y prohibición de regreso como la medida cautelar resultaron ineficaces. Todos los intentos de la difunta de obtener protección y los intentos de otros, fueron vanos.

Las personas autoras indicaron que no habían emprendido acciones legales al amparo de la Ley sobre responsabilidad oficial del Estado porque esa medida no sería un recurso efectivo frente a la desprotección de Şahide y el fracaso por impedir su homicidio. Demandar al Estado por omisión y negligencia no le devolvería la vida y tendría el objetivo diferente de ofrecer a las personas herederas una indemnización por pérdida y otros daños. Los dos planteamientos, la indemnización por un lado y la protección por el otro, son contrarios. Difieren en lo que respecta al beneficiario (las personas herederas frente a la víctima), las intenciones (indemnizar por una pérdida frente a salvar una vida) y el momento (después de la muerte y no antes de la muerte). Si el Estado Parte protegiera a las mujeres de manera eficaz, no habría necesidad de establecer la responsabilidad del Estado. Además, las demandas para obtener una indemnización comportan unos gastos enormes. Las personas autoras dicen que han presentado la comunicación para que el Estado Parte rinda cuentas de sus omisiones y negligencia y no para obtener

indemnización para las personas herederas. Por último, sería improbable que la presentación de una demanda contra el Estado brindara un remedio efectivo de conformidad con lo dispuesto en el Art. 4 del Protocolo Facultativo.

Las personas autoras afirmaron todas las otras razones que siempre se incluyen para argumentar la admisibilidad de la comunicación, que no se incluyen por no tener gran importancia en este caso.

Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad

En lo que respecta a la admisibilidad, el Estado Parte declaró no estar de acuerdo con la afirmación de que se habían agotado los recursos internos. En primer lugar, Şahide no dio su autorización a las autoridades competentes para que iniciaran acciones contra Mustafá por proferir una amenaza peligrosa punible. Tampoco estuvo dispuesta a testificar en su contra. Pidió al tribunal que no castigara a su marido y, después de presentar cargos, se esforzó repetidamente por restar importancia a los incidentes y negar su carácter delictivo.

Comentarios de las personas autoras sobre las observaciones del Estado Parte acerca de la admisibilidad

Las personas autoras sostuvieron que la víctima y las personas autoras sí habían agotado todos los recursos internos, que probablemente hubieran brindado un remedio adecuado. Afirmaron que no existe obligación jurídica de solicitar medidas civiles, como una medida cautelar.

Las personas autoras opinaron también que la idea de exigir que una mujer amenazada de muerte presente una solicitud ante el Tribunal Constitucional no es un argumento que el Estado Parte plantee de buena fe. El procedimiento tarda entre dos y tres años y, por ese motivo, es poco probable que brinde un remedio adecuado a una mujer amenazada de muerte.

Las personas autoras consideraron que el Estado Parte había cargado injustamente a la víctima con la responsabilidad de tomar

medidas contra un marido violento y no había comprendido el peligro al que se enfrentaba la víctima ni el poder del agresor sobre ella. Por tanto, las personas autoras creen que el párrafo 4 del Art. 107 del Código Penal relativo a la autorización de los enjuiciamientos contra quienes profieran amenazas peligrosas punibles debe ser derogado para que la carga recaiga en el Estado, donde debe estar, y así se reforzaría la noción de que las amenazas punibles son delitos contra la comunidad tanto como delitos contra las víctimas concretas.

Las personas autoras aclararon que Şahide tenía miedo de abandonar a su marido violento. Las víctimas tratan de evitar actuaciones que puedan agravar el peligro con que se enfrentan (“síndrome de Estocolmo”) y a menudo se sienten obligadas a actuar en interés del agresor. No se debe culpar a la mujer por no estar en condiciones de discernir debido a factores psicológicos, económicos y sociales.

Las personas autoras tampoco estuvieron de acuerdo con la descripción de ciertos hechos realizada por el Estado Parte; fue Mustafá y no Şahide quien dijo que su mujer tenía un ataque epiléptico y padecía una depresión. Ella no negó las amenazas de su marido, como afirma el Estado Parte. Se negó a testificar contra él en una única ocasión. Si Şahide restó importancia a los incidentes ante la Oficina fue porque tenía miedo de perder a sus hijas y su hijo. Las personas autoras señalaron también que Mustafá abandonó la terapia y que habría sido fácil para la policía enterarse de que Mustafá tenía una pistola. Subrayaron además que Şahide llamó a la policía la noche antes de ser asesinada, lo cual demuestra el miedo que tenía y que estaba dispuesta a tomar medidas para impedir que su marido entrara en la casa.

Respecto de las observaciones del Estado Parte sobre la cooperación efectiva entre diversas instituciones, las personas autoras afirmaron que la policía y el fiscal únicamente se pusieron en contacto con el Centro de Intervención de Viena contra la violencia en el hogar después de la muerte de Şahide.

Observaciones adicionales del Estado Parte sobre la admisibilidad

El Estado Parte rechazó enérgicamente los argumentos expuestos por las personas autoras y mantuvo su comunicación anterior. El Estado Parte señaló que debido a que las personas autoras no se estaban refiriendo únicamente a las presuntas faltas por parte del fiscal y el juez de instrucción competentes, sino a la propia legislación, sus críticas eran contra el marco jurídico, y que por ende, en virtud del párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal, podrían haber impugnado la constitucionalidad de las disposiciones para reparar una presunta violación de la ley y, por ende, no habrían agotado la vía interna.

Deliberaciones del Comité relativas a la admisibilidad

El Comité consideró que las alegaciones formuladas respecto de la obligación del Estado Parte de haber ejercido la debida diligencia para proteger a Şahide constituían el núcleo de la comunicación y eran de gran importancia para las personas herederas. Por tanto, la cuestión de si se habían agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del Art. 4 del PF-CEDAW debía examinarse en relación con esas alegaciones. Las alegaciones se referían básicamente a vicios de derecho, así como a la presunta conducta indebida o negligencia de las autoridades al aplicar las medidas prescritas por la ley. En relación con los presuntos vicios de derecho, las personas autoras afirmaron que, en virtud del Código Penal, Şahide no pudo apelar las decisiones del fiscal de no detener a su marido por proferir una amenaza peligrosa punible contra ella. El Estado Parte señaló que en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal se preveía un procedimiento cuyo objetivo era subsanar una presunta violación de la ley, y que dicho procedimiento habría estado a disposición de la difunta y seguía estando a disposición de sus descendientes. El Estado Parte consideró que el hecho de que la difunta y sus descendientes no utilizaran el procedimiento debía excluir la admisibilidad de la comunicación.

El Comité señaló que el procedimiento prescrito en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal no podía ser considerado un recurso que probablemente brindara un remedio efectivo a una mujer víctima de una amenaza de muerte peligrosa y punible. El Comité tampoco consideró probable que ese recurso interno brindara un remedio efectivo en el caso de los descendientes de la difunta, a la luz del carácter abstracto de dicho recurso constitucional. En consecuencia, el Comité concluyó que, a los fines de la admisibilidad respecto de las alegaciones de las personas autoras sobre el marco jurídico para la protección de las mujeres en situaciones de violencia en el hogar en relación con la difunta, no existían recursos que probablemente brindaran un remedio efectivo y que, en ese sentido, la comunicación era, por tanto, admisible.

Al carecer de información sobre otros recursos disponibles efectivos a los que Şahide o las personas herederas pudieran haber recurrido, o a los que aún podrían recurrir, el Comité concluyó que las alegaciones de las personas autoras, relativas a las acciones u omisiones de los funcionarios públicos, eran admisibles.

El 27 de enero de 2006, el Comité declaró que la comunicación era admisible.

Solicitud del Estado Parte de una revisión de la admisibilidad

El Estado Parte pidió al Comité que revisara su decisión sobre la admisibilidad, insistiendo en que los descendientes de Şahide debieron recurrir al procedimiento previsto en la Constitución Federal para solicitar una enmienda de la disposición jurídica, que impidió que Şahide apelara contra las decisiones adoptadas por el fiscal de no detener a Mustafá.

El Estado Parte sostuvo también que, después de que el fiscal hubiera retirado los cargos contra Mustafá, Şahide habría podido plantear una acción conocida como “acción subsidiaria” contra su marido, además, da una serie de argumentaciones sobre la dificultad de prever la peligrosidad de un individuo y concluye

que su sistema de medidas amplias encaminadas a luchar contra la violencia en el hogar no discrimina contra las mujeres y las acusaciones de las personas autoras en sentido contrario, carecen de fundamento. Argumentó que las decisiones, que parecen en retrospectiva incorrectas (cuando se dispone de información más amplia) no son discriminatorias por sí mismas.

Observaciones de las personas autoras sobre la petición del Estado Parte de una revisión de la admisibilidad

Las personas autoras señalaron que el principal elemento de la comunicación es que las disposiciones legales no se aplicaban, no que debían enmendarse o derogarse, por lo que no venía al caso hacer una reclamación en el ámbito constitucional. Adujeron además que sus sugerencias de mejora de las leyes y las medidas de cumplimiento existentes nunca podrían haberse hecho mediante una reclamación en el ámbito constitucional. Por lo tanto, el planteamiento de una reclamación en el ámbito constitucional no se consideraría un recurso interno para los fines del párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo.

Las personas autoras argumentaron que el recurso a la “acción subsidiaria” sería costoso y no proporcionaría ninguna mejora efectiva. Las personas autoras opinan que el Protocolo Facultativo y las normas de procedimiento del Comité, así como los principios jurídicos generales, (*ne bis in idem*) no prevén la derogación de la decisión de admisibilidad de 27 de enero de 2006.

Las personas autoras señalan otra serie de razones por las cuales no podrían haber ejercido una acción subsidiaria que no se incluyen porque el Comité decidió que esta acción no era procedente.

Observaciones adicionales del Estado Parte

El Estado Parte proporcionó información detallada sobre la llamada “acción subsidiaria”, en virtud de la cual un particular toma a su cargo la presentación de cargos contra el acusado pero no se incluye toda la argumentación porque el Comité consideró

que este recurso no estaba *de facto* al alcance de las personas autoras, aunque para una comunicación futura, es importante analizar todos los recursos que existen en un país y desde el inicio explicar por qué no serían efectivos o serían demasiado costosos.

Examen de la admisibilidad

Con arreglo al párrafo 2 del Art. 71 de su reglamento, el Comité volvió a examinar la comunicación a la luz de toda la información proporcionada por las partes y decidió que el Estado Parte no presentó nuevos argumentos que lo obligaran a modificar su opinión de que, en razón de su carácter abstracto, este recurso interno no proporcionaría probablemente un remedio eficaz.

En cuanto al argumento del Estado Parte de que Şahide, como particular, habría podido iniciar una acción, conocida como “acción subsidiaria”, contra su marido después de que el fiscal hubiera decidido abandonar los cargos contra él, el Comité no consideró que este recurso estaba *de facto* al alcance de las personas autoras, teniendo en cuenta que los requisitos para que un particular se haga cargo de las actuaciones contra el acusado son más estrictos que los correspondientes al fiscal, el hecho de que el alemán no era la lengua materna de Şahide y, lo que es más importante, el hecho de que ella estaba en una situación de violencia doméstica y amenazas de violencia prolongadas.

En cuanto a la afirmación del Estado Parte de que Şahide habría podido plantear una reclamación con arreglo al Art. 37 de la Ley de la Fiscalía, el Comité consideró que este recurso –diseñado para determinar la legalidad de las acciones oficiales del fiscal responsable– no podía considerarse un recurso que podría ayudar, de hecho, a una mujer cuya vida estaba sometida a una amenaza peligrosa y no debería, en consecuencia, impedir la admisibilidad de la comunicación.

4.5.4. En cuanto al fondo

En su comunicación de 4 de mayo de 2005, el Estado Parte describió así la serie de acontecimientos que llevó al asesinato de Şahide:

Mustafá no fue procesado por proferir amenazas peligrosas punibles contra Şahide el 2 de diciembre de 1999 porque ella no autorizó a las autoridades a que lo hicieran. Las autoridades incoaron acciones penales contra él por infligir lesiones corporales dolosas. Según el expediente judicial, Şahide no quiso testificar contra Mustafá y pidió expresamente al tribunal que no castigara a su marido. Fue absuelto por falta de pruebas. Posteriormente, la policía dictó una orden de expulsión y prohibición de regreso contra Mustafá. Se informó por teléfono al fiscal acerca de un incidente de coacción con circunstancias agravantes y amenazas peligrosas punibles ocurrido el día anterior.

El 18 de septiembre de 2000, el fiscal recibió una denuncia por escrito en relación con el incidente del 22 de agosto de 2000. Cuando fue interrogada,

Şahide dijo que había sufrido un ataque epiléptico y brotes de depresión y negó que Mustafá le hubiera amenazado de muerte. En consecuencia, el fiscal paralizó las actuaciones contra Mustafá por coacción con circunstancias agravantes y amenazas peligrosas punibles.

El 13 de enero de 2001, el tribunal competente en cuestiones de tutela limitó el papel de Mustafá y Şahide en el cuidado y la educación de sus hijas y su hijo y les exigió que cumplieran las medidas acordadas en cooperación con la Oficina para el Bienestar de la Juventud. En su decisión, el tribunal señaló que Mustafá y Şahide siempre intentaban dar la impresión de llevar una vida ordenada. Cuando se les preguntó por las acusaciones de causar lesiones corporales y proferir amenazas peligrosas punibles, tanto Mustafá como

Şahide consideraron importante destacar que se habían reconciliado totalmente después de cada incidente.

Mustafá y Şahide accedieron a acudir a terapia de pareja y a mantenerse en contacto con la Oficina para el Bienestar de la Juventud. Asistieron a la terapia hasta el verano de 2002. La administración municipal también les ofreció un piso nuevo más espacioso para solucionar sus apremiantes necesidades de alojamiento. Pese a esas mejoras, la policía tuvo que intervenir reiteradamente en las disputas de la pareja.

El 23 de octubre de 2002, el tribunal del distrito dictó una medida cautelar contra Mustafá, por la que se le prohibía volver al domicilio familiar y sus alrededores y ponerse en contacto con Şahide y sus hijas y su hijo. En una declaración ante el juez en presencia de Mustafá (pese a que había sido informada de sus derechos), Şahide dijo que haría todo lo que estuviera en su mano para mantener a la familia unida, que Mustafá tenía muy buena relación con los niños y que la ayudaba en la casa a causa de la epilepsia que ella padecía.

En un informe policial del 2002 se indica que la Oficina para el Bienestar de la Juventud pidió a la policía que acudiera al domicilio de los Goekce porque el marido había violado la medida cautelar y estaba en la casa.

Cuando la policía llegó, Mustafá ya no se encontraba allí. Şahide pareció molesta por el hecho de que la policía hubiera acudido al piso y preguntó por qué venían casi a diario pese a que ella había declarado expresamente que deseaba pasar la vida junto a su marido.

El 6 de diciembre de 2002, la Fiscalía retiró los cargos contra Mustafá por amenaza peligrosa punible relacionados con un incidente ocurrido el 8 de octubre de 2002, ya que Şahide entregó a la policía una declaración por escrito en la que afirmaba que se había hecho un arañazo. También afirmó que su marido llevaba años amenazándola de muerte. El fiscal actuó sobre el supuesto de que las amenazas eran algo habitual en las peleas de la pareja y no se iban a cumplir. Şahide intentó reiteradamente restar importancia a los incidentes

para impedir que se iniciaran acciones contra Mustafá. De esa manera, y al negarse a testificar en las diligencias penales, contribuyó a que no se condenara por delito a Mustafá.

El 7 de diciembre de 2002, Mustafá fue a la casa a primeras horas de la mañana y abrió la puerta con una llave que le había dado Şahide una semana antes. Salió de la casa a las 8:30 de la mañana y regresó al mediodía. Şahide le dijo a gritos que él no era el padre de todos sus descendientes y Mustafá disparó contra ella y la mató con una pistola que había comprado tres semanas antes, pese a que existía una prohibición en vigor de tenencia de armas en su contra.

En el juicio de Mustafá, un perito afirmó que había cometido el asesinato bajo la influencia de una psicosis de celos paranoica, lo que le absolvía de responsabilidad penal. Por ese motivo, la Fiscalía de Viena solicitó que fuese internado en un centro para delincuentes con trastornos mentales. El 23 de octubre de 2003, el Tribunal Penal Regional de Viena ordenó que se internara a Mustafá en un centro de esas características.

El Estado Parte señaló además que la Ley Federal para la protección contra la violencia en el hogar constituye un sistema muy eficaz para luchar contra la violencia en el hogar y establece un marco para la cooperación efectiva entre diversas instituciones.

En las circunstancias descritas arriba, el Estado Parte consideró que la detención no estaba justificada en relación con el incidente del 8 de octubre de 2002. Mustafá no tenía antecedentes penales y el fiscal no sabía en aquel momento que Mustafá tenía un arma. El fiscal no consideró que los hechos conocidos indicaran un peligro inminente de que Mustafá cometiera un homicidio; la detención únicamente habría estado justificada como último recurso. En vista del aparente enfado de Şahide ante la intervención policial del 18 de noviembre de 2002 (ver fragmento citado), el fiscal no podía presuponer que la acusación diera lugar a una condena y una sentencia de privación de libertad. El tribunal debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad al detener a un acusado y, en

cualquier caso, debe descartar la detención si la duración resulta desproporcionada en relación con la sentencia prevista.

El Estado Parte adujo también que periódicamente se organizan cursos especiales de capacitación para magistrados y policías acerca de la violencia en el hogar. La cooperación entre magistrados y policía se examina constantemente para garantizar una intervención más rápida de los órganos del Estado, con el fin de impedir en la medida de lo posible que se produzcan tragedias como la de Şahide Goekce sin interferir indebidamente en la vida familiar de una persona y sus demás derechos fundamentales.

4.5.5. Decisión del Comité en cuanto al fondo

En cuanto a la supuesta violación de las obligaciones del Estado Parte de eliminar la violencia contra la mujer en todas sus formas, en relación con Şahide, contenidas en el párrafo a) y los párrafos c) a f) del Art. 2 y el Art. 3 de la Convención, el Comité recordó que, efectivamente, su Recomendación General N° 19 se ocupa de la cuestión de que sí se puede considerar a los Estados Parte responsables de la conducta de agentes no estatales.

El Comité observó que si bien el Estado Parte ha establecido un modelo amplio para hacer frente a la violencia en el hogar, la voluntad política expresada en el sistema amplio de Austria debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de la debida diligencia del Estado Parte.

En el presente caso, el Comité observó que durante el período de tres años que se inició con el episodio violento comunicado a la policía el 3 de diciembre de 1999 y que terminó con la muerte de Şahide por disparo de arma de fuego el 7 de diciembre de 2002, la frecuencia de las llamadas a la policía sobre disturbios y disputas y/o golpes, fue en aumento. La policía emitió órdenes de prohibición de regreso en tres ocasiones separadas y pidió dos veces al fiscal que se detuviera a Mustafá; y estaba en vigor en el momento de su muerte una medida cautelar válida por tres meses que prohibía a Mustafá volver al apartamento de la familia y sus inmediaciones y mantener contacto con Şahide o las hijas y el hijo.

El Comité observó que Mustafá dio muerte a Şahide con una pistola que había comprado tres semanas antes, pese a que había contra él una prohibición válida sobre portar armas y que no se había cuestionado el hecho de que Şahide llamó al servicio de llamadas de emergencia pocas horas antes de su muerte, y no se envió pese a ello un auto patrullero al lugar del delito.

El Comité considera que, dada esta combinación de factores, la policía sabía o debía haber sabido que Şahide corría peligro grave; debía haber tratado su última llamada como una emergencia, en particular en razón de que Mustafá había demostrado posibilidades de ser un delincuente muy peligroso y violento. El Comité consideró que, teniendo en cuenta los numerosos antecedentes de disturbios y golpes anteriores, por no responder inmediatamente a la llamada, la policía era responsable de no haber actuado con la debida diligencia para proteger a Şahide.

Aunque el Estado Parte sostuvo con razón que era necesario en cada caso determinar si la detención constituiría una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de un autor de actos de violencia en el hogar, como el derecho a la libertad de circulación y a un juicio imparcial, el Comité opinó, según expresó en sus opiniones sobre otra comunicación relativa a la violencia en el hogar, que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental. En el presente caso, el Comité consideró que el comportamiento de Mustafá transponía un alto umbral de violencia del cual tenía conciencia el fiscal y que, en consecuencia, el fiscal no debía haber denegado las solicitudes de la policía de detener a Mustafá.

Aunque observó que se sometió debidamente a juicio a Mustafá por la muerte de Şahide, el Comité concluyó que el Estado Parte violó sus obligaciones con arreglo al apartado a) y los apartados c) al f) del Art. 2 y el Art. 3 de la Convención, considerados en conjunción con el Art. 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité y los derechos correspondientes de la difunta Şahide.

El Comité observó que las personas autoras habían alegado también que el Estado Parte violó el Art. 1 y el Art. 5 de la Convención. El Comité ha declarado en su Recomendación General N° 19 que la definición de discriminación contenida en el Art. 1 de la Convención incluye la violencia basada en el género. Ha reconocido también que hay vínculos entre las actitudes tradicionales en que se considera a las mujeres como subordinadas a los hombres y la violencia en el hogar. Al mismo tiempo, el Comité opinó que la información presentada por las personas autoras de la comunicación y el Estado Parte no justifican otras conclusiones.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del Art. 7 del Protocolo Facultativo de la Convención, el Comité opinó que los actos que tenía ante sí revelaban una violación de los derechos de la difunta Şahide a la vida y la integridad física y mental con arreglo al apartado a) y los apartados c) a f) del Art. 2 y el Art. 3 de la Convención considerados en conjunción con el Art. 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité e hizo las siguientes recomendaciones al Estado Parte:

- a) Reforzar la aplicación y la vigilancia de la Ley Federal de protección contra la violencia en el hogar y las leyes penales conexas, actuando con la debida diligencia para prevenir esa violencia contra la mujer y responder a esa violencia, y prever sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento;
- b) Enjuiciar de manera vigilante y rápida a las personas autoras de actos de violencia en el hogar, a fin de hacer comprender a los agresores y al público que la sociedad condena la violencia en el hogar y asegurar al mismo tiempo que se utilicen recursos penales y civiles en los casos en que el perpetrador en una situación de violencia en el hogar plantea una amenaza peligrosa para la víctima, y asegurar también que en todas las medidas que se tomen para proteger a la mujer de la violencia, se dé la consideración debida a la seguridad de la mujer, haciendo hincapié en que los derechos del perpetrador no pueden sustituir a los derechos de la mujer a la vida y la integridad física y mental;

- c) Asegurar que se mejore la coordinación entre los encargados del cumplimiento de la ley y los funcionarios judiciales y asegurar también que todos los niveles del sistema de justicia penal (la policía, los fiscales, los jueces) cooperen regularmente con las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger y apoyar a las víctimas de violencia basada en el género;
- d) Fortalecer los programas de capacitación y formación sobre violencia en el hogar para los jueces, abogados y oficiales encargados de hacer cumplir la ley, incluso en lo que respecta a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Recomendación General N° 19 del Comité y el Protocolo Facultativo.

4.5.6. Lecciones

Este caso es un claro ejemplo de cómo un Estado puede tener buenas leyes pero no implementarlas correctamente, incumpliendo así con su obligación de lograr la igualdad *de facto* entre hombres y mujeres en el contexto de la violencia de género contra las mujeres.

En este caso el Comité hizo un buen análisis del equilibrio que debe conseguirse en casos de violencia doméstica entre la libertad de tránsito del agresor y la necesidad de protección de la víctima, insistiendo en que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental. Y, aunque no lo explicita, el Comité también aclara, con esta decisión, que el Estado debe actuar con la debida diligencia para prevenir un acto de violencia por parte de un tercero, al rechazar el argumento del Estado Parte de que el fiscal no podía saber que el agresor la mataría, porque el Comité consideró que el fiscal tenía suficientes elementos como para llegar a la conclusión de que la vida de la víctima peligraba y que, por ende, debió haber actuado para prevenir su muerte.

Son muchas las lecciones que podemos obtener de este caso, entre las que se puede nombrar la preparación tan minuciosa que hicieron las representantes de la víctima en cuanto a sus

argumentos. Utilizaron argumentos como el del síndrome de Estocolmo para referirse a las víctimas de violencia doméstica y lo argumentaron muy bien. También se prepararon en cuanto a la obligación del Estado Parte de prevenir la violencia con la debida diligencia y demostraron que ésta debe también ser la medida para evaluar la actuación de la policía, de las personas fiscales y de las cortes en todas las etapas del proceso. Este es un caso que debe ser leído también por todas aquellas personas que litigan en el ámbito nacional, para aprender a utilizar estos argumentos en las cortes y tribunales.

Por otro lado, también hay que analizar las recomendaciones que se le hicieron al Estado, pedidas por las representantes de la víctima, y estudiar cómo se pueden pedir unas recomendaciones aún más específicas.

Este caso también puede dar pistas en cuanto a los requisitos de admisibilidad. Hay que estudiarlo para que en un futuro caso se pueda argumentar y contra-argumentar sobre estos requisitos desde el inicio, para no perder tanto tiempo en las respuestas del Estado y los comentarios adicionales que cada parte puede dar.

4.6. Comunicación Nº 6/2005, Fatma Yildirim (fallecida) contra Austria

4.6.1. Hechos expuestos por las personas autoras

Fatma Yildirim contrajo matrimonio con Irfan Yildirim el 24 de julio de 2001. Fatma tenía tres hijos de su primer matrimonio, dos de los cuales son adultos. Su hija menor, Melissa, nació el 30 de julio de 1998.

Las personas autoras declaran en los hechos expuestos que Irfan Yildirim amenazó con dar muerte a Fatma Yildirim varias veces, por lo que Fatma quería divorciarse. Sin embargo, Irfan no daba su consentimiento y amenazaba con matarla a ella y a sus hijas e hijos, si lo hacía.

Temiendo por su vida, Fatma se trasladó con su hija Melissa, a casa de su hija mayor, Gülen. Tras otros varios incidentes en que Irfan la amenazó de muerte, Fatma acudió a la Comisaría de

la Policía Federal de Viena para denunciar a Irfan por agresión y por proferir amenazas con intención criminal.

La policía emitió contra Irfan una orden de expulsión y prohibición de regresar al apartamento, e informó al Centro de Intervención de Viena contra la Violencia Doméstica y a la Oficina de Bienestar de Menores, de la emisión de la orden y sus fundamentos. La policía también comunicó al fiscal de guardia que Irfan había proferido una amenaza con intención criminal contra Fatma y pidió que fuera detenido. La fiscalía rechazó la solicitud.

Fatma, con la ayuda del Centro de Intervención de Viena contra la Violencia Doméstica, solicitó en su nombre y en el de su hija menor, al Tribunal de Distrito, una medida cautelar contra Irfan. El Tribunal de Distrito informó a la Comisaría de la Policía Federal de la solicitud.

Ese mismo día, Irfan se presentó en el lugar de trabajo de Fatma y la hostigó. La policía fue requerida para poner fin a la pelea, pero no informó del incidente a la fiscalía. Más tarde, Irfan amenazó al hijo de 26 de años de Fatma, el cual denunció el incidente a la policía.

Irfan amenazó con matar a Fatma en dos ocasiones más en su lugar de trabajo. En las dos ocasiones la policía fue notificada. En la primera, cuando la policía llegó al lugar de trabajo de Fatma, Irfan ya se había ido, pero se le ordenó que regresara y la policía habló con él. Fatma volvió a denunciar a Irfan a la policía después de que la amenazara a ella y a su hijo esa misma noche, y la policía habló con él por su teléfono celular. En la segunda ocasión en que Irfan amenazó con matarla en su lugar de trabajo, cuando la policía llegó, Irfan salió corriendo por lo que la policía transmitió la denuncia a la inspección de policía.

Posteriormente, el Centro de Intervención de Viena contra la Violencia Doméstica informó por fax a la Comisaría de la Policía Federal de Viena de las amenazas de muerte proferidas, el hostigamiento a Fatma en su lugar de trabajo y su solicitud de medida cautelar. Se dio a la policía el nuevo número de teléfono celular de Fatma a fin de que pudiera estar siempre en contacto

con ella. También se pidió a la policía que prestara más atención a su caso.

El 14 de agosto Fatma hizo una declaración formal a la policía sobre las amenazas contra su vida, y la policía informó a su vez al fiscal de guardia de Viena, solicitando la detención de Irfan. Una vez más, la solicitud fue rechazada.

El 26 de agosto de 2003, Fatma presentó una petición de divorcio. El 1 de septiembre de 2003, el Tribunal de Distrito emitió una medida cautelar contra Irfan a favor de Fatma, valedera hasta que finalizara la tramitación del divorcio, y una medida cautelar a favor de Melissa, válida por 3 meses. En virtud de la orden, se prohibía a Irfan regresar al apartamento familiar y sus alrededores inmediatos, acudir al lugar de trabajo de Fatma y reunirse o ponerse en contacto con Fatma o Melissa.

El 11 de septiembre de 2003, a las 22:50 horas aproximadamente, Irfan siguió a Fatma cuando se dirigía a casa desde su trabajo y la apuñaló hasta darle muerte.

Irfan fue detenido cuando intentaba entrar en Bulgaria el 19 de septiembre de 2003. Fue declarado culpable del asesinato de Fatma y se encuentra cumpliendo condena de cadena perpetua.

4.6.2. La denuncia

Las personas autoras denuncian que Fatma Yildirim es víctima de una violación por el Estado Parte de los Arts. 1, 2, 3 y 5 de la CEDAW, porque el Estado Parte no tomó todas las medidas positivas necesarias para proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal de Fatma Yildirim. En particular, las personas autoras alegan que la comunicación entre la policía y la fiscalía no permitió a ésta evaluar debidamente el peligro que planteaba Irfan, y que en dos ocasiones el fiscal tendría que haber solicitado al juez investigador la emisión de una orden de detención contra Irfan, en virtud del Código de Procedimiento Penal.

Las personas autoras sostienen, además, que el Estado Parte tampoco cumplió las obligaciones contraídas en virtud de las Recomendaciones Generales N° 12, 19 y 21 del Comité,

la Constitución de Austria y otra serie de declaraciones y convenciones.

Respecto del Art. 1 de la Convención, las personas autoras sostienen que, en la práctica, el sistema de justicia penal afecta principal y desproporcionadamente de forma negativa a la mujer. Mencionan en particular que las mujeres salen mucho más perjudicadas que los hombres cuando los fiscales no solicitan la detención de supuestos agresores. También se ven afectadas de forma desproporcionada por la práctica de no enjuiciar y castigar como corresponde a las personas autoras de casos de violencia doméstica. Además, las mujeres se ven afectadas de forma desproporcionada por la falta de coordinación entre las autoridades policiales y judiciales, la falta de capacitación del personal policial y judicial en materia de violencia doméstica, y la falta de datos y estadísticas sobre la violencia doméstica.

Respecto del Art. 1, los apartados a), c), d) y f) del Art. 2, y el Art. 3 de la Convención, las personas autoras sostienen que el hecho de que no se detenga a los autores de casos de violencia doméstica, que su enjuiciamiento sea inadecuado, que no haya coordinación entre las autoridades policiales y judiciales, y que no se reúnan datos y se mantengan estadísticas sobre los casos de violencia doméstica, da lugar a desigualdades en la práctica y a la denegación del disfrute de los derechos humanos de Fatma Yildirim.

Por lo que se refiere al Art. 1 y al apartado e) del Art. 2 de la Convención, las personas autoras declaran que el personal del sistema de justicia penal de Austria no actuó con la diligencia debida para investigar y enjuiciar los actos de violencia y proteger el derecho de Fatma Yildirim a la vida y la seguridad personal.

Respecto del Art. 1 y del Art. 5 de la Convención, las personas autoras alegan que el asesinato de Fatma Yildirim es un ejemplo trágico de que las autoridades austriacas, y la opinión pública en general, no se toman en serio la violencia contra la mujer. El sistema de justicia penal, en particular los fiscales y jueces, consideran que el asunto es un problema social o doméstico, una infracción o falta menor que ocurre en ciertas clases sociales. No

aplican el derecho penal a tales actos de violencia porque no se toman el peligro en serio.

Las personas autoras solicitan al Comité que evalúe en qué medida se han violado los derechos humanos de la víctima y los derechos que se protegen en virtud de la Convención, así como la responsabilidad del Estado Parte por no detener al sospechoso peligroso. Las personas autoras también solicitan al Comité que recomiende al Estado Parte que ofrezca protección efectiva a las mujeres víctimas de la violencia, en particular a las migrantes, dando instrucciones claras a los fiscales y jueces investigadores sobre cómo actuar en casos de violencia grave contra la mujer.

Las personas autoras solicitan al Comité que recomiende al Estado Parte que aplique una política “favorable a la detención” con el fin de ofrecer protección efectiva a las mujeres que son víctimas de la violencia doméstica, así como una política “favorable al enjuiciamiento” que transmita a los maltratadores y a la opinión pública la idea de que la sociedad condena la violencia doméstica, y que garantice la coordinación entre las distintas autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. También solicitan al Comité que, en general, haga uso de la autoridad conferida en virtud del párrafo 1 del Art. 5 del Protocolo Facultativo respecto de la adopción de medidas provisionales, como hizo en el caso *A. T. contra Hungría* (Comunicación N° 2/2003).

Las personas autoras también solicitan al Comité que recomiende al Estado Parte que se asegure de que todos los niveles del sistema de justicia penal (policía, fiscales, magistrados) cooperen de forma sistemática con las organizaciones que trabajan para proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia por razón de sexo, y se asegure de que los programas de capacitación y educación sobre la violencia doméstica sean obligatorios.

4.6.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, las personas autoras sostuvieron que no había ningún otro recurso interno que se pudiera haber aplicado para proteger la seguridad personal

de Fatma y evitar su homicidio. Tanto la orden de expulsión y prohibición de regresar como la medida cautelar, resultaron ser ineficaces.

En la exposición del 10 de diciembre de 2004 se indica que la hija menor de Fatma (representada por su padre biológico) había iniciado un proceso civil en virtud de la Ley sobre responsabilidad del Estado. En virtud de dicha ley, los hijos pueden demandar al Estado para obtener compensación por daños psicológicos, gastos de psicoterapia para hacer frente a la muerte de la madre, compensación por los gastos del funeral y manutención de la hija menor. Las personas autoras mantienen que este no es un remedio efectivo para la falta de protección de Fatma y el hecho de que no se evitara su homicidio. La demanda por omisiones y negligencia no puede devolverla a la vida y sólo sirve para proporcionar compensación por la pérdida y los daños sufridos. Los dos enfoques, compensación por un lado y protección por el otro, son opuestos: difieren con respecto al beneficiario (las personas herederas o la víctima), las intenciones (compensar por una pérdida o salvar una vida) y el momento (después de la muerte o antes de ella). Si el Estado Parte protegiera efectivamente a las mujeres, no habría necesidad de establecer responsabilidad del Estado. Además, las demandas de compensación conllevan costos considerables. Las personas autoras declaran que han presentado la comunicación con el fin de que el Estado Parte rinda cuentas de sus omisiones y negligencia y no para obtener compensación para las personas herederas. Finalmente, la demanda contra el Estado Parte probablemente no brindará un remedio efectivo en virtud de lo dispuesto en el Art. 4 del Protocolo Facultativo.

Las personas autoras también declararon que no habían presentado la comunicación a ningún otro órgano de las Naciones Unidas o mecanismo regional de solución o investigación internacional. También se dieron algunos argumentos sobre el *locus standi*, que no se comentarán por no haber sido relevantes para la decisión del Comité.

En su exposición del 4 de mayo de 2005, el Estado Parte confirmó los hechos de la comunicación y añadió que Irfan fue condenado a cadena perpetua en la sentencia firme del Tribunal

Penal Regional de Viena del 14 de septiembre de 2004, por asesinato y amenaza criminal peligrosa.

El Estado Parte informó que Melissa Özdemir, la hija menor de edad de la finada, presentó oficialmente reclamaciones de responsabilidad civil contra Austria, que sin embargo fueron rechazadas porque el tribunal entendió que las medidas adoptadas por la Fiscalía de Viena podían justificarse. El fiscal tenía que examinar *ex ante* la cuestión de presentar una petición de detención y –además de examinar los requisitos adicionales– tenía que sopesar, por una parte, el derecho básico a la vida y la integridad física de la persona que había presentado la denuncia y, por otra parte, el derecho básico a la libertad del sospechoso, quien no tenía antecedentes penales en ese momento y no había dado a los agentes de policía que intervinieron la impresión de ser sumamente agresivo. El hecho de que esa valoración resultara más tarde insuficiente, pese a una evaluación amplia de las circunstancias pertinentes, no hacía injustificable la medida adoptada por el fiscal. Según el Estado Parte, Melissa Özdemir aún podía presentar sus reclamaciones con arreglo al derecho civil.

El Estado Parte argumentó además que la Ley Federal de protección contra la violencia familiar constituye un sistema altamente eficaz para combatir la violencia doméstica y establece un marco para la cooperación eficaz entre diversas instituciones y dio una serie de ejemplos de por qué es así.

El Estado Parte también argumentó que periódicamente se realizan cursos especiales de capacitación en materia de violencia doméstica para los magistrados y la policía, y que la cooperación entre los magistrados y la policía se examina constantemente a fin de garantizar una intervención más rápida con objeto de evitar, en la medida de lo posible, tragedias como la de Fatma, sin injerencia inapropiada en la vida familiar de una persona, ni en el ejercicio de otros derechos básicos. Según el Estado Parte, esas tragedias no indican discriminación contra la mujer, con arreglo a la Convención.

El Estado Parte consideró que la imposición de la detención constituye una enorme injerencia en las libertades fundamentales

de una persona, razón por la cual la detención sólo puede imponerse como *ultima ratio*. Insistió en que la valoración de proporcionalidad es una evaluación orientada hacia el futuro de la peligrosidad de la persona en cuestión y la posibilidad de que esa persona cometa un delito, lo que tiene que sopesarse con las libertades y los derechos fundamentales del sospechoso.

Recordó que Irfan no tenía antecedentes penales, no usaba armas y pareció tranquilo a los agentes de policía que intervinieron, con los cuales cooperó. Fatma no tenía heridas aparentes. Sobre esa base, y teniendo en cuenta la presunción de inocencia del sospechoso, el Fiscal finalmente decidió, en ese caso concreto, no presentar una petición de detención contra Irfan porque –desde un punto de vista *ex ante*– esa medida habría sido desproporcionada.

Comentarios de las personas autoras acerca de las observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad

En sus comentarios de 31 de julio de 2005, las personas autoras sostienen que la víctima y las personas autoras han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna que habrían podido aportar remedio suficiente. Alegan que el hecho de que la hija de la finada todavía pueda presentar una demanda judicial no debería impedirles presentar una comunicación, y no tiene efecto jurídico en relación con la admisibilidad.

En opinión de las personas autoras, la idea de exigir a una mujer que está bajo amenaza de muerte presentar una solicitud al Tribunal Constitucional, no es un argumento presentado de buena fe por el Estado Parte. En algunos casos, la tramitación dura de dos a tres años y, por esa razón, es poco probable que aporte reparación suficiente a una mujer amenazada de muerte.

Las personas autoras rechazaron la interpretación del Estado Parte de la decisión del fiscal de no ordenar la detención de Irfan. El fiscal tenía conocimiento de todos los incidentes violentos y habría reaccionado de manera diferente si una personalidad pública hubiera recibido amenazas de muerte; con toda probabilidad, el presunto agresor habría sido arrestado de inmediato y la personalidad pública habría tenido protección de

la policía hasta el momento del arresto. Ante el argumento del Estado Parte de que Irfan no había dado a los agentes de policía que intervinieron la impresión de ser sumamente agresivo, las personas autoras de la comunicación sostienen que su agresión iba dirigida contra Fatma y no contra la policía y que el tipo de evaluación de riesgos utilizado por las autoridades era simplista y poco profesional. El caso de Fatma muestra que, aun cuando la víctima denuncia todos los incidentes y amenazas y está dispuesta a autorizar el enjuiciamiento del presunto maltratador, la fiscalía no le ofrece protección efectiva contra nuevos actos de violencia. El fiscal no tuvo contacto con el presunto victimario y confió en los informes orales de un abogado del departamento de policía que no tenía experiencia directa con el caso ni contacto directo con la finada. La evaluación de la peligrosidad de Irfan no fue amplia y no se tuvieron en cuenta, o no se tomaron suficientemente en serio, importantes hechos. Es posible que Irfan no tuviera antecedentes penales, pero en los informes policiales se mencionaban las amenazas de muerte que había proferido. En consecuencia, no había protección contra un presunto maltratador, sólo porque nunca había sido condenado.

Exposición complementaria del Estado Parte sobre la admisibilidad

En su exposición complementaria de 21 de octubre de 2005, el Estado Parte mantuvo los argumentos presentados en su exposición previa. El Estado Parte señaló, además, que puesto que las personas autoras afirman que no es posible impugnar las decisiones tomadas por el fiscal y que las medidas previstas en la Ley Federal de protección contra la violencia doméstica no son suficientemente eficaces para proteger verdadera y efectivamente a las mujeres, así como que el fiscal sólo puede pedir la detención de un sospechoso si también decide llevar a cabo una investigación criminal y proceder al enjuiciamiento, entonces se puede deducir que lo que las personas autoras afirman es que hay fallas en la propia ley. Y si es así, afirmó el Estado que cualquier persona puede impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas que presuntamente vulneren de manera

directa los derechos individuales y procedió a describir cómo debían haber interpuesto un recurso de este tipo.

El Estado Parte admitió que la tramitación prevista con relación a la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional no proporciona una vía muy rápida para la reparación. Sin embargo, en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo de la CEDAW, se dispone que es necesario agotar todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que dé por resultado un remedio efectivo.

La necesidad de agotar los recursos internos es la expresión de un principio general del derecho internacional y un elemento habitual de los mecanismos internacionales de derechos humanos. Da al Estado la posibilidad de reparar las violaciones de los derechos humanos en primer lugar a escala interna (subsidiariedad del instrumento internacional de protección jurídica).

El Estado Parte mantuvo que los familiares supérstites de Fatma debieron hacer uso de la posibilidad de interponer un recurso individual ante el Tribunal Constitucional antes de dirigirse al Comité, como se exige en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo. Según el Estado Parte, la tramitación de recursos ante el Tribunal Constitucional no es injustificadamente prolongada. Además, no puede decirse, a la luz de los precedentes del Tribunal, que los familiares supérstites no tendrían derecho a interponer un recurso individual porque, hasta donde puede verse, no se han presentado casos similares ante el Tribunal.

En el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo no se incluyen únicamente recursos que siempre son fructíferos. El Estado Parte insistió en que las personas autoras no habían alegado que el procedimiento constitucional previsto en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal fuera totalmente inadecuado como recurso. Afirmó que si las personas autoras se proponían lograr un remedio eficaz respecto de la protección efectiva de la vida y la seguridad personal de las mujeres, habría sido posible iniciar un trámite para enmendar las disposiciones

jurídicas problemáticas mediante la presentación de una solicitud individual ante el Tribunal Constitucional.

Aunque es cierto que, tras su muerte, no existe remedio efectivo para proteger la vida y la seguridad personal de Fatma, Austria consideró que esta cuestión no debía examinarse en la etapa de admisibilidad de los procedimientos previstos en el Protocolo Facultativo. Lo planteado es más bien si sus familiares supervivientes habrían tenido la posibilidad de hacer uso de un recurso adecuado para derogar disposiciones jurídicas a nivel interno, con el fin de alcanzar sus objetivos.

Cuestiones y procedimientos examinados por el Comité en relación con la admisibilidad

El Comité examinó la admisibilidad de la comunicación de conformidad con los Arts. 64 y 66 de su reglamento. El Comité determinó que la cuestión no había sido, ni estaba siendo, examinada conforme a ningún otro procedimiento internacional de investigación o solución de controversias.

En relación con lo dispuesto en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo de la CEDAW (la norma relativa a los recursos de la jurisdicción interna), el Comité señaló que las personas autoras debían utilizar los recursos del ordenamiento jurídico interno a su disposición y que les permitieran obtener reparación por las presuntas violaciones. El fondo de las denuncias presentadas al Comité debería haberse planteado primeramente ante un órgano interno apropiado. De lo contrario, la motivación que sustentaba la disposición se perdería. La norma relativa a los recursos de la jurisdicción interna fue concebida para dar a los Estados Parte la oportunidad de reparar la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención por conducto de sus regímenes jurídicos antes de que el Comité abordara las mismas cuestiones. El Comité de Derechos Humanos había recordado recientemente las razones de su norma correspondiente en el caso *Panayote Celal, en nombre de su hijo, Angelo Celal, contra Grecia* (1235/2003, párrafo 6.3): “El Comité recuerda que el propósito del requisito de agotamiento del apartado b) del párrafo

2 del Art. 5 del Protocolo Facultativo es que el propio Estado Parte tenga la oportunidad de reparar la violación sufrida”.

El Comité señaló que en las comunicaciones de denuncia de actos de violencia doméstica, los recursos en que se pensaba a los efectos de la admisibilidad, se relacionaban con la obligación de un determinado Estado Parte de ejercer la debida diligencia para brindar protección, investigar el delito, castigar a la personas autora, y proporcionar indemnización, como se establece en la Recomendación General N° 19 del Comité.

El Comité consideró que las alegaciones hechas en relación con la obligación del Estado Parte de ejercer la debida diligencia para proteger a Fatma, ocupaban un lugar central en la comunicación y eran de gran importancia para las personas herederas. En consecuencia, la cuestión de si se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna, de conformidad con el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo, deberá examinarse en relación con esas alegaciones. Las alegaciones se relacionaban esencialmente con las fallas de la ley, así como la presunta conducta impropia o la negligencia de las autoridades al aplicar las medidas previstas por la ley. En relación con las presuntas fallas de la ley, las personas autoras afirmaban que, con arreglo al Código Penal, Fatma Yildirim no podía apelar las decisiones adoptadas por el fiscal de no detener a su marido por haber proferido una amenaza criminal contra ella. El Estado Parte argumentaba que en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal se establecía un procedimiento, cuyo objetivo sería reparar una presunta violación de la ley, que había estado a disposición de la difunta y seguía estando a disposición de sus descendientes. El Estado Parte sostenía que al no utilizar la difunta y sus descendientes el procedimiento, se debió excluir la admisibilidad de la comunicación.

El Comité señaló que el procedimiento previsto en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal, no podía considerarse un recurso que probablemente diera por resultado un remedio efectivo a una mujer sobre cuya vida pesaba una peligrosa amenaza criminal. El Comité tampoco consideró que este recurso de la jurisdicción interna pudiera dar por resultado un

remedio efectivo en el caso de los descendientes de la difunta, habida cuenta del carácter abstracto de ese tipo de recurso constitucional.

En consecuencia, el Comité concluyó que, a los fines de la admisibilidad en relación con las alegaciones de las personas autoras sobre el marco jurídico para la protección de las mujeres en situaciones de violencia doméstica, en lo atinente a la difunta, no existían recursos que pudieran dar por resultado un remedio efectivo y que, en ese sentido, la comunicación era admisible. A falta de información sobre éste u otros recursos efectivos disponibles, que Fatma Yildirim o sus personas herederas pudieran haber utilizado, o aún podrían utilizar, el Comité concluyó que las alegaciones de las personas autoras en relación con los actos u omisiones de los funcionarios públicos eran admisibles.

El Comité observó que Melissa Özdemir, la hija menor de edad de la difunta, había presentado reclamaciones de responsabilidad civil contra Austria, que fueron rechazadas. Observó también que el Estado Parte aducía que aún se podían presentar reclamaciones con arreglo al derecho civil. A falta de información sobre éste u otros recursos efectivos disponibles, que Fatma Yildirim o sus personas herederas pudieran haber utilizado o aún podrían utilizar, el Comité concluyó que las alegaciones de las personas autoras en relación con los actos u omisiones de los funcionarios públicos eran admisibles.

El 27 de enero de 2006, el Comité declaró admisible la comunicación.

El 12 de junio de 2006, el Estado Parte solicitó al Comité que revisara su decisión sobre la admisibilidad, reiterando su argumento de que los descendientes de Fatma Yildirim deberían acogerse al procedimiento previsto en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal porque se trata del único medio de afirmar, dentro del sistema austriaco, la necesidad de enmendar una disposición jurídica y da una larga explicación al respecto.

Revisión de la admisibilidad

De conformidad con el párrafo 2 del Art. 71 de su reglamento, el Comité ha revisado la comunicación a la luz de toda la información que las partes han puesto a su disposición, de acuerdo con el párrafo 1 del Art. 7 del Protocolo Facultativo.

En cuanto al pedido del Estado Parte de que se revise la admisibilidad, teniendo en cuenta que las personas herederas de Fatma Yildirim no utilizaron el procedimiento previsto en el párrafo 1 del Art. 140 de la Constitución Federal, el Comité señala que el Estado Parte no ha presentado nuevos argumentos que puedan alterar la opinión del Comité de que, a la luz de su carácter abstracto, es probable que con ese recurso nacional no pudiera socorrerse eficazmente a la víctima.

En cuanto a la referencia del Estado Parte a la acción judicial de responsabilidad iniciada por Melissa Özdemir, la hija menor supérstite de Fatma Yildirim, el Comité toma nota de que tanto la decisión del Tribunal de Primera Instancia del 21 de octubre de 2005, como la decisión del Tribunal de Apelación del 31 de marzo de 2006, se adoptaron después de que las personas autoras hubieran presentado la comunicación al Comité y de que la comunicación se hubiera registrado. El Comité señala que el Comité de Derechos Humanos generalmente realiza una evaluación sobre si la persona autora ha agotado los recursos nacionales en el momento del examen de una comunicación, de acuerdo con otros órganos internacionales de adopción de decisiones, salvo en circunstancias excepcionales, ya que “el rechazar una comunicación como inadmisibles cuando se han agotado los recursos nacionales en el momento del examen, carecería de sentido, dado que la persona autora podría simplemente presentar una nueva comunicación relativa a la misma presunta violación”. A ese respecto, el Comité señala el Art. 70 Comunicaciones Inadmisibles de su reglamento, que le permite revisar las decisiones sobre inadmisibilidad cuando las razones de la inadmisibilidad ya no son válidas. Por lo tanto, el Comité no revisará su decisión de admisibilidad por ese motivo.

En cuanto al argumento del Estado Parte de que Fatma Yildirim habría podido presentar una denuncia con arreglo al Art. 37 de la Ley de la Fiscalía Pública, el Comité considera que ese recurso –previsto para determinar la legalidad de las medidas oficiales del Fiscal responsable– no puede considerarse como un recurso que pueda socorrer eficazmente a una mujer cuya vida es objeto de una peligrosa amenaza y, por tanto, no debería impedir la admisibilidad de la comunicación.

4.6.4. Decisión del Comité en cuanto al fondo

En cuanto a la presunta violación de la obligación del Estado Parte de eliminar la violencia contra la mujer en todas sus formas en relación con Fatma Yildirim, con arreglo a los apartados a) y c) al f) del Art. 2, y al Art. 3 de la Convención, el Comité recordó que “de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre” y que “en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.

El Comité observó que el Estado Parte ha creado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica, sin embargo, para que cada mujer víctima de la violencia doméstica pueda gozar de la realización práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el amplio sistema de protección creado por Austria, debió recibir el apoyo de los agentes estatales que se adhieren a las obligaciones del Estado Parte de proceder con la debida diligencia.

En el caso que se examina, el Comité reconoció todos los esfuerzos positivos y decididos de la víctima para tratar de romper los lazos con su cónyuge y salvar su propia vida, como mudarse de la vivienda con su hija menor, establecer contacto periódico con la policía, obtener una medida cautelar y autorizar el procesamiento de Irfan Yildirim.

El Comité consideró que los hechos revelaron una situación extremadamente peligrosa para Fatma Yildirim, conocida por las autoridades austriacas, o que deberían haber conocido; teniendo en cuenta esa situación, el fiscal no debió negar los pedidos de la policía de arrestar a Irfan Yildirim y ubicarlo en un lugar de detención. A ese respecto, el Comité señaló que Irfan Yildirim tenía mucho que perder en caso de que su matrimonio terminara en divorcio (su permiso de residencia en Austria dependía de que continuara casado), y que ese hecho debió haber sido tomado en cuenta para medir su grado de peligrosidad.

El Comité consideró que no haber detenido a Irfan Yildirim representó una violación de la obligación del Estado Parte de proceder con la debida diligencia para proteger a Fatma Yildirim. Si bien el Estado Parte sostuvo que, en ese momento, una orden de arresto parecía desproporcionadamente invasiva, el Comité opinó que los derechos del autor del delito no podían dejar sin efecto los derechos humanos a la vida y a la integridad física y mental de la mujer.

El Comité observó que las personas autoras también habían denunciado que el Estado Parte violó los Arts. 1 y 5 de la Convención y recordó que en su Recomendación General N° 19 declaró que la definición de discriminación, que figura en el Art. 1 de la Convención, incluye a la violencia basada en el género y que muchas veces ha reconocido también que existen vinculaciones entre la violencia doméstica y las actitudes tradicionales que consideran a la mujer como una persona subordinada al hombre. Al mismo tiempo, el Comité opinó que las presentaciones adicionales de las personas autoras de la comunicación y el Estado Parte, no merecen conclusiones adicionales.

El Comité opinó que si bien se procesó a Irfan Yildirim con todo el rigor de la ley por haber asesinado a Fatma Yildirim, de todos modos el Estado Parte violó sus obligaciones con arreglo a los apartados a) y c) al f) del Art. 2, y al Art. 3 de la Convención, junto con el Art. 1 de la Convención y la Recomendación General N° 19 del Comité, así como los derechos correspondientes de la fallecida Fatma Yildirim a la vida y a la integridad física y

mental. El Comité formula las siguientes recomendaciones al Estado Parte:

- a) Fortalecer la aplicación y supervisión de la Ley Federal de protección contra la violencia familiar y el derecho penal conexo, procediendo con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella y, en caso de que ello no ocurra, imponer las sanciones adecuadas;
- b) Procesar con vigilancia y rapidez a las personas autoras de delitos de violencia doméstica para hacer saber a los delincuentes y al público, que la sociedad condena la violencia doméstica, así como para velar por que los recursos penales y civiles se utilicen en los casos en que el autor de un delito de violencia doméstica represente una peligrosa amenaza para la víctima; y velar también por que, en cualquier acción emprendida para proteger a las mujeres contra la violencia, se tenga debidamente en cuenta su seguridad, recalcando que los derechos del agresor no pueden dejar sin efecto los derechos humanos de la mujer a la vida y a la integridad física y mental;
- c) Velar por una mayor coordinación entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los funcionarios judiciales, y velar también por que todos los niveles del sistema de justicia penal (policía, fiscales, magistrados) cooperen habitualmente con las organizaciones no gubernamentales que trabajan para proteger y apoyar a las mujeres víctimas de la violencia basada en el género;
- d) Fortalecer los programas de capacitación y la educación en materia de violencia doméstica para los magistrados, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluida la formación relativa a la CEDAW, la Recomendación General N° 19 del Comité y el Protocolo Facultativo de la Convención.

Como de costumbre y de conformidad con el párrafo 4 del Art. 7, el Comité le informó al Estado Parte que tomara debidamente en cuenta las opiniones del Comité, junto con sus recomendaciones, y que dentro de un plazo de seis meses,

presentara al Comité una respuesta por escrito en que incluya toda información o medida adoptada a la luz de las opiniones y recomendaciones del Comité. También solicitó al Estado Parte que publicara las opiniones y recomendaciones del Comité, las hiciera traducir al alemán, y las distribuyera ampliamente para conocimiento de todos los sectores pertinentes de la sociedad.

4.6.5. Lecciones

Este caso no enseña mucho, ni en cuanto a los criterios de admisibilidad, ni en cuanto a la violencia doméstica. En cuanto a los criterios de admisibilidad, tal vez hay algo que no había aparecido en los cinco casos anteriores: es saber que el Comité considera, al igual que los otros comités, que no revisará sus criterios de admisibilidad si a la hora de considerar el caso, los criterios de inadmisibilidad –como por ejemplo, el no haber agotado la vía interna–, ya no existen.

En cuanto a la violencia doméstica, pareciera que este tipo de casos siempre van a ser admitidos por el Comité si las personas autoras incluyen buenos argumentos en cuanto a la admisibilidad, pero que no profundizarán mucho más de lo ya hecho en anteriores decisiones. Es una lástima que el Comité no aprovechara esta comunicación para profundizar, por ejemplo, en qué tendría que hacer el Estado Parte para modificar las tradiciones o costumbres que hacen que los agentes del estado no tomen en serio la violencia contra las mujeres, es decir, que hubieran profundizado en el significado del párrafo 1 del Art. 5 como lo pidieron las personas autoras.

Por otro lado, sería interesante saber si Austria ha cumplido con las recomendaciones que le hiciera el Comité, y si así fuera, si la sociedad civil jugó o no un rol importante.

4.7. Comunicación N° 7/2005, Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña contra España

4.7.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora es la hija primogénita del Sr. Enrique Muñoz-Vargas y Herreros de Tejada, que poseía el título nobiliario de conde de Bulnes. De conformidad con el Art. 5 del Decreto

Ley sobre el orden de sucesión de los títulos nobiliarios del 4 de junio de 1948, el primogénito hereda el título, pero la mujer primogénita lo hereda únicamente si no tiene algún hermano menor. Con arreglo a las normas históricas de sucesión, se da preferencia al varón sobre la mujer en la línea ordinaria de sucesión de los títulos nobiliarios.

El hermano menor de la autora, José Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña, sucedió al título a la muerte de su padre, acaecida el 23 de mayo de 1978. El 30 de diciembre de 1978, pidió que se publicara el real decreto de sucesión. Este decreto apareció publicado con fecha 3 de octubre de 1980.

Con posterioridad, la autora, como primogénita, entabló una demanda judicial contra su hermano menor con el fin de reclamar el título de condesa de Bulnes fundamentándose en el principio de igualdad y no discriminación, argumentando que ostentaba el mejor derecho a heredar el título nobiliario como hija primogénita del anterior poseedor del título, y que el Art. 5 del Decreto Ley sobre el orden de sucesión de los títulos nobiliarios del 4 de junio de 1948 debería haberse interpretado a la luz del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, proclamado en el Art. 14 de la Constitución española.

La autora se refirió a una sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de febrero de 1981 conforme a la cual las normas que hubieran entrado en vigor con anterioridad a la Constitución española, debían interpretarse a tenor de ésta y que las normas incompatibles debían revocarse. Se refirió además a una sentencia del Tribunal Supremo del 27 de julio de 1981, según la cual la preferencia masculina en la sucesión de títulos nobiliarios era discriminatoria y, por ende, inconstitucional. Se refirió asimismo a una sentencia del Tribunal Supremo del 7 de diciembre de 1988 de que la Constitución española era de aplicación a la sucesión de títulos nobiliarios.

La demanda de la autora fue desestimada con el argumento de que el principio histórico de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios era compatible con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo recogido en el Art. 14 de la Constitución española y que, por

otra parte, el título había sido adjudicado al hermano de la autora antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y la Constitución no era aplicable al Código Civil que reglamentaba esa cuestión.

La autora interpuso un recurso de apelación, desestimado con los mismos argumentos, por lo que interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que declaró que, pese a haber concluido con anterioridad que la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios era discriminatoria e inconstitucional, esa jurisprudencia había sido derogada en una sentencia que estableció que la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, no era ni discriminatoria ni inconstitucional, puesto que el Art. 14 de la Constitución española, que garantizaba la igualdad ante la ley, no era aplicable debido al carácter histórico y simbólico de esos títulos.

La autora presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en contra de la sentencia del Tribunal Supremo argumentando que lo dispuesto en el Art. 14 de la Constitución debería haberse aplicado a la sucesión al título aun cuando la Constitución no hubiera entrado en vigor en la fecha de fallecimiento de su padre. Insistió en que el título fue transmitido a su hermano mediante real decreto con posterioridad al 29 de diciembre de 1978, es decir, después de la fecha de entrada en vigor de la Constitución de 1978. Afirmó asimismo que la sentencia del Tribunal Supremo violaba el párrafo 1 del Art. 6 y el Art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Art. 1 de su Protocolo Facultativo, al igual que los Arts. 1, 2 y 15 de la CEDAW.

El Tribunal Constitucional dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Supremo por estimar que constituía una violación del derecho fundamental a una defensa efectiva y lo remitió al Tribunal Supremo para un nuevo examen.

El Tribunal Supremo pronunció una nueva sentencia en que rechazó las alegaciones de la autora. La sentencia reiteró que el Código Civil reglamentaba la sucesión a los títulos nobiliarios. También señaló que la cuestión de la aplicabilidad del Art.

14 de la Constitución no se planteaba puesto que la fecha de referencia, el 23 de mayo de 1978, cuando había fallecido el padre, precedió a la fecha de entrada en vigor de la Constitución de 1978. El Tribunal Supremo también se refirió a la decisión del Tribunal Constitucional que concluyó que, en vista del carácter honorario e histórico de los títulos, las leyes de 1948 y de 1820 sobre la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios por fallecimiento en la misma línea y grado de parentesco, no contravenían las disposiciones del Art. 14 de la Constitución española.

La autora interpuso un nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero el 24 de marzo de 2003, el Tribunal Constitucional desestimó su recurso de amparo por falta de contenido constitucional.

4.7.2. La denuncia

La autora argumentó que el Estado Parte discriminó contra ella por motivos de sexo al denegarle el derecho, como hija primogénita, a suceder a su difunto padre en el título de conde de Bulnes. Alegó que la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios constituye una violación de la Convención en general y de su apartado f) del Art. 2 en particular. Afirmó que, con arreglo a la Convención, España está obligada a enmendar o revisar las leyes del 4 de mayo de 1948 y del 11 de octubre de 1820, en las que se establece la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

La autora solicitó al Comité que concluya que ha habido una violación de la Convención y que ordene al Estado Parte que le brinde un remedio efectivo y que revise asimismo la legislación discriminatoria.

4.7.3. En cuanto a la admisibilidad

La autora sostuvo que había agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Arguyó que, en virtud de la sentencia Tribunal Constitucional, del 3 de julio de 1997, que resolvió definitivamente el asunto de la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, no podría prosperar ningún

recurso de amparo sobre la cuestión, de modo que se trataba de un recurso ineficaz.

La autora reconoció que se habían presentado casos similares ante el Comité de Derechos Humanos, pero alegó que el derecho a la igualdad conforme al Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no tiene el mismo alcance que el derecho a la igualdad previsto en la Convención, en particular en el Art. 1 y en el apartado f) del Art. 2. Arguyó que el objetivo general de la Convención es la erradicación definitiva de la discriminación de que son objeto las mujeres en todas las esferas, incluso en relación con un *nomen honoris*. Arguyó además, que no es pertinente la opinión del Comité de Derechos Humanos de que la discriminación de que son objeto las mujeres en la sucesión de los títulos nobiliarios, está al margen del ámbito del Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con la autora, la Convención no impone limitación alguna al derecho a la igualdad en ninguna esfera, incluidas las esferas social, económica, civil y política. Por esa razón, argumentó que su comunicación era admisible.

La autora presentó información adicional sobre la ley en materia de sucesión a los títulos nobiliarios, que se había publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de fecha 4 de julio de 2006. La ley se aplicaría únicamente a los recursos que hubieran quedado pendientes, en cualquier instancia, el 27 de julio de 2005, fecha en que se había presentado el proyecto de ley al Congreso de los Diputados. La autora argumentó que la nueva legislación no se le aplicaría porque antes de esa fecha el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado definitivamente sobre su caso. Sostuvo que el hecho de que la ley no se aplique en forma retroactiva a la fecha de entrada en vigor de la Convención para España, constituye, en sí mismo, una violación a la Convención.

Por su parte el Estado Parte impugnó la admisibilidad de la comunicación al argumentar que la autora no agotó todos los recursos de la jurisdicción interna, que la misma cuestión ya había sido sometida a otro procedimiento de examen o arreglo internacional y que la comunicación era inadmisibile *ratione temporis*.

Con respecto al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el Estado Parte afirmó que aún estaba en curso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo interpuesto por la solicitante. El Estado Parte sostuvo que un recurso de esa índole sería verdaderamente efectivo. El Estado Parte también cuestionó otros aspectos de la admisibilidad, que no viene al caso analizar aquí porque el Comité encontró que los hechos objeto de la comunicación ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, y no eran de carácter continuo, por lo que declaró inadmisibles la comunicación *ratione temporis* con arreglo al apartado e), párrafo 2, Art. 4 del Protocolo Facultativo.

El Comité observó, además, que la autora refutó ese argumento porque su caso seguía pendiente cuando el Protocolo Facultativo entró en vigor para España, y se convirtió en cosa juzgada el 24 de marzo de 2003, cuando el Tribunal Constitucional desestimó su recurso de amparo. El Comité observó el argumento del Estado Parte de que la posesión de un título nobiliario no tiene efectos legales. También observó que la autora alegó que la discriminación sigue surtiendo efecto en la actualidad y que la autora rechaza la afirmación del Estado Parte de que los títulos nobiliarios no entrañan ningún tipo de privilegio.

El Comité recordó que debía declarar inadmisibles toda comunicación con arreglo al apartado e), párrafo 2, Art. 4 del Protocolo Facultativo cuando los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

El Comité observó que la denuncia de la autora, de discriminación por motivos de sexo, deriva del hecho de que su hermano menor sucedió al título mediante un real decreto publicado el 3 de octubre de 1980, tras la muerte del padre de ambos, acaecida el 23 de mayo de 1978.

El Comité consideró que el hecho pertinente, y, por ende, la determinación del momento en relación con el apartado e), párrafo 2, Art. 4, es el momento en que se adjudicó al hermano

de la autora el derecho de sucesión al título nobiliario del padre de ambos. Ese hecho ocurrió el 3 de octubre de 1980, fecha en que se publicó el real decreto de sucesión. El Comité consideró que este hecho, fundamento de la denuncia de la autora, ocurrió y terminó en el momento de publicación del decreto y, como tal, no es de carácter continuo.

El Comité no vio ninguna razón para concluir que la comunicación era inadmisibles por cualquier otro motivo.

4.7.4. Decisión del Comité

El Comité decidió que la comunicación era inadmisibles *ratione temporis* con arreglo al apartado e), párrafo 2, Art. 4 del Protocolo Facultativo.

Opiniones individuales de las personas miembros del Comité Magalys Arocha Domínguez, Cees Flinterman, Pramila Patten, Silvia Pimentel, Fumiko Saiga, Glenda P. Simms, Anamah Tan y Zou Xiaoqiao (concurrentes)

Las concurrentes y el concurrente estuvieron de acuerdo en que la comunicación era inadmisibles pero por otras razones. En su opinión, la comunicación debía haber sido declarada inadmisibles en virtud del apartado b), párrafo 2, Art. 4 del Protocolo Facultativo porque es incompatible con las disposiciones de la Convención.

Según esta opinión concurrente, la comunicación se refiere a una mujer que, en virtud de una ley que posteriormente se enmendó, no podía suceder a un título de nobleza hereditario, en cambio su hermano menor sí, y si bien la Convención protege el derecho de las mujeres a vivir libres de todas las formas de discriminación, obliga a los Estados Parte a asegurar la realización del principio de la igualdad del hombre y la mujer en la práctica y estipula los criterios normativos de la igualdad y la no discriminación en todas las esferas, no cabe duda alguna en el presente caso de que el título nobiliario es de carácter puramente simbólico y honorario, y carece de todo efecto legal o material. Por consiguiente, consideraron que las reclamaciones relacionadas

con la sucesión de los títulos nobiliarios no eran compatibles con las disposiciones de la Convención.

Opinión individual de la experta Mary Shanthi Dairiam (discrepante)

Según la experta discrepante, la comunicación es admisible porque, según ella, la cuestión en este caso era decidir tanto respecto de la compatibilidad de la comunicación con las disposiciones de la Convención, como también respecto del carácter continuo de la violación.

La discrepante reconoció que el derecho a títulos nobiliarios no es un derecho humano fundamental y puede no ser de mayor consecuencia material para la autora. Sin embargo, la legislación y la práctica de los Estados Partes no deben permitir de ningún modo y en ningún contexto, el trato diferencial de hombres y mujeres, de manera tal que se establezca la superioridad de los hombres respecto de las mujeres y, al mismo tiempo, la inferioridad de las mujeres respecto de los hombres, es lo que hace la ley del 4 de mayo de 1948 y del 11 de octubre de 1820.

Según la experta, la decisión de los tribunales podría interpretarse en el sentido de que tales principios históricos prevalecen sobre la norma de igualdad garantizada en la Constitución. Los tribunales también opinaron que el título había sido adjudicado al hermano de la autora antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y la Constitución no era aplicable al Código Civil que regulaba esa cuestión.

Se incluye a continuación mucho del texto de la opinión discrepante, porque debería ser leído y estudiado por toda activista de los derechos humanos de las mujeres y con la esperanza de que, en el futuro, el Comité amplíe su comprensión sobre el contenido del derecho a la no discriminación. Siempre según esta experta:

[...] las decisiones de los tribunales de España se adoptaron después de que España pasó a ser parte en la Convención y a pesar de una sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero

de 1981 conforme a la cual las normas que hubieran entrado en vigor con anterioridad a la Constitución española debían interpretarse a tenor de ésta. El recurso de casación interpuesto por la autora fue desestimado el 13 de diciembre de 1997. En su sentencia, el Tribunal Supremo declaró que la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, prevista en las leyes de 4 de mayo de 1948 y 11 de octubre de 1820, no era ni discriminatoria ni inconstitucional, puesto que el Art. 14 de la Constitución española, que garantizaba la igualdad ante la ley, no era aplicable debido al carácter histórico y simbólico de esos.

En la sentencia del Tribunal Supremo también se hace referencia a la decisión 126/1997 del Tribunal Constitucional de julio de 1997 que concluyó que, en vista del carácter honorario e histórico de los títulos, las leyes de 1948 y 1820 sobre la primacía del varón en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios por fallecimiento en la misma línea y grado de parentesco no contravenían las disposiciones del Art. 14 de la Constitución española. La autora presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado el 24 de marzo de 2004.

Lo que es preciso observar a este respecto es que cuando la legislación española, aplicada por los tribunales españoles, prevé excepciones a la garantía constitucional de la igualdad sobre la base de la historia o la consecuencia inmaterial percibida de un trato diferencial, se viola, en principio, el derecho de la mujer a la igualdad. Tales excepciones minan el progreso social hacia la eliminación de la discriminación contra la mujer valiéndose de los mismos procesos legales destinados a promover ese progreso, reafirman la superioridad del hombre y el *statu quo*. Esto no se debería tolerar ni condonar invocando como justificación la cultura y la historia. Tales intentos no reconocen el derecho inalienable a la no discriminación por motivos de sexo, que es un derecho autónomo. Si este derecho no se reconoce en principio, independientemente de sus consecuencias materiales, se contribuye a mantener una ideología y una norma que

reafirman la inferioridad de la mujer y se podría acabar negando otros derechos que son mucho más sustantivos y materiales.

Como se ha reconocido, el título nobiliario no es un derecho humano. De hecho, en diferentes circunstancias no se deberían apoyar esas jerarquías sociales. Mi defensa no se centra en el derecho de la autora a un título nobiliario sino en el reconocimiento del elemento de discriminación contra la mujer en la distribución de privilegios sociales utilizando la legislación y los procesos legales. La autora sostiene que ella tenía razón respecto del carácter discriminatorio de la ley de sucesión de títulos nobiliarios puesto que el Estado Parte modificó esta ley en 2006 para dar iguales derechos de sucesión a hombres y mujeres.

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre la igualdad de derechos de hombres y mujeres ha señalado lo siguiente: “La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas”.

Esta declaración recuerda que la ideología de la subordinación de las mujeres basada en la historia, la cultura y la religión se ha manifestado en formas materiales y ha dado lugar a la desigualdad. El espíritu y el propósito de la Convención es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el logro de la igualdad de la mujer. Con este propósito, la Convención reconoce, en el apartado a) del Art. 5, los efectos negativos de un comportamiento basado en la cultura, la costumbre, la tradición y la adjudicación de funciones estereotípicas que reafirman la inferioridad de la mujer. La Convención considera que este es un impedimento para el logro de la igualdad de la mujer, que debe ser eliminado del comportamiento de agentes tanto públicos como privados. No es necesario demostrar la consecuencia material inmediata de tales patrones de comportamiento. Habida cuenta de su mandato, el Comité, más que ningún otro órgano creado en virtud de un tratado, debe usar un

enfoque amplio en su interpretación y su reconocimiento de las violaciones del derecho de la mujer a la igualdad, ir más allá de las consecuencias evidentes de los actos de discriminación y reconocer los peligros de la ideología y las normas que subyacen a tales actos. La lectura textual del Art. 1 de la Convención que se hace en la opinión concurrente, en que se establece que las reclamaciones de títulos nobiliarios no son compatibles con las disposiciones de la Convención puesto que la denegación de tales reclamaciones no anula ni menoscaba el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales por la mujer, no se tiene en cuenta el propósito ni el espíritu de la Convención. En consecuencia, concluyo que la reclamación es compatible con las disposiciones de la Convención.

En lo que respecta a la cuestión del carácter continuo de la violación, soy de la opinión de que ha habido afirmaciones de la anterior violación después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para España el 6 de octubre de 2001. Por lo tanto, la violación es de carácter continuo. La publicación del real decreto de sucesión y la adjudicación del título nobiliario al hermano de la autora, que es el motivo de la reclamación de la autora, tuvieron lugar el 3 de octubre de 1980, antes de la entrada en vigor de la Convención y del Protocolo Facultativo. No obstante, la violación no terminó entonces, como se establece en la decisión del Comité. La autora había iniciado una acción judicial en relación con la adjudicación del título nobiliario el 30 de diciembre de 1988 y esta acción fue seguida de una serie de recursos, todos los cuales fueron desestimados. Los últimos dos recursos presentados ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional fueron desestimados el 17 de septiembre de 2002 y el 24 de marzo de 2003, respectivamente.

Es preciso considerar que el sobreseimiento de estos recursos afirmó la anterior violación del Estado Parte mediante un acto, ya que se continuó negando la reclamación de la autora al título nobiliario y se afirmó la primacía del varón en el orden de sucesión a los títulos nobiliarios, prevista en las leyes del 4 de mayo de 1948 y 11 de octubre de 1820. Afirmó asimismo

que estas leyes no son discriminatorias ni inconstitucionales ya que el Art. 14 de la Constitución española, que garantiza la igualdad ante la ley, no es aplicable en vista del carácter histórico y simbólico de esos títulos. Un fundamento semejante de la decisión sobre el carácter continuo de la violación, en que una violación anterior se afirma posteriormente mediante una sentencia judicial, es respaldado por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. Sobre esta base, concluyo que la violación que es motivo de la reclamación de la autora es de carácter continuo.

Por lo tanto, concluyo que la reclamación es admisible tanto *ratione materiae* como *ratione temporis* [...]

4.7.5. Lecciones

Esta es otra decisión muy decepcionante del Comité. Al encontrar, erróneamente, en opinión de la autora de este libro y la de la experta Dairiam, que la comunicación era inadmisibile, las expertas y el experto perdieron una buena oportunidad para profundizar sobre el contenido del derecho humano a la no discriminación. Derecho humano que, como afirma la discrepante, es un derecho autónomo además de un principio que debe servir de sustento en la interpretación de los demás derechos humanos contenidos en la Convención.

Afortunadamente, la discrepante optó por profundizar en el contenido de ese derecho a la no discriminación que otorga la Convención a todas las mujeres de todas las clases, incluyendo a las de las clases privilegiadas, y con ello tenemos una más clara idea de lo que significa el artículo primero de la Convención cuando prohíbe toda discriminación basada en el sexo.

4.8. Comunicación Nº 8/2005, Rahime Kayhan contra Turquía

La comunicación fue presentada con fecha 20 de agosto de 2004, y la autora es la Sra. Rahime Kayhan, nacional de Turquía. Afirma ser víctima de una violación por Turquía del Art. 11 de la CEDAW. El caso fue declarado inadmisibile.

4.8.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora, maestra de religión y ética, usa un velo que le cubre el pelo y el cuello (pero no el rostro) desde los 16 años.

El 26 de septiembre de 1991, la autora fue contratada para trabajar en una escuela secundaria estatal, dependiente del Ministerio de Educación. El 12 de septiembre de 1994 se incorporó a otra escuela secundaria donde dictó clases los cinco años siguientes, hasta que fue transferida a otra escuela secundaria. Cuando fue nombrada a su primer puesto, la autora ya se cubría la cabeza con un velo, así como cuando fue fotografiada para sus tarjetas de identificación (por ejemplo, su permiso de conducción y sus tarjetas de identificación de maestra y del seguro médico).

El 16 de julio de 1999, la autora recibió una advertencia al respecto y posteriormente se le dedujo una parte del salario (1/30) por usar el velo. Interpuso entonces un recurso contra esa sanción, pero durante la tramitación de éste entró en vigor la Ley de amnistía (Nº 4455), a raíz de la cual se retiraron de su expediente las advertencias y la sanción.

El 13 de enero de 2000, la autora recibió un documento en el que se indicaba que se había abierto una investigación sobre una denuncia según la cual ella no respetaba el reglamento relativo a su aspecto personal, entraba al salón de clase con su cabello cubierto, y perturbaba la paz, el orden, el trabajo y la armonía de la institución con objetivos ideológicos y políticos. Se le pidió que presentara una declaración por escrito.

El 8 de febrero de 2000, la autora se defendió diciendo que no había actuado en absoluto de manera que perturbara la paz y el orden de la institución. Ella había trabajado con empeño durante los ocho últimos años a pesar de tener dos hijos pequeños, nunca había tenido objetivos políticos o ideológicos, había sido elogiada en numerosas ocasiones por los inspectores por su labor docente y era una persona que amaba a su país y apoyaba plenamente a la república y a la democracia. Además, procuraba inculcar en la juventud turca devoción por su país y nación.

El 29 de marzo de 2000, el Ministerio de Educación informó a la autora que tenía derecho a examinar su expediente y defenderse oralmente o ser defendida por un abogado.

La autora respondió enviando las declaraciones juradas de diez personas que afirmaban que las acusaciones e imputaciones contra ella eran falsas. Su abogada presentó declaraciones escritas y orales al Consejo Disciplinario Superior, afirmando que las denuncias contra la autora eran falsas y que, según el informe de la investigación, no había indicios de que “hubiera perturbado la armonía”. Si era castigada, ese castigo representaría una violación de principios del derecho de carácter nacional e internacional, incluida la libertad de trabajo, religión, conciencia, pensamiento y elección. Además, supondría una discriminación y una vulneración del derecho a realizarse como persona física y espiritualmente.

La autora señaló que el 9 de junio de 2000 fue destituida arbitrariamente de su cargo por el Consejo Disciplinario Superior. En la decisión del Consejo se dio a entender que el hecho de que la autora llevara un velo en la cabeza en el aula equivalía a “perturbar la paz, el orden y la armonía laboral” de la institución por medios políticos, según lo dispuesto en el Art. 125E/a de la Ley de los Funcionarios Públicos (Nº 657). A consecuencia de lo anterior, la autora perdió de forma permanente su condición de funcionaria pública. Tampoco podría enseñar en una escuela privada si usaba un velo, puesto que se supone que en Turquía las escuelas privadas dependen del Ministerio de Educación Nacional. Nadie querría contratar a una mujer que había recibido la más grave de las sanciones disciplinarias.

El 23 de octubre de 2000, la autora interpuso un recurso ante el Tribunal Administrativo de Erzurum, exigiendo que se anulase su destitución puesto que no había violado el Art. 125E/a de la Ley de los Funcionarios del Estado al usar un velo. A lo sumo, debía haber sido amonestada o sancionada, no destituida. La autora afirmó que la sanción carecía de un fundamento legítimo y no era una intervención necesaria para una sociedad democrática.

El Tribunal Administrativo desestimó el recurso y dictaminó que el castigo impuesto a la autora no vulneraba la ley, por lo que la autora interpuso un recurso contra esa decisión que también fue desestimado.

4.8.2. La denuncia

La autora alegó ser víctima de una violación por el Estado Parte del Art. 11 de la Convención. Al destituirla y poner fin a su condición de funcionaria pública por haber usado un velo, prenda de uso exclusivo de la mujer, el Estado Parte habría violado el derecho de la autora al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo que los demás, así como su derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a las prestaciones por jubilación y a la igualdad de trato. La autora sería una de más de 1500 funcionarias públicas que han sido destituidas por usar un velo.

La autora afirmó asimismo que el derecho a su propia identidad personal incluye el derecho a elegir un atuendo islámico sin ser objeto de discriminación. Piensa que la libertad de religión y de pensamiento conlleva el derecho a llevar un velo. Si ella no hubiera considerado el velo algo tan importante y fundamental, no habría comprometido los ingresos y el futuro de su familia. La autora piensa que el acto de obligarla a elegir entre trabajar y no cubrirse la cabeza vulnera sus derechos fundamentales amparados en las convenciones internacionales. Considera que se trata de una medida injusta, jurídicamente imprevisible, ilegítima e inaceptable en una sociedad democrática.

La autora también alegó que el castigo por vulnerar el Art. 125A/g de la Ley de los Funcionarios Públicos (Nº 657) sobre la cuestión de la indumentaria, es una amonestación (para la primera infracción) y una sanción (para una infracción repetida). A pesar de ello, la autora fue presuntamente castigada por el delito de “perturbar la paz, el orden, y el funcionamiento de las instituciones con objetivos ideológicos y políticos”, sin pruebas de que ella haya cometido ese delito. Por ende, la autora sostiene que las decisiones del Tribunal Administrativo de Erzurum y del Consejo de Estado se basaron en la aplicación de una disposición improcedente. Además, no responden a la pregunta de por qué sus acciones se consideraron acciones de carácter político e

ideológico. La autora se pregunta por qué la administración le permitió usar un velo durante nueve años si se trataba de una acción de carácter ideológico.

El castigo al que la autora se vio sometida restringió su derecho al trabajo, vulneró la igualdad entre los empleados y fomentó un clima de intolerancia en el centro de trabajo, al categorizar a las personas según su indumentaria. Alegó que si se hubiera tratado de un hombre con ideas similares, no habría sido castigado de esa manera.

Agregó además que, probablemente, un empleado o una empleada que violara otra norma del Reglamento relativo a la indumentaria del personal que trabaja en oficinas y establecimientos públicos, podría seguir trabajando. El comportamiento de la autora no justificaba su exclusión de la administración pública. La sanción que debió aplicarse en su caso por desobedecer el código relativo a la indumentaria tendría que haber sido una advertencia o un llamado de atención, pero fue despedida. La severidad de la sanción es prueba de la discriminación de que ha sido objeto.

Por todo lo anterior la autora pidió al Comité que dictaminara que el Estado Parte ha vulnerado sus derechos y la ha discriminado por motivos de sexo. Además, pidió al Comité que recomendara al Estado Parte que modifique el Reglamento relativo a la indumentaria del personal que trabaja en oficinas y establecimientos públicos, impida a las Juntas Disciplinarias Superiores que impongan castigos, a menos que se trate de infracciones probadas y concretas, y levante la prohibición de usar el velo.

4.8.3. En cuanto a la admisibilidad

Por lo que respecta a la admisibilidad de la comunicación, la autora sostuvo que tras el recurso que presentó ante el Consejo de Estado, se han agotado los recursos de la jurisdicción. También afirma que no ha presentado la comunicación a ninguna otra instancia internacional.

El Estado Parte afirmó que no se habían agotado los recursos internos, pues la autora no ejerció una acción de conformidad

con el reglamento sobre reclamaciones y solicitudes presentados por los funcionarios públicos. Además, la autora no ejerció una acción ante el Parlamento (Gran Asamblea Nacional) de Turquía con arreglo al Art. 74 de la Constitución, ni empleó el recurso previsto en la sección 3 (Recursos contra decisiones), Art. 54 de la Ley de procedimiento de juicios administrativos.

El Estado Parte sostuvo, además, que la misma cuestión ha sido examinada por otra instancia de investigación internacional. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó un caso similar en que la demandante, Leyla Şahin, adujo que no había podido concluir sus estudios por llevar velo, lo cual constituye una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal dictaminó unánimemente que no se había violado el Art. 9 de ese Convenio (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y que no era necesario examinar las afirmaciones de que se habían violado el Art. 10 Libertad de Expresión, el Art. 14 Prohibición de la Discriminación y el Art. 2 Educación, del Protocolo N° 1 de ese Convenio.

Afirmó también que los hechos sobre los cuales versa la comunicación ocurrieron antes de 2002, año en que entró en vigor el PF-CEDAW en Turquía. La autora fue despedida el 9 de junio de 2000, por lo que su comunicación era inadmisibile de conformidad con el apartado e), párrafo 2, Art. 4 del PF-CEDAW.

La autora agregó otros argumentos en cuanto a que sí había agotado la vía interna porque no estaban a su alcance, o no estaba obligada a utilizar, las vías que el Estado pretendía. Afirmó que apelar al Parlamento no era un recurso que debía agotar con respecto a la discriminación que padeció porque los recursos deben aportar soluciones exactas y claras no sólo en teoría, sino también en la práctica. Adujo que los únicos recursos que estaba obligada a emplear eran de carácter judicial. La autora sostuvo, además, que no tenía necesidad de recurrir al procedimiento regido por el Art. 54 de la Ley de procedimiento de juicios administrativos porque se trata de un recurso extraordinario que entraña la revisión de la decisión en cuestión por la misma autoridad que la ha adoptado. En consecuencia, no es posible, de hecho, obtener un resultado efectivo dirigiéndose al 12°

Departamento del Consejo de Estado. A modo de fundamentación, la autora adujo que las demandas de otras dos demandantes, una auxiliar de laboratorio y una enfermera, fueron desestimadas porque “no había motivo para que fuera corregida la decisión” por el mismo Departamento del Consejo de Estado. Adujo que ese procedimiento habría sido una pérdida de tiempo y habría entrañado una carga pecuniaria.

La autora adujo que su denuncia no versa sobre la misma cuestión examinada por otra instancia internacional de investigación o arreglo de controversias. No se ha dirigido a otros órganos internacionales y la demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Leyla Şahin, es otra persona, y el caso tiene características diferentes. El objeto y las características de la CEDAW y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, son completamente distintos, y el derecho a trabajar no está abarcado en este último instrumento, por lo que presentar una petición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debería considerarse lo mismo que señalar una comunicación a la atención del Comité.

Según el Estado Parte, el caso de Leyla Şahin ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la comunicación de la autora, son en esencia idénticos, independientemente de que se trate de una estudiante y una maestra, respectivamente. Independientemente del género, las personas gozan de libertad e igualdad para llevar la indumentaria que deseen. En la esfera pública, deben respetar las normas.

La Sra. Kayhan fue despedida el 9 de junio de 2000 por decisión de la Junta Disciplinaria Superior del Ministerio de Educación Nacional. A raíz de esa decisión, perdió su condición de funcionaria pública. Por consiguiente, la fecha pertinente que ha de tenerse en cuenta a la hora de decidir si la comunicación es inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el apartado e), párrafo 2, Art. 4 del Protocolo Facultativo sería el 9 de junio de 2000, fecha anterior a la entrada en vigor del PF-CEDAW en Turquía.

El Estado Parte agregó una serie de argumentaciones para apoyar su dicho de que la autora no había agotado la vía interna,

que se pueden leer en la transcripción del caso completo pero no es necesario adjuntarlas aquí.

4.8.4. En cuanto al fondo

El Estado Parte basó su defensa en el hecho de que, desde su punto de vista, la comunicación violaba el espíritu de la CEDAW porque las afirmaciones de la autora no eran pertinentes para la definición de la discriminación contra la mujer que figura en el Art. 1 de la Convención. Según el Estado Parte, la indumentaria de los funcionarios públicos se especifica en el Reglamento relativo a la indumentaria del personal que trabaja en oficinas y establecimientos públicos, preparado de conformidad con la Constitución y las leyes pertinentes, el cual se aplica a los funcionarios públicos de ambos sexos, a quienes se aplican las mismas medidas disciplinarias y legales que se aplicaron a la autora. Según el Estado Parte, no hay ningún elemento del Reglamento, ya sea en cuanto al contenido o a la aplicación, que constituya una discriminación contra la mujer porque ambos sexos deben cumplir los códigos relativos a la indumentaria.

Según el Estado Parte, el tribunal competente decidió que la Sra. Kayhan insistió en presentarse en el trabajo y asistir a sus conferencias con la cabeza cubierta, a pesar de las advertencias y sanciones que ello podría entrañar. En consecuencia, fue separada del servicio de conformidad con el Art. 125/E-a de la Ley N° 657 sobre funcionarios públicos (perturbar la paz y el orden del lugar de trabajo por motivos políticos o ideológicos). El Estado Parte consideró que: “las creencias religiosas de la autora sólo le incumben a ella, que tiene derecho a actuar y a vestirse como desea en privado. No obstante, como funcionaria pública, debe respetar los principios y las normas del Estado. De conformidad con el carácter público de su trabajo, está obligada a observar las leyes y los reglamentos mencionados. No ha habido discriminación al adoptar medidas disciplinarias contra la autora, ni hay contradicciones en la ley”.

El Estado Parte mantuvo que la comunicación era incompatible con las disposiciones de la CEDAW según lo dispuesto en el apartado b), párrafo 2, Art. 4 del PF-CEDAW porque no era cierto que la autora todavía estaría empleada si

hubiera sido un hombre. Según el Estado Parte, la autora fue despedida porque se descubrió que su postura emanaba de sus opiniones políticas e ideológicas. Las mismas sanciones se aplicarían a los funcionarios públicos de sexo masculino cuyos actos se basaran en motivos políticos e ideológicos. El Estado Parte reiteró que el sexo no fue una consideración y no influyó en la sanción; por consiguiente, no existió discriminación por motivos de sexo.

La autora reiteró que la discriminación de la que fue objeto ocurrió porque llevaba velo, que es lo mismo que decir que porque era mujer. A su juicio, prohibir el uso del velo niega a la mujer su capacidad de decidir, menoscaba su dignidad y atenta contra la noción de igualdad entre los géneros. Prohibir el uso del velo genera desigualdad entre las mujeres en los ámbitos laboral y educativo. Reiteró que los derechos cuya violación denuncia son derechos protegidos por la CEDAW.

4.8.5. Decisión del Comité

El Comité no le dio la razón al Estado Parte en cuanto a que la comunicación debería declararse inadmisibles según lo dispuesto en el apartado a), párrafo 2, Art. 4 del PF-CEDAW, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había examinado un caso similar, señalando que desde sus comienzos, el Comité de Derechos Humanos puntualizó en su jurisprudencia que la identidad de la persona autora era uno de los elementos que tenía en cuenta para decidir si una comunicación presentada con arreglo a lo dispuesto en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos era el mismo asunto que estaba siendo examinado con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. En el caso *Fanali contra Italia* (Comunicación N° 075/1980), el Comité de Derechos Humanos afirmó lo siguiente: “el concepto de ‘el mismo asunto’, según el sentido del apartado a), párrafo 2, Art. 5 del PF-CEDAW, debe entenderse que incluye la misma reclamación relativa al mismo individuo, presentada por él mismo o por cualquier otro que tenga capacidad para actuar en su nombre ante el otro órgano internacional”.

El Comité de la CEDAW concluyó, por lo tanto, que la comunicación no era inadmisibile según lo dispuesto en el apartado a), párrafo 2, Art. 4 del PF-CEDAW, porque su autora es una persona diferente de Leyla Sahin, la mujer a quien se refirió el Estado Parte.

En cuanto a la admisibilidad *ratione temporis*, el Comité observó que la fecha crucial, según el argumento del Estado Parte, fue el 9 de junio de 2000, fecha en que la autora fue destituida de su cargo como maestra y que esa fecha es anterior a la entrada en vigor del PF-CEDAW para Turquía, el 29 de enero de 2003. Sin embargo, el Comité consideró que como consecuencia de su despido, la autora ha perdido su condición de funcionaria pública, su medio de subsistencia en gran medida, las deducciones que se acreditarían a su pensión de jubilación, los intereses sobre su sueldo y sus ingresos, su subsidio de educación y su seguro médico, por lo que el Comité consideró que los hechos continuaban produciéndose después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte y justificaban la admisibilidad de la comunicación *ratione temporis*.

En cuanto al agotamiento de la vía interna, el Comité observó que para que esta norma tenga sentido es indispensable que el Estado Parte haya tenido la oportunidad de proporcionar, por conducto de su sistema jurídico, un remedio para una violación de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención antes de que el Comité examine la violación. Por lo tanto, no pueden ser admitidas comunicaciones cuya sustancia no hubiera sido presentada a una autoridad nacional competente.

En cuanto a esto, el Comité observó que la autora no basó ninguna de sus reclamaciones internas en la discriminación por motivos de sexo, mientras que, en marcado contraste con las reclamaciones presentadas ante las autoridades nacionales, el punto clave de la reclamación presentada al Comité es que la autora es víctima de una violación por el Estado Parte del Art. 11 de la CEDAW, por el hecho de haber sido despedida y haber perdido su condición de funcionaria pública por llevar la cabeza cubierta con un velo, prenda de uso exclusivo de la mujer. Por haber hecho esto, el Estado Parte presuntamente violó su

derecho al trabajo y a las mismas oportunidades de empleo, así como su derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a las prestaciones por jubilación y a la igualdad de trato.

Por lo tanto el Comité concluyó que, antes de presentar una comunicación al Comité, la autora debió haber presentado a los órganos administrativos a los que acudió, argumentos relativos a la cuestión de la discriminación por motivos de sexo, en sustancia y de conformidad con los requisitos de procedimiento vigentes en Turquía. Por esa razón, el Comité concluyó que no se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna a efectos de la admisibilidad de las reclamaciones de la autora en relación con el Art. 11 de la CEDAW.

4.8.6. Lecciones

La autora de este libro encuentra sumamente preocupante el hecho de que el Comité decidiera que no era admisible este asunto basado en argumentos que el mismo Estado no utilizó para demostrar la inadmisibilidad del caso. En derecho internacional es generalmente reconocido que la carga de demostrar que no se ha agotado la vía interna la tiene el Estado. Por ejemplo, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresamente dijo:

El Art. 46 de la Convención Americana especifica que para que sea admitido un caso se requerirá: “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Este requisito asegura al Estado en cuestión la oportunidad de resolver diferencias dentro de su propio marco jurídico. Los recursos que en general se exige que se hayan interpuesto de conformidad con los principios del Derecho Internacional son los que están a disposición y son eficaces para resolver los alegatos en cuestión [...] *Cuando un Estado sostiene que un peticionario no ha observado el requisito de agotar los recursos de jurisdicción interna, éste tiene la carga de señalar los*

recursos específicos disponibles y eficaces. (Las itálicas no son del original.)⁴⁶

Esto es aún más preocupante porque si bien es cierto que la autora no había argumentado discriminación por motivos de sexo y violación al Art. 11 de la CEDAW, en sus trámites ante las distintas instancias nacionales, lo cierto es que el mismo Estado manifestó que:

La indumentaria de los funcionarios públicos se especifica en el Reglamento relativo a la indumentaria del personal que trabaja en oficinas y establecimientos públicos, preparado de conformidad con la Constitución y las leyes pertinentes. Ese Reglamento se aplica a los funcionarios públicos de ambos sexos, a quienes se aplican las mismas medidas disciplinarias y legales que se aplicaron a la autora, y no hay ningún elemento del Reglamento, ya sea en cuanto al contenido o a la aplicación, que constituya una discriminación contra la mujer. En sus fallos, los tribunales supremos, como el Tribunal Constitucional del Consejo de Estado, subrayan la obligación de los funcionarios públicos y otros empleados públicos de cumplir los códigos relativos a la indumentaria. Cuando una persona (hombre o mujer) se incorpora a la administración pública, lo hace en conocimiento de las disposiciones pertinentes de la Constitución, otras leyes y el derecho consuetudinario, y está obligada a respetar el código de indumentaria [...] Al aplicar las normas pertinentes y el derecho consuetudinario, no se discrimina entre hombres y mujeres. El Tribunal Constitucional ya ha pronunciado fallos al respecto, los cuales constituyen la base de la aplicación de las leyes y otras normas de Turquía. *A la luz de esos fallos, cabe señalar que la prohibición de que las empleadas públicas lleven velo en el lugar de trabajo no constituye una discriminación en su contra, sino que tiene por objeto que se cumplan las leyes y demás reglamentos vigentes [...]* (Las itálicas no son del original.)

46 CIDH, Informe N° 28/98, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), de 6 de marzo de 1998, párrs. 27 y 28.

Como se puede ver de la misma declaración del Estado, ya existen otros fallos donde no se encontró que hubiese discriminación contra las mujeres por no permitirles usar el velo. Entonces, ¿por qué el Comité pretende que la autora tenga que volver a esos mismos tribunales cuya decisión es sabida?

Aunque considero que el Comité cometió un error al interpretar la obligación de agotar la vía interna, este caso enseña que siempre que empecemos un litigio, demanda o reclamo a nivel nacional, debemos asegurarnos de que esté fundamentado, entre otros, en la discriminación sexual conforme la define la CEDAW o, si no lo hicimos a nivel nacional porque por alguna razón no era factible hacerlo, presentar todos los argumentos posibles de por qué no se pudo, o no se quiso, alegar la discriminación sexual a nivel nacional. Por ejemplo, en este caso la autora pudo haber utilizado los mismos argumentos del Estado para demostrar que no iba a lograr un recurso efectivo a su queja si la basaba en el argumento de la discriminación sexual, e insistir en que por ello había basado su reclamo ante los tribunales nacionales en otros motivos.

De la lectura de este caso se desprende también que la misma autora no está muy clara en cuanto a si su reclamo es por motivos de discriminación sexual, o si es por discriminación por motivos de libertad de religión u otro motivo. Por ejemplo, en una respuesta a lo dicho por el Estado, la autora insiste en que “Probablemente, un empleado o una empleada que violara *otra norma del Reglamento relativo a la indumentaria del personal que trabaja en oficinas y establecimientos públicos podría seguir trabajando*”. (Las itálicas no son del original.) Esta afirmación pareciera estar tratando de probar que hubo discriminación por motivos religiosos y no por ser mujer. Para no haberle dado la oportunidad al Comité de no examinar el fondo del asunto, que es una cuestión muy delicada porque versa sobre el uso del velo, la autora debió argumentar mejor de que puesto que sólo las mujeres usan velo, su prohibición es una forma de discriminación. Así, el Comité podría haber examinado el fondo del asunto, que no puede ser decidido a la ligera porque también se deben tomar otras disposiciones como el Art. 5 que exige al Estado modificar las costumbres y tradiciones que resulten perjudiciales para las

mujeres, o la obligación del Estado de velar porque no exista discriminación contra las mujeres en ninguna esfera, incluyendo la religiosa, etc. Es una verdadera lástima que el Comité optara por declarar inadmisibles este caso y privando así de tener mejor jurisprudencia sobre la cuestión del uso del velo.

Sin embargo, es de esperarse que en el futuro el Comité decida las cuestiones relativas al agotamiento de la vía interna bajo el espíritu de esta doctrina que se basa en darle la oportunidad al Estado de explicar su conducta o corregir cualquier violación por los medios que existen en el propio Estado. El requisito no existe para dar a los comités una excusa para no pronunciarse sobre un tema difícil. El requisito del agotamiento de la vía interna no puede utilizarse para obstaculizar la revisión internacional de la conducta de los Estados. Es indispensable que los requisitos del agotamiento de la vía interna se entiendan de manera tal que permita un equilibrio entre la necesidad de darle al Estado la posibilidad de explicar o enmendar su conducta y la necesidad de las víctimas de violaciones que no han podido encontrar solución a los problemas de acudir a la vía internacional.

4.9. Comunicación N° 10/2005, N. F. S. contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

4.9.1. Los hechos expuestos por la autora

La autora contrajo matrimonio el 17 de mayo de 1996 y de esta unión nacieron dos hijos, en 1998 y 2000, respectivamente. Inmediatamente después del matrimonio, cambió la personalidad y el comportamiento del marido hacia la autora, él comenzó a someterla a malos tratos en numerosas ocasiones, en particular cuando se hallaba bajo los efectos del alcohol y las drogas o después de haber perdido en el juego. Mediante amenazas, obligaba a la autora a obtener dinero de sus padres, que utilizaba para costear sus vicios.

La autora fue víctima de violación marital y, finalmente, se divorció de su marido en agosto de 2002. Posteriormente, la autora huyó a un pueblo cercano con sus dos hijos. Después del divorcio continuó sufriendo el acoso de su ex marido y tuvo

que mudarse en dos ocasiones más. La autora lo denunció a la policía, pero no recibió ninguna protección.

En enero de 2003, el ex marido de la autora fue a su casa con otros hombres armados con cuchillos y amenazó con matarla. Después de este episodio, la autora decidió huir del país con la ayuda de un agente y dinero de sus padres.

La autora llegó al Reino Unido con sus dos hijos el 14 de enero de 2003 y ese mismo día solicitó asilo. Con anterioridad a su llegada al Reino Unido, pasó un día en tránsito en El Cairo. El 27 de febrero de 2003, la Dirección de Inmigración y Nacionalidad del Ministerio del Interior denegó su solicitud de asilo.

La autora recurrió contra la “denegación de permiso de entrada en el país y denegación de asilo” por la Dirección de Inmigración y Nacionalidad del Ministerio del Interior, alegando que su traslado supondría una violación de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La autora afirmó que sus alegaciones eran verosímiles; que tenía fundados temores de ser perseguida por un agente no estatal, por el motivo previsto en la Convención de 1951 de pertenecer a un determinado grupo social (las mujeres en Pakistán), que Pakistán no le brindaba protección suficiente, que no existía ninguna opción real de huida dentro del país y que, en cualquier caso, no sería razonable; y que se había violado el Art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El 16 de abril de 2004, el juez, actuando como tribunal de primera instancia, desestimó el recurso de la autora tanto en lo referente al asilo como por motivos de derechos humanos. El juez, aunque comprendía la situación de la autora y reconocía los hechos del caso, no aceptó la afirmación de la autora de no poder alejarse más de su ex marido en el interior de Pakistán. En consecuencia, concluyó que no consideraba que hubiese una posibilidad grande o razonable de que la autora corriera peligro de seguir perseguida a su regreso a Pakistán si se trasladaba a otro lugar dentro del país. Además, consideró que las dificultades que la autora podía encontrar a su regreso no constituirían

persecución como tal y que la autora estaría suficientemente protegida en Pakistán, entre otras razones porque las partes ya no estaban casadas.

El 31 de julio de 2004, el Tribunal de Apelación en Materia de Inmigración denegó a la autora permiso para apelar. La decisión fue comunicada a la autora el 10 de agosto de 2004.

La autora impugnó la decisión del Tribunal de Apelación en Materia de Inmigración solicitando una revisión de conformidad con las normas de procedimiento civil correspondientes ante el Tribunal de lo contencioso administrativo de la sala denominada Queens Bench Division del Tribunal Superior de Justicia.

El 14 de octubre de 2004, el Tribunal Superior ratificó la decisión. No encontró ningún error de derecho y estimó que el juez había concluido con razón, por las razones aducidas, que, incluso reconociendo los hechos del caso según la versión de la autora, ésta no correría ningún riesgo si, al regresar al Pakistán, se trasladaba a un lugar lo suficientemente alejado de la residencia de su ex marido; y que no habría posibilidades reales de que una apelación prosperara. La decisión era firme.

El 15 de octubre de 2004, la autora recibió una “notificación de admisión temporal a una persona susceptible de ser detenida”. El 4 de enero de 2005, la autora solicitó al Ministerio del Interior un “permiso de estadía discrecional” o “protección temporal” para permanecer en el Reino Unido por motivos humanitarios. El 1 de febrero de 2005, la Dirección de Inmigración y Nacionalidad escribió a la autora para comunicarle que no había otros recursos y que la decisión relativa a su demanda no sería revocada. Se le recordó que no tenía ningún fundamento para permanecer en el Reino Unido y que debía disponer lo necesario para abandonar el país sin demora. Además, fue informada de a donde debía dirigirse para solicitar ayuda y asesoramiento para regresar a su país.

El 29 de septiembre de 2005, la autora se dirigió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que el Reino Unido había violado sus derechos recogidos en el Art. 3 Prohibición de la Tortura y el Art. 8 Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar. El 24 de noviembre de 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la comunicación inadmisibles

porque no revelaban ningún indicio de violación de los derechos y libertades establecidos en el Pacto ni en sus Protocolos.

El 8 de mayo de 2006, el Ministerio del Interior rechazó su solicitud de permiso de estadía discrecional por motivos humanitarios. En la decisión se indicaba que no existía ningún fundamento para que la autora permaneciera en el Reino Unido y que la autora debía disponer lo necesario para abandonar el país sin demora. De no hacerlo, el Ministerio del Interior adoptaría medidas para su traslado a Pakistán. No se indicó ningún plazo.

4.9.2. La denuncia

La autora alegó que viajó al Reino Unido para salvar su vida y asegurar el futuro y la educación de sus hijos. Afirmó que no estaría segura fuera del Reino Unido, y que, si era deportada de vuelta a Pakistán, dejaría de estar protegida, su ex marido la mataría y el futuro y la educación de sus hijos correría peligro. Pidió que se le concediera protección temporal y dejó claro que si fuera deportada, no se llevaría a sus hijos.

Afirmó también que los procedimientos de asilo y los procedimientos basados en los derechos humanos no eran justos.

4.9.3. En cuanto a la admisibilidad

El Estado Parte impugnó la admisibilidad de la comunicación, arguyendo que la autora no había agotado los recursos internos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había examinado el mismo asunto, y que la comunicación no estaba suficientemente probada y era manifiestamente infundada.

Con respecto al agotamiento de los recursos internos, el Estado Parte alegó que existen recursos efectivos para la decisión de fecha 8 de mayo de 2006 del Ministerio del Interior, que rechazó la solicitud de la autora de un permiso de estadía discrecional por motivos humanitarios. No obstante, reconoció que, dado que la decisión se había comunicado a la autora al mismo tiempo que las observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad, la autora no podría haber agotado ese recurso antes de recibir efectivamente la decisión del Ministerio del

Interior, pero que ahora la autora podía pedir permiso para solicitar la revisión judicial por parte del Tribunal Superior. El Estado Parte observó que la autora no había formulado nunca antes una denuncia basada en la discriminación por su condición de mujer ante las autoridades o los tribunales nacionales y, por lo tanto, las autoridades y los tribunales nacionales todavía no habían tenido oportunidad de examinar la afirmación de la autora de que las decisiones suponían una discriminación por razón de sexo. El Estado Parte observó además que esa alegación sería pertinente cuando el Ministerio del Interior examine el caso de la autora y, en consecuencia, podría formar parte, oportunamente de los argumentos en apoyo de una petición de permiso para solicitar una revisión judicial al Tribunal Superior. Si bien reconoció que tal vez no fuera necesario que la autora se refiriera concretamente a ningún Art. en particular ante las autoridades nacionales, el Estado Parte mantuvo que, para que una solicitud se considere admisible, la autora debe invocar el derecho o derechos sustantivos pertinentes reconocidos en la Convención.

El Estado Parte también sostuvo que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a), párrafo 2, Art. 4 del PF-CEDAW, la comunicación es inadmisibles porque el mismo asunto ya ha sido examinado de acuerdo con otro procedimiento de examen o arreglo internacional, en este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y dio una serie de argumentos que no fueron discutidos por el Comité para establecer qué se debe entender por “el mismo asunto”.

La autora alegó que el 31 de julio de 2004 el Tribunal de Apelación en Materia de Inmigración le denegó el permiso para recurrir una decisión del juez. Alegó también que recurrió la decisión del Tribunal de Apelación en Materia de Inmigración, solicitando una revisión, pero el Tribunal Superior la rechazó el 14 de octubre de 2004. Asimismo, afirmó que en la decisión del Tribunal Superior se indicaba que la decisión era firme y que no cabía apelación. No obstante, el 7 de diciembre de 2005 la autora solicitó a la Oficina de Apelaciones Civiles de los Reales Tribunales de Justicia una revisión judicial, pero su solicitud fue denegada el 9 de diciembre de 2005. La autora alegó asimismo que ya había agotado todos los recursos en relación

con su solicitud de que se reconsiderara su caso por motivos humanitarios. Afirmó, además, que había hecho uso de dos recursos extraordinarios a saber dos cartas enviadas al Primer Ministro y a Su Majestad la Reina, respectivamente, solicitando que se le concediera permiso de estada discrecional por motivos humanitarios.

La autora reconoció que se dirigió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el Art. 3 Prohibición de la Tortura y del Art. 8 Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar, y que, por lo tanto, no eran el mismo asunto al que se estaba quejando ante el Comité.

4.9.4. En cuanto al fondo

El Estado Parte afirmó que la comunicación no estaba suficientemente demostrada y era manifiestamente infundada porque no explicaba el fundamento jurídico en base al cual la autora podría alegar una violación de la Convención por el Estado Parte, por la forma en que sus autoridades nacionales trataron su caso de demanda de asilo y violación de los derechos humanos, o por la forma en que se estaba tratando a la autora (y a sus hijos) mientras residían temporalmente en el Reino Unido. Según el Estado Parte, la autora no afirmó que el Estado Parte fuese responsable de alguna violación de los derechos de la autora consagrados en la Convención que pudiera haberse producido en su país de origen, que es un Estado Parte en la Convención, ni tampoco determinó en qué disposición de la Convención se basaba su comunicación o su demanda ante las autoridades nacionales.

4.9.5. Decisión del Comité

El Comité decidió que la comunicación era inadmisibile en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo, por el hecho de que no se habían agotado todavía todos los recursos internos.

El Comité consideró que la autora nunca presentó una denuncia por discriminación sexual y, en consecuencia, ni las autoridades ni los tribunales nacionales habían tenido la oportunidad de

decidir sobre una alegación de ese tipo, lo que, en opinión del Comité, debía tenerse en cuenta a la luz de las obligaciones contraídas por el Estado Parte en virtud de la Convención. Por lo tanto, y en vista de que el Estado Parte consideró que una denuncia por discriminación sexual sería importante para que la tuviera en cuenta el Ministerio del Interior cuando examine de nuevo el caso de la autora y, a su debido tiempo, podría incluirse entre los argumentos que sustentarán una petición de permiso para solicitar al Tribunal Supremo un examen judicial, el Comité pensó que la autora debería aprovechar ese recurso. Por esa razón, el Comité estimó inadmisibles la comunicación en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo.

4.9.6. Lecciones

Este es otro caso en el que la autora no argumentó explícitamente, en la vía interna, la discriminación sexual o de género y, por ende, el Comité encontró que no se había agotado la vía interna ya que los tribunales no habían tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Por otro lado, no se entiende muy bien cuál es la lógica del Comité según la cual es posible que el Tribunal Supremo, cuando haga un examen judicial de su caso basado en la discriminación sexual en vez de en razones humanitarias, sí encuentre que ella puede quedarse en el Reino Unido a pesar de que ya ha decidido, con los mismos hechos, que ella “no correría ningún riesgo si, al regresar a Pakistán, se trasladaba a un lugar lo suficientemente alejado de la residencia de su ex marido”. Pareciera que el Comité está bajo la impresión de que si una mujer alega “discriminación sexual” en vez de “razones humanitarias” o “tortura” cualquier tribunal se va a sentir más llamado a creer que su vida corre peligro cuando su marido la ha aterrorizado durante años.

En todo caso, la lección que debemos sacar de este caso es que es necesario justificar muy bien por qué no se ha utilizado el argumento de la discriminación sexual en la vía interna, si no se ha hecho o, como se podría haber hecho en este caso, señalar al Comité que la violencia contra la esposa es una forma de tortura, una forma de discriminación basada en el género y que,

por lo tanto, si los tribunales y otras instancias no encontraron que los hechos narrados constituirían peligro para su vida, tampoco iban a encontrar que los hechos narrados constituirían discriminación basada en el género. Pero más importante aún, se debe aprender que de ahora en adelante es imprescindible, siempre que sea factible, que las mujeres empiecen a argumentar la discriminación sexual en forma explícita en todos los casos de violación a sus derechos en la vía interna para así poder recurrir al Comité más adelante.

4.10. Comunicación Nº 11/2006, Constance Ragan Salgado contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

4.10.1. Los hechos expuestos por la autora

En 1954, la autora salió de Inglaterra para establecerse con su marido en Colombia. El 16 de septiembre de 1954 nació en Colombia su primogénito, Álvaro John Salgado, hijo de la autora y de padre colombiano. En ese momento, la autora solicitó en el Consulado del Reino Unido que se otorgara a su hijo la nacionalidad británica y se le dijo que el derecho a ella sólo se transmitía por vía paterna y que, como su padre era colombiano, su hijo era considerado extranjero.

La Ley de Nacionalidad Británica de 1981, que entró en vigor en 1983, enmendó la legislación anterior relativa a la nacionalidad y confirió igualdad de derechos al hombre y a la mujer en cuanto a la nacionalidad de sus hijos menores de 18 años. Se informó a la autora de que su hijo aún no cumplía las condiciones para adquirir la nacionalidad británica establecidas por la ley de 1981. La autora envió sendas cartas de queja al cónsul británico y al Ministerio del Interior, en las que alegó que, si su hijo hubiera solicitado la nacionalidad británica por tener un padre británico en lugar de por ella, no se le habría aplicado ningún límite de edad.

La legislación británica relativa a la nacionalidad volvió a cambiar el 30 de abril, de manera que los hijos de ciudadanas británicas nacidos en el extranjero entre el 7 de febrero de 1961 y

el 1 de enero de 1983 podrían, a partir de ese momento, inscribirse como ciudadanos británicos si satisfacían otras condiciones.

4.10.2. La denuncia

La autora alegó que fue víctima de discriminación por motivos de género debido a la Ley de Nacionalidad Británica de 1948, en virtud de la cual no pudo inscribir a su hijo como nacional británico porque la ley sólo disponía que se otorgara la ciudadanía por filiación paterna, no materna. Afirmó que la discriminación ha sido continuada, porque no fue eliminada por la ley de 1981 ni por la ley de 2002, y su hijo aún no puede inscribirse como nacional británico debido a su edad. La autora sostuvo que la legislación sólo corrigió parcialmente la discriminación contra la mujer.

La autora afirmó que ella sigue sin poder inscribir a su primogénito debido a que la legislación vigente no incluye a los hijos que ya eran adultos antes de 1981. Sostuvo que la ley de 2002 es discriminatoria para ella y otras madres británicas con hijos de padres extranjeros que nacieron fuera del país antes del 7 de febrero de 1961.

4.10.3. En cuanto a la admisibilidad

En cuanto a la inadmisibilidad *ratione temporis*, el Estado Parte sostuvo que, a fin de determinar si la comunicación era inadmisibile *ratione temporis*, era importante analizar cuidadosamente el contenido real de la queja presentada y luego de una serie de argumentaciones con citas y jurisprudencia, argumentó que la queja de la autora sólo podía referirse al derecho dispuesto en el Art. 5 de la ley de 1948 (que en ese momento sólo se aplicaba a los hombres) de transmitir automáticamente su nacionalidad a los hijos nacidos en el extranjero. Por tanto, en términos temporales, la fecha fundamental era la fecha de nacimiento del primogénito de la autora, es decir, el 16 de septiembre de 1954, mucho antes de que la Asamblea General aprobara la Convención o ésta entrara en vigor, y también de que el Reino Unido la ratificara o se adhiriera al Protocolo Facultativo.

El Estado Parte sostuvo además que la autora dejó de ser “víctima” de la negación de la ciudadanía británica para su primogénito como mínimo en la fecha en que éste alcanzó la mayoría de edad, el 16 de septiembre de 1972. En general, sólo los niños pueden obtener la ciudadanía de los padres; una vez que alcanzan la mayoría de edad, toda solicitud de ciudadanía debería basarse más en las relaciones personales del hijo con un país que en las de su madre. El Art. 4C de la ley de 1981 es, en gran medida, una excepción a esta norma general y se aplica a una categoría de personas muy limitada. Por tanto, toda queja de que aún no se haya reconocido o inscrito al primogénito de la autora como ciudadano británico debería ser presentada por él.

El Estado Parte también sostuvo que no estaba claro que la autora solicitara en ningún momento que se inscribiera a su primogénito como ciudadano británico cuando aún era un “niño” y, en ese caso, de que haya utilizado los recursos de la jurisdicción interna disponibles en los tribunales ingleses y que, por estos motivos, no podía decirse que en ese caso “Los hechos objeto de la comunicación [...] continúen produciéndose después de esa fecha”, es decir, la fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Reino Unido

Aunque las consecuencias de la diferencia de trato recibido por la autora en 1954 (o entre 1954 y 1972) siguen existiendo, ya que su hijo aún no es ciudadano británico. El Estado Parte también sostuvo que la situación en lo relacionado con la nacionalidad del hijo no constituía en sí misma una continuación de la violación o una nueva violación de los derechos de la autora en relación con el párrafo 2 del Art. 9 de la Convención.

En lo relativo al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, el Estado Parte afirmó que la autora debería haber utilizado “todos los medios judiciales o administrativos que le ofrecen una posibilidad razonable de reparación”. Según el Estado Parte, toda denegación de inscripción podría y debería haber sido apelada mediante un examen judicial en el Tribunal Superior, órgano que tiene la facultad de supervisar el ejercicio de las funciones reglamentarias o de las facultades discrecionales de las autoridades públicas, incluido el Ministerio del Interior, en

relación, entre otras cosas, con las decisiones sobre la adquisición de nacionalidad.

El Estado Parte sostuvo que la prueba de un “recurso eficaz” no puede ser si una reclamación habría o no tenido éxito, sino si hay un procedimiento disponible en el sistema nacional capaz de examinarla y, si encuentra méritos, proporcionar una solución sin necesidad de recurrir al Comité. Sostuvo que, aunque había muchas pruebas de que la autora había procurado agotar los recursos administrativos disponibles, no agotó en absoluto los recursos judiciales disponibles. El Estado Parte sostuvo además que la norma de agotar los recursos locales antes de iniciar procedimientos internacionales está firmemente establecida en el derecho consuetudinario internacional. La norma refleja la opinión de que el Estado en que se causó el perjuicio debería poder “repararlo por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno”.

El Estado Parte sostuvo también que en las normas del derecho internacional se hace hincapié en la alta prueba que se debe sentar de que los recursos disponibles no constituyen recursos efectivos para que se pueda considerar que no es aplicable el requisito general de haber agotado los recursos de la jurisdicción interna. La autora podía, y debía, haber interpuesto un recurso al amparo de la Ley de derechos humanos de 1998 para cuestionar la legitimidad de que se le denegara una y otra vez la posibilidad de inscribir a su primogénito como ciudadano británico.

El Estado Parte argumentó, además, que la comunicación era inadmisibles porque era manifiestamente infundada porque estaba basada en parte en una reserva que el Reino Unido había hecho al Art. 9 de la Convención. El Estado Parte estimó que la persistencia de las consecuencias de la aplicación del Art. 5 de la ley de 1948, es decir, que el primogénito no sea ciudadano británico era parte de esa reserva y, por lo tanto, el Reino Unido estaba eximido de toda responsabilidad.

La autora insistió en que debería considerarse admisible, puesto que es evidente que los hechos objeto de la comunicación continuaron produciéndose después de la entrada en vigor del

Protocolo Facultativo para el Estado Parte, en la medida en que la discriminación volvió a hacerse patente el 7 de febrero de 2006 en la segunda lectura de la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2006, cuando se rechazó la enmienda 67, en que se mencionaban su nombre y el de otras personas, y que hubiera servido para subsanar la discriminación de que eran víctimas.

La autora señaló que en la ley de 1981 se reconoció el derecho de los menores de edad nacidos en el extranjero después del 7 de febrero de 1961 de madre británica (y padre extranjero) a ser inscritos como ciudadanos británicos. Sostuvo que cuando el gobierno reconoció, en la ley de 2002, el derecho de esas mismas personas a inscribirse como ciudadanos británicos siendo mayores de edad, la fecha límite del 7 de febrero de 1961 dejó de ser relevante. Si era injusto y discriminatorio negar a algunas personas (que ya habían alcanzado la mayoría de edad) nacidas en el extranjero de madre británica el derecho a solicitar su inscripción como ciudadanos británicos, sería igualmente injusto y discriminatorio negar ese mismo derecho a otros.

La autora reiteró que su comunicación no debería ser declarada inadmisibile *ratione temporis*, aduciendo que la legislación en materia de nacionalidad que estaba en vigor cuando nació su hijo, en 1954, era discriminatoria, que la actual ley de nacionalidad es discriminatoria, y que, sin duda, ella sigue siendo víctima de la discriminación.

En cuanto a la obligación de agotar todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna, la autora alegó que al solicitar reiteradamente la ciudadanía para su primogénito desde su nacimiento por conducto del Consulado Británico, el Ministerio del Interior, la correspondencia con funcionarios públicos y asesores jurídicos, ha agotado todos los recursos que tiene a su disposición. Su reclamación llegó incluso a examinarse en la Cámara de los Lores recientemente, el 7 de febrero de 2006, y fue rechazada de forma tajante. La autora afirmó, además, que para que pueda obtener la justicia que desea, tiene que modificarse la ley. Sostuvo que la vía judicial es larga y complicada y que, dados su edad y sus recursos, supondría una empresa enorme e imposible, muy por encima de sus posibilidades y energía: la impugnación de una ley aprobada por el Parlamento y todo lo

196

que conlleva es una misión que ella no está en condiciones de llevar a cabo. La autora afirmó que podría fácilmente pasarse el resto de su vida tratando de agotar todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna y, aun así, no conseguir nada. Ese fue el motivo que la llevó a pedir ayuda al Comité.

Deliberaciones del Comité sobre la admisibilidad de la comunicación

El Comité observó que el Protocolo Facultativo entró en vigor para el Reino Unido el 17 de marzo de 2004 y que la presunta discriminación denunciada se remontaba al momento en que nació su primogénito (16 de septiembre de 1954), mucho antes de la aprobación del Protocolo Facultativo e incluso de la Convención.

En aquellos tiempos, la legislación británica en materia de nacionalidad no reconocía a las mujeres –incluida la autora– el derecho a transmitir la ciudadanía británica a sus hijos, mientras que sus maridos, de ser británicos, si habrían tenido ese derecho. El Comité señaló que el 7 de febrero de 1979 se produjo un cambio en la política del gobierno que permitió a las mujeres británicas solicitar la inscripción como ciudadanos británicos de sus hijos menores de edad nacidos después del 7 de febrero de 1961, inclusive. Como consecuencia de ese cambio, la autora obtuvo el derecho a transmitir su nacionalidad en 1980 a su hijo menor, que había nacido en 1966 y seguía siendo menor de edad, e inscribirlo como ciudadano británico, pero no pudo hacer lo mismo con su primogénito, que siguió sin tener derecho a obtener la nacionalidad a causa de su edad. Habida cuenta de ello, el Comité consideró que los hechos pertinentes del caso, a saber, la presunta discriminación de la autora (que no de su primogénito) por no permitírsele, a diferencia de a los ciudadanos británicos varones, transmitir su nacionalidad a su primogénito, cesó en la fecha en que su primogénito alcanzó la mayoría de edad, a saber el 16 de septiembre de 1972. En términos más generales, la discriminación de la autora y otras mujeres cesó el 7 de febrero de 1979 con la nueva política del gobierno. Ambas fechas son anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Por

tanto, el Comité resolvió que la comunicación era inadmisibile *ratione temporis*.

De conformidad con el párrafo 1 del Art. 4 del Protocolo Facultativo, el Comité aceptó la afirmación no rebatida del Estado Parte de que la autora nunca solicitó la inscripción de su primogénito como ciudadano británico en virtud del párrafo 1 del Art. 7 de la ley de 1948 y que, de haberlo hecho y si se le hubiera denegado, podría haber interpuesto un recurso ante el Tribunal Superior, órgano que tenía entonces, y sigue teniendo, facultad de supervisar el ejercicio de las funciones reglamentarias y/o de las facultades discrecionales de las autoridades públicas. La autora tampoco recurrió ante el Tribunal Superior el hecho de que las autoridades británicas siguieran negándose a conceder la nacionalidad británica a su primogénito. De conformidad con la amplia jurisprudencia de otros órganos internacionales de derechos humanos creados en virtud de tratados, en particular, la del Comité de Derechos Humanos, el Comité considera que las personas autoras de las comunicaciones tienen la obligación de plantear de manera sustantiva ante los tribunales nacionales la presunta contravención de lo dispuesto en la CEDAW, que permite al Estado Parte reparar una presunta infracción antes de que la misma cuestión sea planteada ante el Comité. El Comité por esa razón declaró inadmisibile la comunicación examinada.

4.10.4. En cuanto al fondo

En cuanto a los hechos, el Estado Parte declaró que no se señaló la naturaleza de la solicitud formulada por la autora al Consulado del Reino Unido en Bogotá en 1954, pero, según el resumen que figura en la comunicación, parece haber sido solo una solicitud de que se reconociera la ciudadanía británica a Álvaro John Salgado por ser hijo de una ciudadana británica. Esta solicitud no podía haber prosperado a causa de la legislación nacional vigente en ese momento.

Después de que la autora apelara en reiteradas ocasiones al Gobierno del Reino Unido, por conducto de su embajada o consulado en Bogotá o directamente, el Estado Parte señaló que se informó a la autora de que su primogénito seguía sin cumplir

las condiciones para ser inscrito como ciudadano británico por ser hijo de una ciudadana de ese país.

El Estado Parte explica que, cuando nació el primogénito de la autora, el 16 de septiembre de 1954, la legislación relativa a la nacionalidad británica se regía por la ley de 1948. En virtud de lo dispuesto en el Art. 5 de dicha Ley, una persona nacida después de su entrada en vigor (con algunas excepciones) tenía derecho a la ciudadanía británica por filiación si en el momento de su nacimiento su padre era ciudadano británico. Las personas cuya madre era ciudadana británica en el momento en que nacieron no tenían derecho a adquirir automáticamente la ciudadanía por filiación. En la ley de 1948 se disponían otras formas de adquirir la ciudadanía británica. Los hijos menores de edad de cualquier ciudadano británico también podían inscribirse como ciudadanos británicos cuando un padre o tutor así lo solicitara y si el Secretario de Estado del Ministerio del Interior lo autorizaba, en principio, de manera acorde con la política del ministerio en ese momento. La naturalización estaba sujeta a diversas condiciones, entre ellas que el solicitante fuera mayor de edad y estuviera en pleno uso de sus facultades mentales.

El Estado reconoció los efectos discriminatorios del Art. 5 de la ley de 1948 y, en consecuencia, el 7 de febrero de 1979 el entonces ministro del Interior anunció a la Cámara de los Comunes un cambio de política de transición relativo a las solicitudes presentadas por mujeres nacidas en el Reino Unido para que sus hijos menores de edad fueran inscritos como ciudadanos británicos. Esta política general y de transición, se aplicaría a todas las personas menores de 18 años en la fecha en que se anunció la nueva política (es decir, a todos los hijos de ciudadanas británicas nacidos después del 7 de febrero de 1961).

El 1 de enero de 1983 entró en vigor la ley de 1981, que revocó las disposiciones de la ley de 1948. En el párrafo 1 del Art. 2 de la ley de 1981 se disponía la adquisición de la ciudadanía por filiación de cualquiera de los progenitores, en determinadas circunstancias. La ley de 1981 fue enmendada por el Art. 13 de la ley de 2002. Esa enmienda incorporó el Art. 4C en la ley de 1981, que confirió a las personas abarcadas por la política anunciada el 7 de febrero de 1979, el derecho, por ley, a inscribirse como

ciudadanos británicos; con la nueva disposición podían solicitar su inscripción incluso después de haber alcanzado la mayoría de edad si el solicitante había nacido después del 7 de febrero de 1961 y antes del 1 de enero de 1983. Estas dos fechas responden a que la política anunciada el 7 de febrero de 1979 se aplicaba a las personas nacidas después del 7 de febrero de 1961 y a que el 1 de enero de 1983 era la fecha de entrada en vigor de la ley de 1981, momento a partir del cual una ciudadana británica podía transmitir su ciudadanía de la misma manera que un ciudadano británico.

La autora reconoció que la ley de 1981 subsanó parcialmente la discriminación por motivos de género que había existido históricamente. Sin embargo, según ella, creó una nueva discriminación entre las madres cuyos hijos hubieran nacido antes de 1961 y las madres cuyos hijos nacieron después de 1961. La discriminación se mantuvo en la ley de 2002, por la que se permitió a los hijos de ciudadanas británicas nacidos en el extranjero después de 1961, cuya madre no los hubiera inscrito como ciudadanos británicos cuando eran menores de edad, inscribirse siendo adultos.

La autora consideró injusto que la legislación en materia de nacionalidad no tuviera efectos retroactivos al menos para las personas vivas a las que afecta, y comparó la situación con la ley por la que se abolió la esclavitud, en virtud de la cual se liberó a todos los esclavos. La autora opinó que tendría que haber un fin legítimo para que se pueda justificar la diferencia de trato y se pregunta qué fin legítimo podría tener la exclusión de un grupo de madres. Si bien era consciente de que el gobierno no podía reparar todas las injusticias cometidas en el pasado o contra generaciones anteriores, estimó que todo gobierno tiene la obligación de reparar las injusticias que pueda reparar, como la discriminación existente contra personas vivas. Además, la única justificación que podría tener el Estado para no cumplir las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene para con sus ciudadanos, sería, tal vez, que ello fuera a tener consecuencias terriblemente perjudiciales para el país (y, definitivamente, éste no parece ser el caso) y, de ser así, el gobierno tendría la

obligación moral de explicar esas consecuencias completa y satisfactoriamente.

La autora rechazó la idea de que la nacionalidad de una persona quede determinada por la aplicación de la legislación vigente en el momento de su nacimiento cuando otras personas pudieron obtener la ciudadanía británica por conducto de sus madres en 1981 en virtud de la ley de 1981 y por sí mismos, ya de adultos, en 2002.

La autora sostuvo que una madre tiene el derecho humano fundamental de transmitir su nacionalidad a sus hijos en condiciones de igualdad con el hombre y con otras mujeres, con independencia de si sus hijos son menores o mayores de edad, especialmente si ese mismo derecho se ha reconocido previamente a otros, siendo niños y siendo adultos, en dos leyes diferentes relativas a la nacionalidad; consideró inaceptables todas las injusticias persistentes que tengan como base o justificación que eran lícitas cuando surgieron.

4.10.5. Decisión del Comité

El Comité decidió que la comunicación era inadmisibles, ya que los hechos objeto de la comunicación sucedieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte y no continuaron produciéndose después de esa fecha, y por no haber agotado la autora todos los recursos de la jurisdicción interna.

4.10.6. Lecciones

Pareciera claro que el Comité no va a aceptar como dificultad para agotar la vía interna el que ésta sea demasiado onerosa, larga y complicada para una mujer que no vive en el país donde se supone tendría que agotar la vía interna, sino que va a interpretar que para llegar al Comité, primero hay que acudir a los tribunales y agotar todos los recursos que existan. Esto es algo que hay que tomar en cuenta a la hora de decidir si se va al Comité o si se buscan otros remedios.

Por otro lado, tal vez si la autora hubiera mencionado cuánto costaría y cuántos años tendría que haber invertido para agotar

esa vía en esta materia, el Comité hubiera decidido de otra manera, al menos en cuanto a la inadmisibilidad por no haber agotado la vía interna. Por eso es importante, cuando no se haya podido agotar la vía interna o no se haya ni siquiera intentado agotarla, que se citen estudios sobre las dificultades para las mujeres de acceder a la vía judicial.

5. Conclusiones

Se ha dividido este capítulo en dos partes. La primera es una síntesis de las lecciones que se pueden extraer del análisis de las diez primeras quejas y la segunda es una reflexión final, para compartir con todas las personas que estén dispuestas a utilizar los instrumentos y mecanismos que las mismas mujeres han logrado para ayudar a mejorar la posición y condiciones de las mujeres en todo el mundo.

5.1. Síntesis de las lecciones

El análisis de los diez primeros casos (a setiembre de 2008) que ha decidido el Comité de la CEDAW a través de su Protocolo Facultativo, da muchas pistas para mejorar las posibilidades de las mujeres de lograr una decisión favorable para sus casos. Estas lecciones o pistas se sintetizan, encontradas al final del análisis de cada caso, se sintetizan acá:

- Antes de enviar una comunicación al Comité de la CEDAW, buscar apoyo legal aunque esto no sea exigido por el mismo Protocolo. La asesoría legal es indispensable para ayudar a entender todos los requisitos, pero hay que recordar que la mayoría de los abogados y las abogadas, o no tienen experiencia litigando a nivel internacional o no tienen sensibilidad al género, por lo que es imprescindible que las organizaciones de mujeres que apoyan a las víctimas, también entiendan los requisitos y sepan argumentar por qué se han cumplido o por qué no se pueden cumplir.
- Una vez que se tiene asesoría legal, cerciorarse de que se puede cumplir con todos los prerrequisitos como, por ejemplo, que el Estado ha ratificado tanto el PF como la CEDAW y no ha hecho reservas a alguno de los artículos

que contienen los derechos violados, y que si el Protocolo fue ratificado después de que se produjeron los hechos, éstos continúan, etc.

- También, antes de enviar la comunicación hacer un análisis comparativo para cerciorarse de que el Comité de la CEDAW es el más idóneo para resolver el caso. En este punto hay que recordar que el objetivo principal de una queja, a diferencia de cuando se litiga en la vía interna, es lograr recomendaciones que tengan como fin transformar las estructuras de género que mantienen la discriminación contra las mujeres, y no tanto la restitución y rehabilitación de la víctima. Esto último tiene que ser parte de lo que se busca pero no el motivo principal. Esto debe quedar muy claro tanto para la víctima, como para sus familiares y para las organizaciones de mujeres que podrían estar acompañando el proceso.
- Una vez que se ha tomado la decisión de enviar una comunicación al Comité de la CEDAW, y que el caso reúne los prerrequisitos y requisitos, asegurarse de que se ha agotado la vía interna, y si no es así, argumentar muy bien por qué no se puede hacer. Tanto para argumentar esto como para argumentar por qué sí se ha agotado la vía interna, es importante leer lo que han dicho tanto los Estados como el Comité con respecto a este requisito y presentar contra-argumentos desde el inicio, sin esperar a que el Estado presente sus argumentos, para no perder tiempo. Si bien es cierto que el Comité ha decidido muy pocos casos para que se pueda saber con exactitud qué es lo que va a entender por “agotamiento de la vía interna”, o cómo va a interpretar el Art. 4 del PF-CEDAW, es aconsejable leer la jurisprudencia de otros comités y cortes internacionales sobre este punto y citarla o criticarla si no es género-sensitiva. Como se vio en el caso del velo, el Comité puede exigir que para agotar la vía interna se tenga que haber denunciado la discriminación por razón de sexo desde el inicio, así, si esto no fue posible o aconsejable en la vía interna, es necesario presentar al Comité todas las

razones legales, económicas, prácticas, etc., de por qué no se argumentó este tipo de discriminación.

- Una vez que se ha argumentado sobre todos los puntos de admisibilidad, es importante incluir citas a las distintas Recomendaciones Generales del propio Comité de la CEDAW, para reforzar los argumentos que se estén utilizando para probar la violación de algún artículo de la CEDAW. También es recomendable, cuando existan, citar las observaciones finales que el Comité le haya hecho a un Estado. No estaría de más citar también recomendaciones generales de otros Comités si éstos aclaran algún punto.
- Especificar qué tipo de restitución, compensación o rehabilitación se está pidiendo para la víctima, pero más importante aún, especificar muy detalladamente qué recomendaciones le debe dar el Comité al Estado para que la violación no se repita. Esto es de suma importancia porque no es suficiente pedir, por ejemplo, que se capacite a los jueces y las juezas, policías u otros funcionarios. Es imprescindible que se especifique en qué deben ser capacitados, por quiénes, cuánto tiempo y qué medidas debe tomar el Estado si esta capacitación no surte efectos. Por ejemplo, pedir que también se establezcan medidas de rendición de cuentas para aquellos funcionarios que no cumplen con sus obligaciones, premios para aquellos funcionarios que se destacan, etc. En otras palabras, medidas bien concretas y no recomendaciones tan poco específicas para el Estado acusado, que éstas ya existen en las Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW.
- Por último, darle seguimiento a las recomendaciones que el Comité le ha hecho al Estado para asegurar su implementación. Entre las acciones que pueden realizarse para dar seguimiento a una queja está hacer una estrategia mediática para que toda la ciudadanía se entere de la decisión, y lo que el Estado debe hacer o no hacer a partir de la comunicación que incluya, entre otras acciones, hacer una conferencia de prensa para dar a conocer la decisión del Comité; buscar medios de comunicación que quieran

hacer entrevistas o informar sobre la decisión y escribir artículos sobre el tema, que incluyan lo que el funcionario o la funcionaria a cargo del tema se ha comprometido a hacer y no ha hecho, etc. También se debe diseñar una estrategia hacia el Estado que podría incluir hablar con las funcionarias y los funcionarios que serán los llamados a implementarla e inventarse alguna medida para evaluar su cumplimiento, etc.; y, por supuesto, no pueden faltar estrategias generales como incluir la cuestión de la implementación, o no, en el próximo informe al Comité, utilizar la decisión para difundir la CEDAW, etc.

5.2. Reflexión final

Dos de las razones por las que se adoptó el PF-CEDAW fueron la necesidad de mejorar la implementación de la CEDAW, así como la comprensión de lo que implica para el Estado su obligación de eliminar la discriminación contra las mujeres, basada en lo que incluye o contiene cada uno de los derechos establecidos en la Convención.

El análisis de los primeros diez casos demuestra, aunque muy tímidamente, que en relación a la magnitud de la discriminación sufrida por las mujeres en todo el mundo, el PF-CEDAW está probando que puede llenar en parte esas necesidades. Sin embargo, hay otras preguntas para las cuales todavía no existen respuestas. Por ejemplo, es pertinente preguntar si los Estados Parte realmente pueden cumplir con las recomendaciones más generales que les hace el Comité bajo el procedimiento de comunicaciones, en un contexto mundial globalizado bajo los mandatos del mercado⁴⁷ y donde las grandes transnacionales y las empresas privadas no asumen responsabilidades para con los derechos humanos. La pregunta es: ¿cómo podrá un Estado

47 Para implementar la CEDAW como se debe, es indispensable la existencia de un Estado benefactor fuerte que tenga los recursos suficientes y la institucionalidad democrática para cumplir con las recomendaciones que le hace el Comité. Un Estado neoliberal, organizado solamente para garantizar el libre mercado, con sistemas de salud, educación e información privatizados, no tiene la institucionalidad ni los recursos para cumplir con sus obligaciones.

exigirle a un sector privado cuyas dimensiones y poderes son cada día mayores, que asuma la obligación de respetar, proteger y por sobre todo, garantizar a la ciudadanía sus derechos humanos?

Para hacer la misma pregunta en el marco de uno de los diez casos que se acaban de analizar, ¿cómo podrá un Estado Parte que ha privatizado su sistema de salud, exigirle a las diferentes empresas que venden servicios relacionados con este sector, que asuman la responsabilidad, como se le recomendó a Hungría en la Comunicación N° 4, de que todo el personal competente de sus centros sanitarios conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención y las Recomendaciones Generales N° 19, 21 y 24 del Comité, relativas a los derechos y la salud reproductiva de las mujeres?

También cabe preguntarse si la ONU, en este contexto neoliberal y con sus presentes problemas financieros, querría o podría invertir los recursos humanos y financieros para que el Comité pueda hacer su trabajo de la mejor manera. O, ahora que el Comité está en Ginebra bajo la secretaría de la Oficina para la Alta Comisionada de Derechos Humanos,⁴⁸ y ya no bajo la secretaría de la DAW, es posible preguntar si podrá mejorar su análisis de los derechos humanos sensible al género.

Las respuestas a esas y otras preguntas las dará el transcurso del tiempo. Por ahora, lo que se sabe es que el Comité cuenta con 23 personas expertas que, sin honorarios y sólo durante tres reuniones al año, deben monitorear la implementación de la CEDAW en 190 Estados y estar en la disposición de recibir comunicaciones de 90 Estados que a la fecha han ratificado el Protocolo Facultativo, así como hacer uso de su facultad de iniciar investigaciones en aquellos Estados que lo permiten.

48 En enero de 2008 se trasladó el Comité de la CEDAW a Ginebra, donde está siendo servido por la Oficina de la Alta Comisionada en Derechos Humanos, en vez de como hasta el 2007, por la DAW. La preocupación se centra en el necesario desarrollo de experticia en derechos humanos de las mujeres por parte de la Oficina, que sirve a todos los demás comités de tratados. También cabe señalar el problema que puede presentar el Reglamento de Procedimientos, que fue copiado del reglamento del Comité de Derechos Humanos, el cual no es género-sensitivo, ya que se hizo mucho antes de que la ONU empezara a tratar de incluir la perspectiva de género en su trabajo.

Ante este panorama, se necesita un movimiento de mujeres fuerte y organizado alrededor de sus derechos humanos, que pueda exigirle a cada Estado, así como a la comunidad de Estados, que es tiempo de eliminar la discriminación y la desigualdad contra las mujeres de una vez y por todas. Ya se sabe que se requieren estrategias de todo tipo para lograr la igualdad substantiva entre mujeres y hombres, pero una de éstas tiene que ser la utilización de instrumentos que las mujeres mismas han logrado ante la ONU.

Por eso también es tiempo de que poner manos a la obra y llevar más casos al Comité. Eso sí, hay que utilizarlo de manera estratégica y esto sólo se puede lograr informándose sobre lo que significa realmente la implementación de cada uno de los artículos de la CEDAW, que no es otra cosa que la implementación de la igualdad entre todas las mujeres y los hombres en todas las esferas y niveles de sus vidas. Y esto significa entender que la igualdad en el marco de los derechos humanos, y específicamente en el marco de la CEDAW, no es la igualdad sinónimo de “trato idéntico” sino la igualdad de resultados, que obviamente incluye trato diferenciado porque parte de la diversidad entre las mujeres y los hombres.

Esto a su vez, significa entender que la igualdad entre los sexos sólo se puede lograr acabando con todas las estructuras del patriarcado que mantienen o apoyan las distintas formas de opresión y discriminación que sufren todas las mujeres. Por ello, para lograr la igualdad entre hombres y mujeres no solo es necesario eliminar el sexismo, sino que es absolutamente indispensable eliminar el racismo y todas las discriminaciones basadas en la idea de que hay seres humanos que son el modelo de lo humano y, por ende, superiores a los demás. Las luchas tienen que estar basadas en la convicción de que todos los seres humanos son iguales/idénticos en dignidad y derechos, pero son muy desiguales los unos de las otras en cuanto al acceso que tienen a esos derechos, por razones que se pueden remediar a través, precisamente, del uso de los principios e instrumentos de derechos humanos.

Bibliografía

- Alston, Philip (ed.), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1992
- Amnesty International. *Claiming Women's Rights: The Optional Protocol to the UN Women's Convention*, 2001. Disponible en Internet: <<http://www.amnesty.org/es/library/info/IOR51/001/2001/en>>
- Antrobus, Peggy, *The Global Women's Movement: Origins, Issues and Strategies*. Global Issues, Zed Books, London, 2006.
- Bayefsky, Anne F. *How to Complain to the UN Human Rights Treaty System*. New York, Transnational Publishers, 2003.
- Charlesworth, Hilary y Chinkin, Christine, *The boundaries of international law, a feminist analysis*. Manchester University Press, Manchester, 2000.
- Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés), *Examining Existing Mechanisms for Communications on the Status of Women: Report of the Secretary General*. 35th Session, U.N. Doc. E/CN.6/1991/10.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Comité de la CEDAW, por su denominación en inglés), *Suggestion N° 7, Elements for an Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. 14th Session, U.N. Doc. A/50/38, 1995.
- Connors, Jane, "NGO's and the Human Rights of Women", en: Williams, Peter (ed.), *The Conscience of the World: the Influence of NGO's in the UN System*. The Brookings Institution, Washington D.C., 1996.
- Facio, Alda, *How the Seed Was Planted, Human Rights Dialogue: "Violence Against Women"*. Fall, 2003.
- Feyter, Koen de, *Human Rights, Social Justice in the Age of the Market*. Global Issues, Zed Books, London, 2005.

Galey, Margaret E., "Women Find a Place", en: Winslow, Ann (ed.), *Women, Politics and the United Nations*. Greenwood Press, Westport, CT, 1995.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *El Protocolo Facultativo, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. San José, Costa Rica, 2000.

International Women's Rights Action Watch Asia Pacific (IWRAW-AP), *Our Rights are not Optional, A Resource Guide*, 2005.

Organización de Naciones Unidas (ONU), *Informe de la Conferencia Mundial de la ONU para el Decenio de la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz*. U.N. Doc. A/CONF.94/35 (1980).

----- . *Report of the Secretary General on the Improvement of the Status of Women in the Secretariat*. U.N. Doc. A/50/691, 27 October, 1995.

----- . *Report of the Secretary General, Monitoring the Implementation of the Nairobi Forward/Looking Strategies for the Advancement of Women, Priority Theme Peace*. U.N. Doc E/CN.6/1996/68, 29 January, 1996.

----- . *The United Nations and the Advancement of Women, 1945-1995*. The United Nations Blue Books Series, Volume VI, Rev. Ed. New York, 1996.

Otto, Diane, "Holding up half the sky, but for whose benefit? A critical analysis of the Fourth World Conference on Women". *Australian Feminist Law Journal*, N° 6, 1996.

Pacheco, Máximo, *Los derechos humanos, documentos básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

Romany, Celina, *State Responsibility goes Private: a feminist critique of the public/private distinction in international human rights law*, en: Cook, Rebecca, *Human Rights of Women, National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

Schuler, Margaret (comp.), *Poder y derecho*. OEF Internacional, Washington D.C., 1985.

Schuler, Margaret y Thomas, Dorothy, *Derechos humanos de las mujeres, paso a paso*. IIDH, San José, Costa Rica, 1999.

Sullivan, Donna, *The Integration of Women's Human Rights into United Nations Activities: Trends and Case Studies*. Background paper, 1999. Disponible en Internet: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/gi-chapiv-x.pdf>>

Sitios web:

International Women's Rights Action Watch Asia Pacific (IWRAW-AP): <www.iwraaw-ap.org>

Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos: <www2.ohchr.org/spanish/law/>

United Nations Division for the Advancement of Women: <www.un.org/womenwatch/cedaw/>

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de diciembre del 2010
en los talleres gráficos de
EDITORAMA, S.A.
Tel: (506) 2255-0202
San José, Costa Rica

Nº 21.482

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Caçado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luz Patricia Mejía
Víctor E. Abramovich
Felipe González
Paolo G. Carozza
Florentín Meléndez
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina Quiroga
Diego García Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.