

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de los derechos de las mujeres*

La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la protection des droits des femmes

JEAN-MANUEL LARRALDE¹
jean-manuel.larralde@unicaen.fr

RESUMEN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia protectora de las mujeres que se despliega de dos maneras complementarias; de una parte, apoyándose sobre el principio de no discriminación el Tribunal contribuye a promover las condiciones de igualdad de trato entre hombres y mujeres privilegiando la universalidad de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Por otra parte, consciente de que las mujeres pertenecen a un grupo específico que requiere de medidas especiales de protección, el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia aplicable específicamente a las mujeres, reconociéndoles parcialmente un derecho a la libre disposición de sus cuerpos e imponiéndole a los Estados europeos la implementación de mecanismos de protección para combatir la violencia contra las mujeres.

PALABRAS CLAVES: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, derechos de las mujeres, jurisprudencia, protección, violencia contra las mujeres, principio de no discriminación.

RÉSUMÉ

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence protectrice des femmes, qui s'est déployée de deux manières complémentaires. S'appuyant sur le principe de non discrimination, elle contribue à promouvoir les conditions d'un traitement égal entre les hommes et les femmes en privilégiant l'universalité des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, consciente que les femmes appartiennent à un groupe spécifique qui nécessite des mesures particulières de protection, la Cour a également développé des jurisprudences s'appliquant plus spécifiquement aux femmes, leur reconnaissant partiellement un droit à la libre disposition de leur corps et imposant aux Etats européens la mise en place d'éléments de protection visant à lutter contre les violences faites aux femmes.

MOTS-CLÉS: Cour européenne des droits de l'homme, Convention européenne des droits de l'homme, droits des femmes, jurisprudence, protection, violence contre les femmes, principe de non-discrimination.

Fecha de recepción: septiembre 11 de 2012

Fecha de aceptación: octubre 2 de 2012

* Este artículo es producto de la investigación que sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolló el autor, concretamente en el campo de derechos emergentes.

Traducido en versión libre del idioma francés por la investigadora Karen Salazar Dussán, abogada, magíster en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad de Evry en Francia, exalumna del honorable profesor Jean-Manuel Larralde e investigadora del grupo de investigación *Libertad y Garantismo*.

1. Profesor de Derecho Público de la Universidad de Caen Basse-Normandie (Francia), Director del Máster "Derecho y Administración de Organismos Públicos", Director Adjunto del CRDFED (Centro de Investigaciones sobre los Derechos Fundamentales y la Evolución del Derecho, EA 2132), especialista en derechos humanos y en derecho de la Convención Europea de Derechos Humanos; es autor de una tesis consagrada a los derechos de los presos.

Las mujeres son, indiscutiblemente, sujetos de derechos específicos; ellas a menudo se consideran como parte de un grupo con características propias y con derechos concretos, en particular lo concerniente al control o dominio de sus cuerpos. Este enfoque marca la inclusión de las mujeres en los textos de protección supranacional.

Así encontramos desde el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre 1948, la proclamación de una fe “en los derechos fundamentales del hombre” (entendidos aquí como los derechos de la persona humana) y “en la igualdad entre hombres y mujeres”. Este principio se ve reforzado por el artículo 1, que establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”, lo que significa que las mujeres –al igual que los demás destinatarios– deben gozar de sus derechos fundamentales sin discriminación alguna, como lo prevé el artículo 2 del mismo texto, que prohíbe toda discriminación basada en el género. Los derechos de las mujeres, aparte de las disposiciones ya mencionadas, están casi que completamente ausentes en el texto de la Declaración². Encontramos esta perspectiva en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, que reconoce “el derecho de igualdad a hombres y

mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos” (art. 3), y que establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (art. 26). Las mujeres no forman, por tanto, una categoría específica, pues son titulares de derechos y beneficiarias de medidas de protección, de la misma manera que los hombres y en consecuencia, no deben ser objeto de ninguna discriminación³. Este enfoque es el mismo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 8 de diciembre de 2000, que sienta sucesivamente los principios de igualdad ante la ley (art. 20), y el de no discriminación, basado especialmente en el género (art. 21). El artículo 23 del mismo texto refuerza este mismo principio de igualdad de género, afirmando que debe darse “en todos los ámbitos, incluido el empleo, el trabajo y la remuneración”⁴. Las mujeres no representan una categoría específica, sino que son sujetos de derechos “ordinarios”, dignos de protección contra toda discriminación.

No obstante, estas normas universales deben ser complementadas por otras fuentes que muestran que las mujeres constituyen igualmente, una categoría específica frente a los derechos fundamentales; por lo tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre

2. Excepto por el artículo 16 que establece el principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y el derecho a fundar una familia.

3. El enfoque es adoptado también por el instrumento internacional específicamente dedicado a las mujeres y se llama Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre 1979).

4. Esta misma disposición que permite, además, la aplicación de las medidas que se les puede calificar como “discriminación positiva”, a favor del sexo menos representado.

de 1969 dispone derechos que se aplican a “todo ser humano”, entendido como una “persona” (art. 1) pero prohíbe de manera mucho más específica, infligir la pena de muerte a las mujeres embarazadas (art. 4 §. 5) y prohíbe la “trata de mujeres” (art. 6 §. 1^{er}). En el ámbito europeo –en materia de derechos sociales–, la Carta Social Europea, revisada del 3 de mayo de 1996, protege de una manera general los derechos económicos y sociales fundamentales (“Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo” principio establecido en el art. 20), pero también evoca “las trabajadoras” que “en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial” (principio establecido en el art. 8). En un dominio más represivo, el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que establece la Corte Penal Internacional, menciona entre los actos relevantes de crimen de genocidio “las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un mismo grupo” (art. 6). Además, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra incluyen la “violación, la esclavitud sexual,

la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (art. 7.1.g et 8.2.b.xxii).

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, Convención Europea), del 10 de noviembre de 1950, aparece en este sentido como un texto “clásico”, optando por el enfoque universal adoptado por la Declaración Universal de 1948⁵; sin embargo, la dinámica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin adoptar las tesis feministas a la vanguardia⁶, ha permitido el trabajo por el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres, mediante la aplicación de dos pilares complementarios, siguiendo la posición del principio del Consejo de Europa, según el cual, el principio de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres es un principio “fundamental de la democracia y representa un elemento del reconocimiento de la legitimidad de la identidad femenina en la vida pública”⁷. El Tribunal contribuye, ante todo, a la promoción de con-

5. Las mujeres no han sido evocadas, en la Convención Europea (y sus protocolos posteriores), por el artículo 12 que establece que “a partir de la edad de la pubertad, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar a una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

6. Como se muestra en particular en la opinión consultiva sobre ciertas cuestiones jurídicas relativas a las listas de candidatos para la elección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emitida el 12 de febrero de 2008, en la cual concluyó por unanimidad que el rechazo de una lista de candidatos a jueces del Tribunal por el solo motivo de que ninguna mujer figuraba en la lista, no era conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En sus resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2005), la Asamblea había decidido no tomar en consideración las listas de candidatos que no incluían por lo menos un candidato de cada sexo...

7. Recomendación 1229 (1994) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

diciones de igualdad de trato entre el hombre y la mujer⁸. También desarrolla paralelamente jurisprudencia aplicable específicamente a las mujeres: a la universalidad de la protección (I) se adiciona hoy en día, el reconocimiento de derechos específicos en beneficio de las mujeres (II).

I. La universalidad de la protección

Al ver en la Convención Europea una norma general de protección, el Tribunal rechaza aplicar el texto de manera “categórica” en función del género del destinatario de los derechos (A). Sin embargo, este enfoque, que postula la igualdad de derechos de sus destinatarios puede en la práctica conducir a discriminaciones. Este análisis se refiere directamente a la situación de las mujeres, lo que llevó a la jurisdicción de Estrasburgo a luchar contra estas discriminaciones, con el fin de reforzar la eficacia de la protección convencional al respecto de ellas (B).

A. El rechazo de una lectura femenina de la Convención Europea de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de recordar que “toda persona física o jurídica puede ejercer su derecho de recurso individual, sin que la nacionalidad, el lugar de residencia, el estado civil, la situación o la capacidad jurídica se tomen en cuenta”⁹. No es de extrañar, pues, que la Convención Europea no sea considerada como un instrumento categórico, sino como un “instrumento de protección de los seres humanos”¹⁰; sin embargo, al adoptar esa interpretación de las disposiciones convencionales, los jueces de Estrasburgo parecen rechazar por principio, cualquier tipo de enfoque de género¹¹, que pueda aparecer como el más probable para proteger los derechos de las mujeres en determinados casos. Leyendo algunos fallos, algunos son decepcionantes, ya que el Tribunal al adoptar un tratamiento general y abstracto del tema se dispone a borrar la especificidad femenina de las demandas.

8. Reivindicación que ya se encuentra en el corazón del artículo primero de la celebre Declaración de los derechos de la mujer y del ciudadano redactada por Olympe de Gouges en 1789: “La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. (...) Todas las ciudadanas y todos los ciudadanos deben ser igualmente admisibles a toda dignidad, puesto y empleo público, de acuerdo con sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”.

9. Véase, entre otros, Tribunal EDH, *Scozzari y Giunta c/ Italia*, del 13 de julio de 2008; *A. c/ Reino Unido*, del 23 de septiembre de 1998. Aquí el Tribunal Europeo retiene de manera muy lógica una lectura etimológica de la palabra “hombre”: El hombre de los derechos humanos es el homo del latín, es decir, todo ser relevante de la categoría de los homínidos, tanto varón como hembra. Esta lectura etimológica significa igualmente que los derechos humanos que se aplicarían solo a los seres humanos masculinos se llamarían derechos varoniles, refiriéndose al latín vir...

10. Tribunal EDH, *McCann y otros c/ Reino Unido*, del 27 de septiembre de 1995, §§ 146-147.

11. La palabra “género” se utiliza aquí en el sentido adoptado por el Diccionario de Psicología de W. D. Frölich, es decir, la diferenciación entre lo masculino y lo femenino (identidad de género), LGF, 1997, p. 234. Mientras que la palabra “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, la palabra “género” se refiere a la cultura y a la clasificación social en “masculino” y “femenino”. A. Oakley, citado por C. Zaidman en el prefacio de la obra de E. Goffman, *La disposición de los sexos, La Disputa*, 2009,



La reclamación por las mujeres de la libre disposición de su cuerpo se ha constituido en una de las reivindicaciones más importantes de los grupos feministas, en particular en las décadas de 1960 y 1970.

62

La sentencia *Baran c/ Turquía* del 10 de febrero de 2005 se presenta como un ejemplo típico de este enfoque universalista. En este caso, la demandante se quejaba de una condena penal de los tribunales turcos, debido a la distribución de un folleto titulado *La Fundación por la solidaridad con las mujeres kurdas* y la investigación sobre problemas de las mujeres. La demandante resaltó que esta publicación insistía en las dis-

crimaciones que sufren las mujeres kurdas en el sudeste de Anatolia, marcando su solidaridad con los problemas de las mujeres y haciendo un llamado a defender los derechos de las mujeres víctimas de la discriminación y de la violencia. Denunció, en particular, una “colonización de clase” sufrida por las mujeres kurdas, conllevándolas a la destrucción por causa de su identidad sexual y de su pertenencia a una nación y a una identidad diferente¹². Atentando contra la libertad de expresión de la demandante, la condena de esta podría generar muchos cuestionamientos con respecto a la situación de las mujeres en Turquía, pero si Turquía resulta condenada por violación a la libertad de expresión, será a causa de una sanción desproporcionada impuesta a la demandante, con respecto a declaraciones que no contenían discursos de odio, incitación a la utilización de la violencia o a la resistencia armada o a una rebelión. El contenido del folleto que tenía como objetivo promover los derechos de las mujeres, no se constituye como un elemento decisivo en el razonamiento del Tribunal¹³.

En una perspectiva similar, la sentencia *Emine Yasar c/ Turquía* del 9 de febrero de 2010 no hace un recuento de las cuarenta mujeres, que son el origen del caso, como un factor clave que condu-

p. 19. La Comisión Europea también propuso una definición común del género como “un concepto que se refiere a las diferencias sociales entre las mujeres y los hombres que son adquiridas, susceptibles de cambiar con el tiempo y varían ampliamente dentro y entre las diferentes culturas”. 100 palabras para la igualdad, 1998. Véase también J. Hay, “El enigma de la traducción de la palabra “género” en francés,” *Ilcea*, 2002, n.º 3, <http://ilcea.revues.org/index832.html>; M.-C. Belleau, “Las teorías feministas: derecho diferencia sexual”, *Revista trimestral de derecho civil*, enero-marzo de 2001, n.º 1, pp. 1 y s.

12. Ver los § 14 y 25 de la sentencia.

13. Esta se limita a señalar que “el folleto en cuestión (...) consistía en dar una visión general, tal vez sin duda tomando partido, criticando el estado y la condición general de la mujer kurda en el sureste de Anatolia”. § 30 de la sentencia.

ce a la constatación de la violación del artículo 3 de la Convención Europea. En este caso, Turquía es condenada, únicamente, por haber usado de manera excesiva la fuerza con el fin de reprimir una manifestación legal. Ciertamente, el Tribunal Europeo recuerda que la constatación de violación del artículo 3 es “intrínsecamente relativa” y depende “del conjunto de circunstancias propias del caso”, especialmente “del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima” (§ 49), pero hasta ahora nada permite pensar que la represión violenta de manifestantes de sexo masculino haría que el Tribunal adoptara una solución diferente.

Igualmente, se constata en el caso de *E. y otros c/ Reino Unido* del 26 de noviembre de 2002, en el cual, el Tribunal no distingue según el sexo de las jóvenes víctimas, ya que sus requerimientos¹⁴ se aplican por igual a los cuatro demandantes (tres hermanas y un hermano¹⁵) que se quejaban de abusos físicos y sexuales cometidos por la pareja de su madre durante largos años.

También se puede pensar que los malos tratos sufridos por la demandante en el asunto *Fahriye Çali°kan c/ Turquía*¹⁶ se explican ampliamente

porque es una mujer en situación de particular vulnerabilidad frente a hombres de la policía; sin embargo, la constatación de violación del artículo 3 del Convenio Europeo hallada por el Tribunal, no se refiere en ningún momento al sexo de la víctima que daría un matiz especial al caso, para el Tribunal, los golpes se originan como parte “de un trato degradante, calculado para inspirar sentimientos de miedo y de vulnerabilidad desproporcionados y no pueden, por lo tanto, corresponder a un uso de la fuerza estrictamente necesario” (§ 43). Una solución completamente idéntica habría sido adoptada por los jueces de Estrasburgo si la víctima hubiese sido de sexo masculino.

Esta voluntad de adoptar, en la medida de lo posible, un enfoque asexual en el tratamiento de las demandas sometidas a su competencia, ha conducido a los órganos de Estrasburgo a tomar soluciones que niegan toda especificidad femenina en casos que no deberían concernir sino a las mujeres.

De la misma manera, en el caso de *X. c/ Reino Unido*¹⁷, el demandante era el esposo de una mujer que se practicó un aborto en aplicación de la

14. Los Estados deben velar, a través de marcos legislativos, administrativos o judiciales adecuados, a que no se cometan violaciones a la Convención Europea. En este caso, los servicios sociales no adoptaron las medidas necesarias que hubiesen dado oportunidades reales de cambiar el resultado del caso o, por lo menos, moderar los daños sufridos por los niños.

15. Véase también la sentencia *X. y Y. c/ Países Bajos* del 26 de marzo de 1985, relativa a un joven discapacitado mental que es forzado a tener relaciones sexuales. Para el Tribunal, las disposiciones del Código penal no aseguraron en las circunstancias del caso una protección concreta y eficaz.

16. Tribunal EDH; *Fahriye Çaliskan c/ Turquía*, 2 de octubre de 2007. La demandante, que se encontraba dialogando con un agente, fue objeto de injurias, sacudidas, golpes en la cabeza y pellizcos en los brazos por un comisario, que también le tiró el cabello y le escupió en la cara. Estas sevicias dieron lugar a una incapacidad temporal de cinco días.

17. Com. EDH, decisión del 13 de mayo de 1980, n.° 8416/79, D.R., vol. 19, p. 244.

legislación inglesa de 1967, que permite la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la vida de la mujer y prevenir el nacimiento de un niño, que se cree, sufrirá de graves discapacidades mentales o físicas. Se podría pensar que la calidad masculina del demandante en un caso de aborto llevaría a una decisión de inadmisibilidad. Por el contrario, este demandante se verá por la Comisión como un padre virtuoso, que se ve afectado por la interrupción del embarazo de su esposa y por lo tanto puede ser considerado como una víctima en el sentido de la Convención Europea¹⁸. Si este caso ha permitido el desarrollo de la noción de “víctima potencial”, es en detrimento de una lectura puramente femenina del caso.

64 La sentencia *Rantsev c/ Chipre y Rusia* dictada por el Tribunal el 7 de enero de 2010 también demuestra la voluntad de no adoptar una perspectiva de género. En este caso de prostitución forzada (referente a una mujer joven de nacionalidad rusa que llega a Chipre con una visa de “ar-

tista” para presentarse en un “cabaret” y muere por una caída desde su apartamento ubicado en un sexto piso), el Tribunal justifica su fallo haciendo referencia a la “trata de personas”, que “amenaza la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas” (§ 282). Ciertamente, se puede considerar que se trata de una sentencia que plantea exigencias importantes para la protección de las mujeres¹⁹, pero el resultado se obtiene por referencia a la dignidad humana, un concepto que se refiere tanto a mujeres como a hombres²⁰. El mismo enfoque es adoptado por el Tribunal en su sentencia *Tremblay c/ Francia* del 11 de septiembre de 2007²¹, frente a una demandante exprostituta, en el cual, se evoca sus dificultades para salir de este entorno debido a la política fiscal de las autoridades francesas; en este, los jueces de Estrasburgo adoptan un razonamiento global rechazando una posición puramente femenina.

Esta negación de una lectura de género de la Convención Europea debe ser atenuada, ya que

18. La Comisión sin llegar hasta reconocer una violación del derecho a la vida familiar del padre, puesto que este derecho era, en el caso en concreto, cubierto por la excepción prevista en el § 2 del artículo que permite la protección de los derechos de otros, en la ocurrencia, el derecho a la vida y a la salud de su esposa.

19. El Tribunal considera que el artículo 4 de la Convención Europea obliga a los Estados a establecer un dispositivo jurídico y administrativo adaptado a la lucha contra la trata de personas y la protección de individuos que por las circunstancias, se pueden sospechar legítimamente, como víctimas de actos de esta naturaleza.

20. El razonamiento seguido por el Tribunal en este caso es aún más sorprendente a sabiendas de que el Consejo de Europa no vacila, generalmente, en ver estas cuestiones de violaciones específicas sobre los derechos de las mujeres. Es así que se expresa por la Resolución 1337 (2003) y la Recomendación 1610 (2003) sobre las migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución, del 25 de junio de 2003. Este último texto solicita ante todo “la creación de condiciones que permitan a (las) mujeres inmigrantes que son víctimas de traficantes y de prostitución forzada, regresar a su país en condiciones de dignidad y seguridad”.

21. Véase C. Geslot, “Prostitución, dignidad... Por aquí el dinero”, Colección Dalloz, 2008, pp. 1292 y s.; J.-M. Larralde, “Francia, Estado proxeneta?; acerca de la sentencia *Tremblay c/ Francia* del 11 de septiembre de 2007”, *Revista trimestral de Derechos Humanos*, 2009, n.º 77, pp. 191 y s.

el Tribunal no ignora las discriminaciones que sufren las mujeres en el goce de numerosos derechos fundamentales, lo que lo conduce a movilizar las herramientas convencionales disponibles con el fin de luchar contra estas discriminaciones.

B. La voluntad de lucha contra las discriminaciones

Para el Tribunal, la Convención Europea constituye un instrumento jurídico que requiere ser “interpretado y aplicado de una manera que haga que las exigencias sean concretas y efectivas”²². Puestas sobre un mismo pie de igualdad teórico con los hombres, las mujeres son sometidas a numerosas discriminaciones en ámbitos que afectan, tanto su vida profesional como el acceso a la representación política, a su integridad física, o incluso a su vida privada y familiar. En el plano europeo, el Comité de Ministros señalaba en 1988 que “en la sociedad actual, las desigualdades entre hombres y mujeres subsisten tanto en derecho como en los hechos”²³. Veinte años más tarde, el mismo Comité indicó en igual sentido que

el estatus jurídico de las mujeres en Europa ha mejorado en el transcurso de los últimos años, pero veinte años después de la Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres, satisfacer la brecha de igualdad en hechos y en derecho sigue siendo un reto para los Estados miembros²⁴.

Consciente de la persistencia de esas discriminaciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado las posibilidades que ofrece el artículo 14 de la Convención Europea para establecer las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. En virtud de esta disposición, “el goce de los derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna, fundamentada especialmente por razones de género (...)”²⁵. Para el Tribunal, este principio de no discriminación constituye un “principio fundamental” que “subyace en la Convención”²⁶. Utilizando el arma de la no discriminación sexual, el Tribunal se coloca en el contexto de la Convención de la Organización de Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁷, que exige a los Estados parte tomar

22. Tribunal EDH, *McCann y otros c/ Reino Unido*, precitado, §§ 146-147.

23. “Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres”, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 16 de noviembre de 1988, en su 83ª reunión.

24. “Hacer de la igualdad entre hombres y mujeres una realidad de hecho”, declaración adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de mayo de 2009, en su 119ª sesión.

25. El alcance de esta disposición tuvo una prórroga hasta la entrada en vigor, el 1 de abril de 2005, del Protocolo n.º 12 extensible a la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe toda discriminación (fundada especialmente en el sexo) en “el goce de cualquier derecho previsto por la ley” (Art. 1, § 1).

26. Tribunal EDH, *Strain y otros c/ Rumania*, 21 de julio de 2005, § 59.

27. Lo que define la discriminación contra las mujeres como “(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tiene por objetivo o resultado menoscabar o destruir el reconocimiento, el goce o el ejercicio por las mujeres, independientemente de

(...) todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y el progreso de las mujeres, para garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la base de igualdad con los hombres (art. 3).

El enfoque adoptado por el Tribunal en materia de lucha contra las discriminaciones sexuales es bien conocido, sobre todo porque se encuentra expuesto en la sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/ Reino Unido*, que hoy en día cuenta con más de veinticinco años²⁸, en la cual, se hace referencia a las normas de derecho inglés, en virtud de las cuales, un hombre instalado en el Reino Unido podía, de manera más fácil que una mujer en la misma situación, obtener para su cónyuge extranjero la autorización de entrar o permanecer en el país de manera permanente²⁹. En este caso, los jueces de Estrasburgo indican que

sólo razones de mucho peso podrían conducir a estimar compatible con la Convención, una distinción basada en el sexo”, ya que “el progreso

hacia la igualdad de género constituye hoy día un objetivo importante para los Estados miembros del Consejo de Europa”³⁰.

Ciertamente este esquema de lectura jurisprudencial no llevará de inmediato a que el Tribunal declare contrarias, a la Convención Europea, todas las situaciones que establecen diferencias entre hombres y mujeres³¹. En su sentencia *Petrovic c/ Austria* del 27 de marzo de 1998, el Tribunal valida la legislación austríaca de la época, que reservaba el subsidio por licencia parental a la madre, y no al padre, después de un período de ocho semanas contadas a partir del parto y luego de haberse extinguido el derecho a las prestaciones de maternidad; sin embargo, el fallo fue proferido por una mayoría de siete votos contra dos. Y en la opinión disidente, común a los jueces Bernhardt y Spielmann, se indica que se trata de

la tradicional división de responsabilidades familiares entre las madres y los padres que llegó a la legislación austríaca reconociendo únicamente a las madres el derecho a un subsidio por per-

su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el campo político, económico, social, cultural y civil o en cualquier otro campo”.

28. Sentencia del 28 de mayo de 1985. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo sigue el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha trabajado desde hace mucho tiempo por la igualdad de trato profesional entre hombres y mujeres. Ver la sentencia Defrenne del 8 de abril de 1976, caso 43/75, Rec., p. 455.

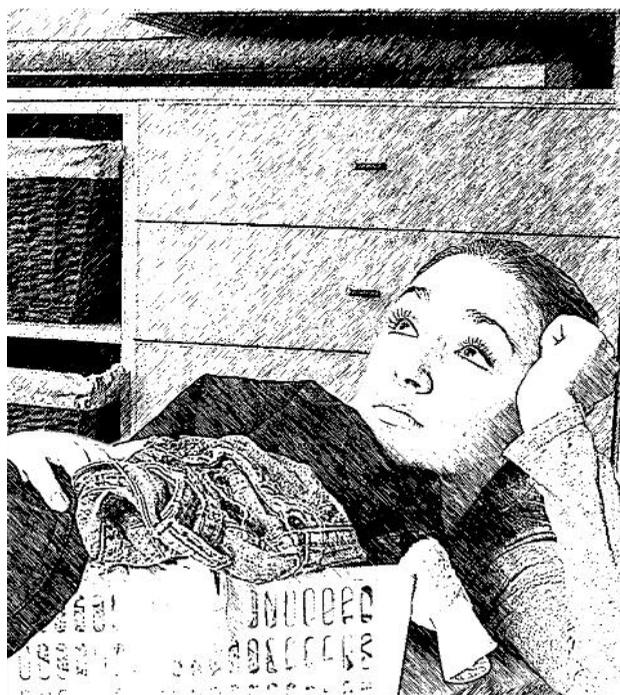
29. Las autoridades británicas afirmaban que esta medida pretendía frenar “la inmigración primaria” y respondía a la necesidad de proteger el mercado nacional de trabajo en un momento de alto desempleo. La solución de la presente sentencia conducirá a una victoria pírrica, ya que en respuesta a la condena del Tribunal, el Gobierno modificará el derecho interno para imponer las mismas dificultades de acceso al territorio para los esposos y las esposas...

30. § 78. El Tribunal tuvo la ocasión de recordar, más recientemente, en su sentencia *Konstantin Markin c/ Rusia* del 7 de octubre de 2010, que la prohibición de la discriminación es particularmente estricta cuando está “basada únicamente en el género” (§ 37-41 de la sentencia).

31. Aunque desde 1993 el Tribunal considera, en un área específica, que no existe ninguna justificación objetiva y razonable para afirmar que los hombres jóvenes de catorce a dieciocho años deben ser protegidos contra las relaciones sexuales con hombres

miso parental. La discriminación contra los padres perpetúa esta división tradicional de género y también puede tener consecuencias negativas para la madre, ya que si ella continúa su actividad profesional y está de acuerdo en que el padre se quede en el hogar, la familia pierde el subsidio de permiso parental al cual ella tendría derecho si permanece en casa.

Este argumento que pone en duda toda “repartición tradicional de roles” tendrá rápidamente vocación a aplicarse en el campo simbólico del apellido de los esposos. Años más tarde, el Tribunal Europeo se verá obligado a dirimir “la preocupación del legislador suizo de manifestar la unidad de la familia a través del apellido” (limitando a la mujer, de manera deliberada, el derecho a añadir su apellido al de su esposo... sin prever la reciprocidad) constituyéndose una violación de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea³². Más recientemente, el Tribunal sostuvo que la ley turca que establece que la mujer casada no puede utilizar solo su apellido de soltera después del matrimonio, mientras que el hombre casado mantiene su apellido tal y como era antes del matrimonio, se constituye en una discriminación³³. Al destacar el progreso de la igualdad de género en los Estados miembros, los jueces de Estrasburgo hacen un barrido de los argumentos del Gobierno que tratan de justificar su legislación por el deseo de manifestar la unidad de la familia a través del apellido del esposo, asegurando el orden público.



No se puede limitar la jurisprudencia sobre las mujeres en la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la dualidad universalidad/lucha contra las discriminaciones. Las mujeres también son consideradas como miembros de un grupo específico que requiere la aplicación de medidas especiales de protección.

67

Esta jurisprudencia es importante no solo porque ayuda a luchar contra las discriminaciones concretas, sino también porque participa de ma-

adultos, mientras que las mujeres jóvenes de la misma edad podrían no tener necesidad de esta protección, contra las relaciones sexuales con hombres o mujeres adultas. Tribunal EDH, *L. y V. c/ Austria*, 9 de abril de 2003.

32. Tribunal EDH, *Burghartz c/ Suiza*, 22 de febrero de 1994.

33. Tribunal EDH, *Ünal Tekeli c/ Turquía*, 16 de febrero de 2005. Véase también Tribunal EDH, *Losonci Rose y Rose c/ Suiza*, 9 de noviembre de 2010, a propósito de las discriminaciones que pesan sobre los apellidos de las parejas binacionales.

nera más prospectiva en rechazar los esquemas anticuados que llevaron a asignar roles tradicionales e inmutables a las mujeres y a los hombres, a causa de prácticas, tradiciones culturales o religiosas arraigadas en muchas sociedades³⁴. El argumento de diferencias de género ha servido durante largo tiempo de justificación, de manera arquetípica, para muchas desigualdades. Y como lo indica explícitamente la Convención de la Organización de Naciones Unidas de 1979, la lucha contra las discriminaciones en contra de las mujeres se da, obviamente, por el cambio de normas, pero también por los cambios en las prácticas, procedimientos o estereotipos que perjudican a las mujeres³⁵.

68

En el caso *Schuler-Zraggen c/ Suiza* del 24 de junio de 1993 el examen que realiza el Tribunal Federal de Seguros acerca de la demanda de pensión de la interesada se argumenta sobre una “hipótesis tomada de la experiencia de la vida cotidiana” (§ 64) que considera que un gran nú-

mero de mujeres casadas interrumpen su actividad profesional con el nacimiento de su primer hijo y retoman su trabajo tiempo después; no obstante, el Tribunal Europeo concluyó una violación a la Convención Europea de acuerdo con el argumento de la demandante que se consideró discriminada por cuestiones relativas a su sexo ya que si hubiese sido hombre, el Tribunal Federal nunca hubiera considerado tal razonamiento sin fundamento en una justificación objetiva y razonable. En el caso *Wessels-Bergervoet c/ Países Bajos* del 4 de septiembre de 2002, el Tribunal indica que una diferencia de cálculo de pensiones por edad, entre mujeres y hombres³⁶ podía ser justificada en un momento en donde “las actitudes sociales (...) eran diferentes, ya que era la mayoría de los hombres quienes aseguraban la supervivencia de su familia” (§ 51), pero a finales de los años ochenta estas normas no se refieren a ninguna “justificación objetiva y razonable” (§ 27), y por lo tanto, constituyen una violación convencional³⁷.

34. En la sentencia *Konstantin Markin c/ Rusia* del 22 de marzo de 2012, la Gran Sala del Tribunal señala que “los estereotipos de género ligados al sexo –como la idea de que son las mujeres las que se ocupan de los niños y los hombres quienes trabajan para ganar dinero– no pueden considerarse como una justificación suficiente para el trato diferenciado, al igual que tampoco se pueden considerar como justificación, los mismos estereotipos por razón de raza, origen, color u orientación sexual” (§ 143). Véase N. Hervieu, “Condena solemne de los estereotipos de género en la asignación de los roles parentales” *Actualidades derechos-libertades*, 27 de marzo de 2012.

35. El artículo 5 a) de la Convención de Naciones Unidas solicita a los Estados miembros que adopten todas las medidas apropiadas, con el fin de lograr el cambio de “los esquemas y modelos de comportamiento sociocultural del hombre y de la mujer con miras a lograr la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o de un rol estereotipo de hombres y mujeres”.

36. La demandante había sido excluida, por un período total de diecinueve años, de la cobertura prevista, porque ella estaba casada con un hombre que trabajaba en el extranjero y no se encontraba cubierto por este régimen de seguridad. Sin embargo, un hombre casado en la misma situación que la demandante no hubiera sido excluido del régimen de compensación...

37. Véase, en el mismo sentido, la sentencia *Stec c/ Reino Unido* del 12 de abril de 2006, en donde el Tribunal nos indica que una diferencia entre hombres y mujeres con respecto a la edad legal de jubilación puede legítimamente aspirar a corregir las “de-

De una manera mucho más general, la lucha contra la discriminación y la voluntad de promover la igualdad entre hombres y mujeres ha llevado al Tribunal Europeo a pronunciarse sobre la influencia de ciertas normas religiosas sobre la situación de las mujeres. En el caso *Refah Partisi y otros c/ Turquía* del 13 de febrero de 1993, el Tribunal recordó que un Estado parte puede legítimamente impedir

que las reglas de derecho privado de inspiración religiosa que atenten contra el orden público y los valores de democracia en el sentido de la Convención (por ejemplo, normas que permitan la discriminación de sexo, como la poligamia, los privilegios de los hombres en el divorcio y la sucesión) sean aplicables bajo su jurisdicción (§ 128).

El Tribunal retoma el mismo tipo de argumento en su decisión de inadmisibilidad en el caso *Dahlab c/ Suiza* del 15 de febrero 2001, en el cual considera que el velo como “símbolo externo fuerte” resulta “difícil de conciliar con el principio de igualdad de género”³⁸.

Esta voluntad de hacer escapar mujeres y hombres de esquemas preestablecidos no se expresa de manera unilateral³⁹. El fin de los estereotipos fundados en el género significa también en algunos casos la eliminación de beneficios o privilegios que habían sido reservados, hasta entonces, solo a las mujeres, como lo demuestra el caso de *Konstantin Markin c/ Rusia* del 7 octubre de 2010, en el cual se rechaza todo esquema tradicional para la educación de los niños y se resalta una tendencia general hacia un reparto más equitativo de la responsabilidad de hombres y mujeres en el tema; el Tribunal desestima que la duración del permiso parental puede ser diferente en función de si es acordado a la madre o al padre del niño⁴⁰.

En el mismo sentido, las medidas que conducen a la obligación cívica de servir como jurado y que pesan de manera predominante sobre los hombres, constituyen una diferencia de trato no justificado entre dos grupos –los hombres y

sigualdades de hecho”, en una época en donde el papel de la mujer ha sido tradicionalmente la atención de su familia, sin remuneración alguna, en el seno de su hogar, en lugar de ejercer una ocupación profesional remunerada. Este tipo de análisis reposa actualmente en criterios razonables y objetivos.

38. El Tribunal también pone en evidencia la dificultad “para conciliar el uso del velo islámico por una maestra, llevando el mensaje de tolerancia y respeto por los demás, pero sobre todo, la igualdad y la no discriminación que, en una democracia, cada maestro debe transmitir a sus alumnos”.

39. Como se muestra también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que condena la posibilidad para los Estados miembros de la Unión “de mantener sin limitación en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones unisex (de seguro)” (lo que llevó a hacer pagar a las jóvenes conductoras tarifas de seguros de automóviles inferiores a las de los conductores jóvenes), porque es “contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres”. TJCE, 1 de marzo de 2011, la Asociación Belga de Consumidores Test-Compras ASBL (S. p.), caso C-236/09, § 32.

40. Nota N. Hervieu, *Actualidad derechos-libertades*, 8 de octubre de 2010. Véase también la sentencia *Weller c/ Hungría* del 31 marzo de 2009 en donde el Tribunal sanciona la ausencia de objetivo legítimo perseguido por la exclusión del beneficio de indemnizaciones de maternidad de un padre biológico y de sus hijos, con el argumento de que su cónyuge o madre no podía percibir prestaciones por no poseer la nacionalidad húngara.

las mujeres— que, en el sentido de esta obligación, se encuentran en una situación similar⁴¹. Igualmente, la legislación de Land de Baden-Wurtemberg exigiendo solo habitantes de sexo masculino en un municipio; el pago de una contribución de bombero, o la exoneración de la obligación de pagar contribuciones en virtud de la ley general de subsidios familiares⁴² a las mujeres de cuarenta y cinco años y más, solteras y sin hijos, se refieren de la misma manera a esos estereotipos que no son conformes a las exigencias europeas⁴³. Por último, la lucha contra el rol predeterminado de las madres y los padres condujo al Tribunal a declarar discriminatoria y contraria a la Convención Europea la posición del principio adoptado por la Corte Constitucional Federal de Alemania, según la cual toda solicitud de custodia conjunta formulada por el padre en contra de los deseos de la madre debe considerarse contraria a los intereses del menor⁴⁴.

El fortalecimiento de los requisitos del Tribunal en materia de no discriminación ha permitido la evolución de las respectivas posiciones de

las mujeres y de los hombres en muchas áreas, y con ello ha garantizado una aplicación más universal del texto de 1950, pero se trata solo de la primera parte de la protección, ya que el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido, paralelamente, una serie de derechos específicos a las mujeres.

II. El reconocimiento progresivo de derechos específicos para las mujeres

No se puede limitar la jurisprudencia sobre las mujeres en la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la dualidad universalidad/lucha contra las discriminaciones. Las mujeres también son consideradas como miembros de un grupo específico que requiere la aplicación de medidas especiales de protección; como lo indica la juez Françoise Tulkens, este enfoque se refiere, *mutatis mutandis*, al concepto de “universalidad inclusiva” que consiste en tener en cuenta la especificidad de ciertos grupos que no responden al modelo dominante⁴⁵, esta consideración particular del género femenino ha llevado a que

41 Tribunal EDH, *Zarb Adami c/ Malta*, 20 de junio de 2006.

42 Exoneración justificada por “el deseo de respetar la sensibilidad de las mujeres de cierta edad sin hijos” (§ 44). Tribunal EDH, *Van Raalte c/ Países Bajos*, 28 de enero de 1997.

43 Para el Gobierno, “imponiéndoselo únicamente a los hombres, el legislador habría tenido en cuenta las exigencias específicas del servicio y de las particularidades físicas y psíquicas de la mujer, y no habría perseguido como único propósito la protección de ésta” (§ 27). Tribunal EDH, *Karlheinz Schmidt c/ Alemania*, 18 de julio de 1994.

44 Tribunal EDH, *Zaunegger c/ Alemania*, 3 de diciembre de 2009.

45. F. Tulkens, “Los derechos humanos, derechos de las mujeres. Las demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Intervención en la Universidad Vrije de Bruselas, 9 de marzo de 2007, p. 10 (fuente: [http://www.ies.be/files /Fr.Tulkens. Notes_de_support_au_cours_du_9_mars_2007.pdf](http://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_9_mars_2007.pdf)); Ver también (citado por la autora), E. Brems, *Derechos humanos: universalidad y diversidad*, Martinus Nijhoff, 2001, p. 295.

el Tribunal reconozca parcialmente el derecho de las mujeres a la libre disposición de sus cuerpos (A), e imponga a los Estados establecer elementos de protección para combatir las violencias en contra de las mujeres (B).

A. El derecho de las mujeres a la libre disposición de sus cuerpos

La reclamación por las mujeres de la libre disposición de su cuerpo se ha constituido en una de las reivindicaciones más importantes de los grupos feministas, en particular en las décadas de 1960 y 1970. Anteponiendo el eslogan “*nuestros cuerpos, nuestros seres*” los movimientos de liberación de la mujer luchaban entonces por el reconocimiento de un derecho a la anticoncepción y al aborto.

Se sabe que desde hace algunos años el Tribunal ha promovido de manera considerable la noción de autonomía personal que constituye un componente fundamental del derecho a la vida privada o a la intimidad⁴⁶. Reconociendo “el derecho de toda persona a vivir su vida como lo desee”⁴⁷ la jurisprudencia de Estrasburgo hubiera podido reconocer a las mujeres el control sobre su cuerpo, sobre todo en cuanto a la elección, o no, de ser madre; sin embargo, el tema es más

complicado ya que las decisiones asumidas por la mujer en este campo deben ser equilibradas con otros intereses, como lo son: el respeto de los derechos del futuro padre y la protección del feto y del niño por nacer, entre otros. Este entorno jurídico ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la adopción de soluciones que a menudo son complejas, y en ocasiones poco lineales.

No se puede negar que el Tribunal de Estrasburgo ha permitido el respeto del control de las mujeres sobre sus cuerpos⁴⁸ formulando soluciones que privilegian sus derechos. En el fallo *Odièvre c/ Francia* del 13 de febrero de 2003, el Tribunal valida el dispositivo previsto por la ley francesa del 8 de enero de 1993, que permite a una mujer un “parto anónimo”, precisando que “la ley francesa se inscribe, desde hace mucho tiempo, en el problema de proteger la salud de la madre y el hijo durante el embarazo y el parto, y evitar abortos, especialmente clandestinos o abandonos “salvajes” (§ 45). El derecho a conocer sus orígenes se desvanece aquí ante “el interés de una mujer a permanecer en el anonimato para proteger su salud en el momento de dar a luz en condiciones médicas apropiadas” (§ 44). Del mismo modo, en la sentencia *V. C. c/ Eslovaquia* del 8 de noviembre de 2011, el Tribunal condena al Estado por haber realizado la ester-

46. Tribunal EDH, *Pretty c/ Reino Unido*, 29 de abril de 2002; *Goodwin c/ c/ Reino Unido*, 12 de julio de 2002, § 90.

47. Tribunal EDH, *Pretty c/ Reino Unido*, precitado, § 62.

48. De acuerdo con la filosofía general del Consejo de Europa en la materia, en lo expresado especialmente en la Resolución 1247 (2001), del 22 de mayo de 2001 sobre las mutilaciones genitales femeninas, donde la Asamblea Parlamentaria proclama “la preeminencia, sobre las costumbres y las tradiciones, de los principios universales del respeto de la persona, de su derecho inalienable de disponer de ella misma y de la plena igualdad entre hombres y mujeres”.

lización de una joven mujer eslovaca de origen romano, sin que ella haya consentido de manera clara (violación de los artículos 3 y 8), ya que el equipo médico solicitó a la demandante firmar el formulario de consentimiento a pesar de que ella se encontraba en la última fase del trabajo de parto de su segundo hijo...⁴⁹.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal tenga un enfoque liberal no significa que reconozca a las mujeres un derecho absoluto de controlar su fertilidad y las condiciones reproductivas. En particular, el Tribunal de Estrasburgo no admite que el derecho a la vida privada y familiar de las mujeres incluya un “derecho al hijo”. En el caso *Evans c/ Reino Unido* del 10 abril de 2007 la Gran Sala precisa que la noción de “vida privada” incluye el derecho a respetar la decisión de tener o no un hijo (§ 58), y esto no impone al Estado la obligación positiva de garantizar a las mujeres que realizaron una fertilización *in vitro*

la posibilidad de hacerse implantar un embrión, a pesar de saber que su expareja no lo desea. Para el Tribunal

no hay ninguna razón de peso para acordar el derecho de la demandante, al respecto de su decisión de convertirse en madre en el sentido genético de la palabra, con respecto al respeto del derecho de J. (su compañero) de no desear tener un hijo biológico con ella (§ 90)⁵⁰.

Con respecto a la cuestión sensible del aborto se encuentra una jurisprudencia poco protectora de las mujeres. Los órganos de Estrasburgo se niegan a consagrar un derecho al aborto, aunque ellos imponen a los Estados asumir medidas positivas en la puesta en práctica de interrupciones voluntarias de embarazo⁵¹.

Negando inicialmente cualquier examen *in abstracto* de la compatibilidad de las leyes relativas al aborto con el artículo 2 de la Convención Europea⁵², la Comisión Europea de Derechos Hu-

72

49. El Tribunal recuerda que “la esterilización constituye una injerencia importante en el estado de salud de una persona en materia de procreación” y “afecta múltiples aspectos de la integridad personal de una persona, incluyendo su bienestar físico y mental, al igual que su vida emocional, espiritual y familiar” (§ 106). En consecuencia, el “consentimiento informado” de las mujeres involucradas constituye un requisito previo para tales prácticas, incluso si un tal procedimiento puede ser necesario desde el punto de vista médico” (§ 110). Véase N. Hervieu, “La esterilización sin consentimiento informado y las fluctuaciones convencionales sobre la identificación de las discriminaciones raciales”. *Letra de actualidades derechos-libertades*, 14 de noviembre de 2011.

50. En la opinión disidente, común entre los jueces Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielman y Ziemele se recordó al contrario que “una mujer se coloca en una situación diferente a la de un hombre desde el punto de vista del nacimiento de un niño, incluyendo cuando la ley autoriza métodos de inseminación artificial”.

51. Esto también implica la protección de la libertad de expresión de los y las que trabajan por la despenalización del aborto. Así, en su sentencia *Women on waves c/ Portugal*, del 3 de febrero de 2009, el Tribunal indicó que sin menospreciar “la importancia acordada por el Estado portugués a la protección de la legislación sobre el aborto (...) y los principios y valores que lo fundamentan”, el Tribunal debe señalar “que es precisamente en la presentación de las ideas que ofenden, chocan y desafían el orden establecido que la libertad de expresión es más valiosa” (§ 42). Ver también la sentencia *Open Door y Dublin Well Woman c/ Irlanda* del 29 de octubre de 1992, que dio lugar a reformas en la legislación irlandesa con el fin de permitir a las mujeres acceder a las informaciones disponibles en Irlanda sobre los servicios de aborto existentes en otros países.

52. Demanda X c/ Noruega, n.º 867/60, decisión de la Comisión del 29 de mayo de 1961, D.R., vol. 6, p. 34. Esta solución voluntaria de la compleja cuestión del aborto será, igualmente, llevada a cabo en la célebre sentencia *Open Door y Dublin Well Woman c/*

manos ha estimado que la legislación que rige la interrupción voluntaria del embarazo es del dominio de la vida privada de la mujer, como para cualquier mujer embarazada la vida privada se relaciona estrechamente con el feto que se desarrolla en ella⁵³; sin embargo, este análisis ha permitido que el respeto del feto pueda ser de naturaleza a limitar el respeto de la vida privada de la mujer embarazada.

No fue sino hasta 1980 que la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó explícitamente que el aborto es compatible con el artículo 2 § 1 de la Convención Europea (que protege el derecho a la vida) en nombre de la protección de la vida y de la salud de la madre. Para la Comisión, “el aborto está cubierto por una limitación implícita del “derecho a la vida” del feto, en esta etapa, para proteger la vida y la salud de la mujer”⁵⁴. Este enfoque será confirmado en el caso de *Boso c/ Italia* del 5 de septiembre de 2002, en el cual, la libertad de abortar de la mujer embarazada y su salud la llevan sobre otras consideraciones, “suponiendo que en ciertas circunstancias, el feto pueda ser considerado como un titular de derechos protegidos por el artículo 2 de la Convención”. Y en la sentencia *Vo c/ Francia* del 8 de julio de 2004, el Tribunal subrayó aún más explícitamente que



73

El principio de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres es un principio “fundamental de la democracia y representa un elemento del reconocimiento de la legitimidad de la identidad femenina en la vida pública”.

Irlanda (precitada), según la cual la prohibición de difundir informaciones acerca de las oportunidades de ir a abortar en el extranjero no llevaba a pronunciarse sobre la existencia o no de un derecho al aborto, pero se mostraba como una obstrucción al derecho a difundir o recibir informaciones sobre el aborto en el extranjero y revelaba solamente una discusión sobre la aplicación del artículo 10 de la Convención Europea.

53. Com. EDH, *Brüggemann et Scheuten c/ Alemania*, demanda n.º 6959/75, decisión del 19 de mayo de 1976, D.R., 10, p. 123.

54. Demanda *X. c/ Reino Unido*, precitada, D.R., 19, p. 262. Esta solución será confirmada sobre este punto por la sentencia *Vo c/ France*, precitada, § 80.

incluso si los órganos de la Convención no excluyen que, en determinadas circunstancias, las protecciones puedan ser admitidas en beneficio del niño no nacido”, el “derecho” a la “vida” (del feto), si existe, se encuentra implícitamente limitado por los derechos e intereses de su madre (§ 80).

De acuerdo con lo anterior, los fundamentos del problema parecen ser claros para el Tribunal, ya que si el derecho a la vida de la persona humana, reconocido después del nacimiento es intangible, el derecho del feto es relativo y puede verse sustituido por el derecho al aborto de una mujer embarazada cuya salud estaría en juego.

Este pausado razonamiento no ha llevado al Tribunal a reconocer a las mujeres un real derecho al aborto protegido por la Convención Europea. Luego de haber evitado durante largo tiempo adoptar una posición de principio sobre este punto, la Gran Sala concluyó en su sentencia *A, B y C c/ Irlanda* del 16 de diciembre 2010, que “el artículo 8 no puede (...) ser interpretado como consagración de un derecho al aborto” (§ 214),

ya que para el Tribunal, la legislación irlandesa esta basada (...) en profundos valores morales concernientes a la naturaleza de la vida” (§ 226) y por lo tanto valida “el objetivo legítimo de proteger la moral, cuya defensa del derecho a la vida del no nacido constituye un aspecto importante en Irlanda⁵⁵. El Tribunal considera que ya que no existe un consenso europeo sobre la cuestión del origen de la vida⁵⁶, hay que “acordar a los Estados un margen de apreciación en materia de protección del niño por nacer (y) sobre la forma de lograr un equilibrio entre la protección y los derechos concurrentes de la mujer embarazada”⁵⁷. En 1992 un análisis de la Comisión Europea de Derechos Humanos indicó que el aborto es un tema tan sensible que permite a los Estados disfrutar de un cierto poder discrecional que sigue siendo válido en la actualidad⁵⁸.

Incorporándose en esta compleja jurisprudencia, el caso *Tysi'c c/ Polonia* del 20 de marzo de 2007⁵⁹ marca una etapa importante ya que el Tribunal reitera su posición de principio según la

74

55. § 227. Análisis enunciado por los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi que resaltan en su opinión parcialmente disidente que: “esta es la primera vez que el Tribunal hace caso omiso de la existencia de un consenso europeo en nombre de los “valores morales profundos”. Incluso se supone que esos mismos valores morales profundos están siempre arraigados en la conciencia de la mayoría de los irlandeses, así que considerar que ellos puedan tomar el paso sobre el consenso europeo, cuya orientación es completamente diferente, constituye un verdadero giro, peligroso, en la jurisprudencia del Tribunal” (§ 9).

56. Tribunal EDH, *Vo c/ Francia*, precitada, §§ 75-80.

57. § 237. D. Roman, “El aborto ante el Tribunal EDH: Europa contra las mujeres y el desprecio de su historia”, *Revista de derecho sanitario y social*, 2011, pp. 293 y s.; nota E. Birden, *Diario de derecho internacional*, 2011, n.º 4, pp. 1342 y s.; M. Levinet “Valores morales y restricciones al aborto”, JCP G, 17 de enero de 2011, pp. 112 y s.; note J.-M. Larralde, *Fundamentos de derecho de personas y familia*, febrero 2011, p. 2.

58. Com. EDH, *H. c/ Noruega*, decisión del 19 de mayo de 1992, DR 73, p. 182.

59. Nota C. RENAUT, *Diario de derecho internacional*, 1ero de julio de 2008, pp. 807-808; nota J.-P. Maguenaud, *Revista trimestral de derecho civil*, 1ero de abril de 2007, pp. 292 y s.; nota J.-M. LARRALDE, *Revista trimestral de derechos humanos*; n.º 71, 2007, pp. 871 y s.; crónica F. SUDRE, JCP G, 5 de septiembre de 2007, pp. 27 y s.

cual “en el presente caso no se puede determinar si la Convención garantiza el derecho al aborto” (§ 104), agrega que cuando el legislador decide autorizar el aborto bajo ciertas condiciones no debe regularlo por normas legales que limitan, en la realidad, la posibilidad de obtener este tipo de intervención; además, los procedimientos deben permitir que se tomen decisiones de manera oportuna para prevenir o limitar los daños que puedan derivarse para la salud de la mujer como consecuencia de un aborto tardío. En el presente caso, al no proporcionar un recurso efectivo contra la decisión de rechazo de un aborto terapéutico, el Estado polaco no cumplió con la obligación positiva que le incumbe de proteger el derecho de la demandante con respecto a la intimidad en el contexto de un desacuerdo acerca de saber si ella tenía o no el derecho a practicarse un aborto.

De otra parte, desde la decisión de *R.R. c/ Polonia* del 26 de mayo de 2011⁶⁰ el Tribunal plantea

la especial vulnerabilidad de las mujeres embarazadas, lo que obliga a los Estados a adoptar medidas específicas de protección y fortalecimiento de sus derechos. En el caso de Polonia se ha incumplido con estas obligaciones ya que el Estado no posee un adecuado marco jurídico y de procedimiento para garantizar el acceso a las mujeres a una información completa y fiable acerca de la salud del feto⁶¹. El margen nacional de apreciación de los Estados no es ilimitado en cuanto al aborto, y por lo tanto, el Tribunal considera que debe controlar la eficacia del acceso al aborto y la existencia de garantías cuando esta técnica es reconocida en la legislación interna de cada Estado⁶².

Si la jurisprudencia del Tribunal, debido a su deseo de conciliar todos los intereses en juego, puede parecer demasiado tímida para reconocer el derecho de las mujeres a controlar su fertilidad y su maternidad, una constatación idéntica

60. Se refería a una ciudadana polaca que se ve confrontada al rechazo deliberado de los médicos que se oponen al aborto solicitado para realizar pruebas en el feto que portaba en su vientre y sufría de una grave anomalía genética. La actitud dilatoria de los médicos llevó a que la ciudadana diera a luz a un niño con síndrome de Turner, ya que el límite legal para abortar había excedido en el momento en que finalmente recibió los resultados de las pruebas genéticas confirmando la enfermedad. Ver J.-M. Larralde, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho al aborto: entre un avanzar prudente y un conservadurismo asumido”, *Revista trimestral de derechos humanos*, 2012, n.º 91, p. 606 y s.

61. Esto condujo al Tribunal a condenar al Estado por violación de los artículos 3 y 8 de la Convención Europea. Este enfoque no convenció a todos los jueces de la sección cuarta del Tribunal, como lo demuestra la lectura de las dos opiniones parcialmente disidentes. Para el juez Bratza, el caso revelaba una violación del artículo 8 de la Convención Europea pero no del artículo 3, y el razonamiento del Tribunal en este caso se constituyó en una extensión excesiva de esta disposición (§ 5). De manera contraria, el razonamiento opuesto por el juez De Gaetano estima que el Tribunal debía limitarse a declarar una violación del artículo 3 de la Convención Europea. En cuanto a la aplicación del artículo 8, el Tribunal hubiera logrado “hacer las cosas más difíciles para él en la determinación del inicio de la vida y la protección de los niños por nacer frente a una disposición, “más fundamental”, de la Convención Europea como lo es el artículo 2” (§ 5).

62. Esta solución fue confirmada por la sentencia *P. y S. c/ Polonia* del 30 de octubre de 2012, en la cual el Tribunal de Estrasburgo recuerda que permitir el acceso efectivo al aborto legal y proteger los datos personales y médicos es una “obligación positiva de los Estados en cuanto a la protección y respeto de la vida privada de los demandantes” (§ 111).

no puede ser hecha respecto a la lucha contra las violencias y los malos tratos. La jurisprudencia tiende a asegurar una protección cada vez más reforzada hacia las mujeres.

B. La lucha frente a las violencias contra las mujeres

En su Recomendación 1582 (2002) del 27 de septiembre de 2002 sobre la violencia doméstica contra las mujeres, la Asamblea del Consejo de Europa recuerda que los actos de violencia doméstica estarían clasificados como la principal causa de muerte y discapacidad para las mujeres de 16 a 44 años; y es así, que del 12 al 15% de las mujeres europeas mayores de 16 años sufren de violencia doméstica en el curso de una relación⁶³. Este tema ha movilizadado desde hace varios años el Consejo de Europa⁶⁴, siendo la lucha de las violencias contra las mujeres uno de los ejes de su jurisprudencia.

Gracias al interesante carácter del artículo 3 de la Convención Europea, el Tribunal ha podido recordar firmemente que ciertos tratamientos

infligidos a las mujeres son, por naturaleza, contrarios a las exigencias europeas. Las medidas de reenvío a las cuales ciertas mujeres se encuentran expuestas violan las disposiciones convencionales, debido al riesgo de ser víctimas de tortura o actos inhumanos y degradantes en el Estado que las acoge⁶⁵. Así, en la sentencia *Jabari c/ Turquía* del 11 julio de 2000 es la pena de lapidación, que se practica especialmente en Irán, la que se considera contraria al artículo 3 de la Convención Europea⁶⁶. En el caso *N. c/ Suecia* del 20 de julio de 2010, es un estudio completo que hace el Tribunal de la situación de la mujer en Afganistán, según el cual las mujeres en ese Estado “se enfrentan a un riesgo adicional de maltrato (...) si ellas son percibidas como individuos que no se ajusten a los roles (“roles de género”) que les asigna la sociedad, la tradición e incluso el sistema legal”. Aquellas que han adoptado “un estilo de vida, culturalmente, menos conservador (...) siguen siendo vistas como transgresoras de importantes normas sociales y políticas”, lo cual las puede exponer a “violencias domésticas y otras formas de castigo que van desde el rechazo y la estigmatización, hasta los crímenes de honor para aquellas que son

63. http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/default_FR.asp?

64. Quien se ha dotado de un Comité Ad Hoc para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO) e inició su labor en abril de 2009.

65. Estas jurisprudencias no deben dar la impresión de que la simple mención de un riesgo de castigo corporal o de mutilación sexual en caso de reenvío al territorio sea suficiente. La existencia de pruebas tangibles es siempre necesaria para que el Tribunal analice la situación como contraria al artículo 3 de la Convención Europea. Véase, entre otras, las sentencias *Ndona c/ Alemania*, 5 de febrero de 2004; *Bello c/ Suecia*, 17 de enero de 2006.

66. La demandante alegaba que podía correr el riesgo de verse condenada a una pena de lapidación por adulterio, en caso de ser deportada a Irán.

acusadas de avergonzar a su familia, su comunidad o su tribu” (§ 55). Si el Tribunal considera que las circunstancias del caso no le permiten estar seguro de que la demandante tendrá el riesgo de tales tratamientos, el “riesgo general que sobresale de las estadísticas y de los informes internacionales” es suficiente para concluir una constatación de violación al artículo 3 de la Convención Europea en el caso de hacer regresar a la demandante a Afganistán⁶⁷.

Más allá de las situaciones de reenvío, el Tribunal Europeo también se ha comprometido a la protección de las mujeres contra las violencias, ya sean domésticas o infligidas por autoridades públicas.

El efecto horizontal del artículo 3 de la Convención Europea ha permitido al Tribunal sancionar numerosas situaciones en las que las mujeres son víctimas de abuso o violencia. Desde la

sentencia *M.C. c/ Bulgaria* del 4 de diciembre de 2003, el Tribunal ha sostenido que los Estados están obligados, en virtud de las obligaciones positivas que derivan de los artículos 3 y 8 de la Convención Europea, a perseguir de manera efectiva cualquier acto sexual no consentido, incluso cuando la víctima no se resiste físicamente⁶⁸. A esta garantía absoluta de intangibilidad física se refiere la clara posición del Tribunal desde el año 2007 que “juzga la prostitución incompatible con los derechos y la dignidad de la persona humana desde que es obligada”⁶⁹. En los graves hechos del caso *Opuz c/ Turquía* (múltiples actos de violencia perpetrados durante varios años –incluyendo puñaladas y amenazas–, dando como resultado la muerte, por bala, de la madre de la demandante...) también se permitió al Tribunal de Estrasburgo tomar una decisión importante con respecto a la violencia doméstica⁷⁰, señalando la importancia de la lucha mundial contra este tipo de violencias que presentan

67. Para apoyar su argumentación, el Tribunal mencionó la ley sobre el estatuto personal de la minoría chiita en Afganistán, aprobado en 2009, que establecía obligaciones discriminatorias frente a las mujeres que pertenecen a este grupo. Este texto dispuso que “una esposa está obligada a satisfacer los deseos sexuales de su marido” (art. 132), o que una mujer no puede heredar ningún bien de su marido después de su muerte (art. 137).

68. Se puede lamentar con respecto al tema que el Tribunal ha admitido que “puede ser difícil para una persona obtener pruebas acerca de una violación (...) especialmente, teniendo en cuenta su situación vulnerable” (véase, especialmente, *Zeynep Avci c/ Turquía*, 6 de febrero de 2003, § 65), situación que resulta excesivamente exigente con respecto a los demandantes. También, en la sentencia *Frik c/ Turquía* del 20 de septiembre de 2005, el Tribunal considera que no hay elementos suficientes en el expediente que demuestren que la demandante haya realizado sus denuncias de violación a las autoridades o a los médicos de la prisión en donde ella se encontraba detenida, lo que hubiese permitido exámenes psicológicos o ginecológicos para corroborar sus afirmaciones. Por otra parte, ella habría esperado casi cuatro años después de los hechos para presentar una denuncia contra los agentes de policía responsables de su custodia.

69. Tribunal EDH., *Tremblay c/ Francia*, precitada, § 25.

70. Tribunal EDH, 9 de junio de 2009. El Tribunal completa, aquí, su jurisprudencia *Bevacqua et S. c/ Bulgaria* del 12 de junio de 2008 que había dispuesto el principio de obligaciones positivas que pesan sobre el Estado para proteger la vida privada de la demandante y de su hijo frente a las reacciones violentas de su exesposo (§ 84).

un carácter complejo (ellas pueden ser tanto físicas como psicológicas, no siempre se conocen y afectan no solo a las mujeres, sino también a los hombres, así como directa o indirectamente, a los niños), el Tribunal hace pesar sobre los Estados una nueva obligación positiva que radica en la instauración de un sistema eficaz de represión de todas las formas de violencia doméstica y la protección adecuada de las víctimas (§ 145); esta obligación prima sobre la prohibición de injerencia en la vida familiar de las personas. En el mencionado caso las normas turcas limitan el proceso penal ya que cuando el daño físico no supera un cierto umbral, la legislación interna se estima insuficientemente protectora frente a las exigencias convencionales. Por otra parte, el Tribunal considera que los obstáculos planteados por la policía y los tribunales turcos –por razones de “costumbre, tradición u honor”– a la interposición de denuncias de mujeres golpeadas o amenazadas, dan lugar a una falta de sanciones efectivas y disuasivas, y relevan de una “pasividad judicial general y discriminatoria, incluso no intencional, que afecta en su gran mayoría las mujeres”; se trata de “una forma de discriminación contra las mujeres” (§§ 196, 198 y 200) y corresponde a los Estados luchar con determinación contra este tipo de situaciones, tomando en cuenta que se puede estar frente a una violación del artículo 14 de la Convención Europea (prohibición de discriminación).

Más allá de la lucha contra las violencias domésticas, ciertas sentencias rompen el enfoque tradicionalmente universalista del Tribunal anteponiendo la situación específica de las mujeres frente a las autoridades públicas y su necesidad de protección. En el caso *Menesheva c/ Rusia* del 9 de marzo de 2006, es la corta edad de la demandante (19 años), así como su situación de mujer, las que se resaltan en la sentencia; esta “vulnerabilidad especial” ha sido tomada en cuenta de manera explícita por el Tribunal para calificar como tortura los malos tratos infligidos por los miembros de la policía. La voluntad de proteger a las mujeres en situación de vulnerabilidad ha conducido al Tribunal a decidir en el caso *Y.F c/ Turquía* del 22 de octubre de 2003, que el hecho de obligar a una mujer, sin razón médica real, a un examen ginecológico (después de cuatro días de retención durante los cuales habría tenido los ojos vendados, habría sido golpeada con bolillos, insultada y amenazada de violación), constituye una violación del artículo 8. En efecto,

toda violación a la integridad física de una persona debe ser prevista por la ley y requiere el consentimiento del interesado. De lo contrario, una persona en situación de vulnerabilidad, como un detenido, sería privada de garantías legales contra acciones arbitrarias” (§ 43)⁷¹.

En la actualidad es difícil hacer un juicio definitivo sobre la acción del Tribunal Europeo de

71. En el 2006, de manera contraria a las disposiciones establecidas por la Convención Europea, el Tribunal no declaró como una violación el hecho de llevar a una mujer al hospital el primer y último día de su detención para realizarle exámenes ginecológicos y un examen rectal con el fin de evitar acusaciones de abuso sexual por parte de la policía, a pesar de haberse constituido una clara violación del artículo 3 de la Convención Europea (esta situación no alcanzó el nivel mínimo de gravedad de un trato de-

Derechos Humanos en relación con la protección de los derechos de las mujeres; al respecto, hay algunos que antepondrán su loable fortalecimiento de necesidades encaminadas a proteger a las mujeres contra las violencias de todo tipo, otros lamentarán que dejando demasiado margen a múltiples intereses, se niegue muy a menudo las especificidades estrictamente femeninas de ciertas situaciones, y habrán aquellos que deplorarán el extremo conservadurismo de la jurisprudencia en relación con el reconocimiento de un derecho al aborto. Todas estas

observaciones son eminentemente aceptables; sin embargo, más allá de estas críticas específicas, nadie puede negar que la jurisdicción de Estrasburgo, fiel a su línea jurisprudencial que hace del texto de 1950 un “instrumento vivo”⁷², debe interpretarse “a la luz de las condiciones actuales”⁷³; además, su jurisprudencia ha participado fuertemente en “destruir algunos clichés”⁷⁴ que han conducido a la discriminación de las mujeres, limitando su papel restrictivo a esposa y madre.

gradante). Tribunal EDH; *Yavuz c/ Turquía*, 10 enero de 2006. En su opinión parcialmente disidente, los jueces Hedigan y Thor Björgvinsson estimaron, al contrario, que el Tribunal debía concluir una violación del artículo 3 de la Convención Europea, porque el hecho de conducir a la demandante a este tipo de exámenes era probable de generar en ella, sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, susceptibles de humillarla y degradarla, constituyéndose, por tanto, un tratamiento degradante (§ 16).

72. Tribunal EDH, *Tyler c/ Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 31.

73. Tribunal EDH, *Marckx c/ Bélgica*, 13 de junio de 1979, § 41.

74. En referencia al título de la obra de C. Grewe et F. Benoît-Rohmer (dir.), *Los derechos sociales o la demolición de algunos clichés*, Prensas universitarias de Estrasburgo, 2003.