

3.1. Análisis de las resoluciones de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos

Como se ha mencionado el objetivo principal del presente estudio es llevar a cabo evaluación de la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW por sus siglas en inglés).

Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Artículo 1 establece: A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Establece además, en su Artículo 2, una serie de obligaciones para los Estados parte, principalmente en los siguientes incisos:

“b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.”

Recomendación 19 de la CEDAW

La citada recomendación establece:

24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que:

- A) Los Estados Parte adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo.
- B) Los Estados Parte velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención.
- C) Los Estados Parte alienten la recopilación de estadísticas y la investigación de la amplitud, las causas y los efectos de la violencia y de la eficacia de las medidas para prevenir y responder a ella.
- D) Se adopten medidas eficaces para garantizar que los medios de comunicación respeten a la mujer y promuevan el respeto de la mujer.
- E) En los informes que presenten, los Estados Parte individualicen la índole y el alcance de las actitudes, costumbres y prácticas que perpetúan la violencia contra la mujer, y el tipo de violencia que engendran. Se debe informar sobre las medidas que hayan tomado para superar la violencia y sobre los resultados obtenidos.
- F) Se adopten medidas eficaces para superar éstas actitudes y prácticas. Los Estados deben introducir programas de educación y de información que ayuden a suprimir prejuicios que obstaculizan el logro de la igualdad de la mujer (Recomendación N° 3, 1987).
- G) Se adopten medidas preventivas y punitivas para acabar la trata de mujeres y la explotación sexual.
- H) En sus informes, los Estados Parte describan la magnitud de todos estos problemas y las medidas, hasta disposiciones penales y medidas preventivas o de rehabilitación, que se hayan adoptado para proteger a las mujeres que se prostituyan o sean víctimas de trata y de otras formas de explotación sexual. También deberá darse a conocer la eficacia de éstas medidas.
- I) Se prevean procedimientos eficaces de denuncia y reparación, la indemnización inclusive.
- J) Los Estados Parte incluyan en sus informes datos sobre el hostigamiento sexual y sobre las medidas adoptadas para proteger a la mujer del hostigamiento sexual y de otras formas de violencia o coacción en el lugar de trabajo.
- K) Los Estados Parte establezcan o apoyen servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia

contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento.

L) Los Estados Parte adopten medidas para poner fin a éstas prácticas y tengan en cuenta las recomendaciones del Comité sobre la mutilación genital femenina (Recomendación N° 14) al informar sobre cuestiones relativas a la salud.

M) Los Estados Parte aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.

N) Los Estados Parte den a conocer en sus informes la amplitud de estos problemas e indiquen las medidas que hayan adoptado y sus resultados.

O) Los Estados Parte garanticen que en las zonas rurales los servicios para víctimas de la violencia sean asequibles a las mujeres y que, de ser necesario, se presten servicios especiales a las comunidades aisladas.

P) Las medidas destinadas a proteger de la violencia incluyan las oportunidades de capacitación y empleo y la supervisión de las condiciones de trabajo de empleadas domésticas.

Q) Los Estados Parte informen acerca de los riesgos para las mujeres de las zonas rurales, la amplitud y la índole de la violencia y los malos tratos a que se las somete y su necesidad de apoyo y otros servicios y la posibilidad de conseguirlos, y acerca de la eficacia de las medidas para superar la violencia.

R) Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia figuren las siguientes:

I) sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar;

II) legislación que elimine la defensa del honor como justificación para atacar a las mujeres de la familia o darles muerte;

III) servicios, entre ellos, refugios, asesoramiento y programas de rehabilitación, para garantizar que las víctimas de violencia en la familia estén sanas y salvas;

IV) programas de rehabilitación para los culpables de violencia en el hogar;

V) servicios de apoyo para las familias en las que haya habido un caso de incesto o de abuso deshonesto.

S) Los Estados Parte informen acerca de la amplitud de la violencia en el hogar y el abuso deshonesto y sobre las medidas preventivas, punitivas y correctivas que hayan adoptado.

T) Los Estados Parte adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas:

I) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo;

II) medidas preventivas, entre ellas programas de información y educación para modificar las actitudes relativas al papel y la condición del hombre y de la mujer;

III) medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de violencia o que se encuentren en peligro de serlo.

U) Los Estados Parte informen sobre todas las formas de violencia contra la mujer e incluyan todos los datos de que dispongan acerca de la frecuencia de cada una y de sus efectos para las mujeres víctimas.

V) Los informes de los Estados Parte incluyan información acerca de las medidas jurídicas y de prevención y protección que se hayan adoptado para superar el problema de la violencia contra la mujer y acerca de la eficacia de esas medidas.”

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém Do Pará

Encontramos en el cuerpo del documento una serie de medidas y mecanismos jurídicos y administrativos que deben adoptar las partes para llevar a buen fin el compromiso, entre los que cabe destacar los señalados por los Artículos 4, 7 y 8, respectivamente.

Artículo 4:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

A) El derecho a que se respete su vida;

B) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;

C) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;

E) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;

F) El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

G) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

Artículo 7:

Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

A) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

B) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

C) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

D) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

E) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

F) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

G) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

H) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Artículo 8:

Los Estados Parte convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

D) Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

F) Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social.

A continuación recopilamos y analizamos los criterios de los tribunales internacionales de derechos humanos con el fin de identificar aquéllos que protegen los derechos humanos en general y los derechos de las mujeres en particular.

En primer lugar cabe señalar que los criterios que regulan las limitaciones de derechos humanos, es decir bajo qué circunstancias la autoridad o en su caso un particular puede limitar los derechos de otra persona cualquier que fuere su sexo.

Para esto utilizaremos los mismos principios que ha sostenido el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que es el órgano que aplica la Convención Europea de los Derechos Humanos. En opinión de Fraser Sampson “La Convención se establece para proteger lo que puede ser visto como las libertades ciudadanas fundamentales en una Sociedad Democrática... Existen diversas características cuando son consideradas la Convención y sus efectos. Éstas características incluyen:

El balance entre los derechos y las necesidades que compiten entre sí.

Las limitaciones y las restricciones. El triple test.

La convención como un instrumento viviente.

Y el *margen de apreciación*.⁵

Es importante destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha considerado que es necesario lograr un balance entre los derechos humanos de todos. De ahí que los elementos históricos de los derechos humanos estén presentes.

De conformidad con otra obra de Fraser Sampson y De Silva, la Corte ha establecido una doctrina en la que “Algunas de las provisiones de la Convención son absolutas,

⁵ Fraser Sampson. Balckstone Police Manual. General Police Duties. 2004. Centrex. Pag. 64 y ss.

esto es, no se permite su incumplimiento en ninguna circunstancia. Un ejemplo puede ser el infringir tortura, conforme al Artículo 3. Otros derechos pueden ser limitados de alguna manera, como el derecho a la libertad, según el Artículo 5. Los derechos tienen que ser limitados al poner en marcha el concepto de “sociedad democrática”. Si una persona es arrestada legalmente, su derecho a la libertad ha sido infringido, pero la Convención toma en cuenta tales situaciones e impone limitaciones en este derecho. De la misma manera se presentarán ocasiones en las que la libertad de un individuo tiene conflictos con el interés público. Por ejemplo, el derecho de asamblea (Artículo 11) y el mantenimiento del orden público... En algunos casos, el derecho de un individuo puede directamente competir con el de otro. Un ejemplo es el derecho de uno a la libertad de expresión (Art. 10) con el derecho del otro a la vida familiar y privada (Art. 8)... Lo que la Convención y la Corte Europea de Derechos Humanos buscan es un balance entre los derechos de unos contra otros y contra las necesidades de la *Sociedad democrática*, en la que ellos viven. Por esta razón muchos de los artículos de la Convención incluyen limitaciones relevantes o excepciones. Aún cuando cada una es diferente, la perspectiva de la Corte Europea y de la Comisión Europea, cuando han interpretado su alcance, ha sido la misma: aplicar las tres pruebas”.

Y agrega que en las tres pruebas, “cuando la Convención da a los individuos un derecho particular, toda calificación o limitación de este derecho debe ser cuidadosamente definida y aplicada. De otra manera el efecto de la Convención sería diluido en una serie de cláusulas de salida o de circunstancias donde los derechos serían desechados. Generalmente, cualquier limitación a un derecho de la Convención debe ser:

- A) Prescrita por ley
- B) Intentar lograr un legítimo objetivo
- C) Proporcionado al fin que se busca lograr.⁶”

Esta es justamente el área en que deben ser balanceados los derechos de los individuos que están compitiendo o los derechos de una sociedad democrática. La proporcionalidad y la necesidad son un imperativo.

En cuanto al *margen de apreciación*, la Corte ha establecido, “... ya que las sociedades modernas no son homogéneas y que las condiciones locales pueden ser distinguidas de una mejor manera por el criterio de los gobiernos locales, que, a través de los parlamentos, dictan las mejores leyes para sus sociedades.”⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido una doctrina parecida en relación a los derechos humanos. Esta ha afirmado que “... la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante, tenga que ser

⁶ Fraser Sampson y Niran de Silva. *Police Conduct, Complain and efficiently*. Blackston Press. 2001 Pág. 5 y 6.

⁷ Cfr. Fraser Sampon. *Balckton Police Manual*. Op. Cit. Pag. 66

que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”. Por lo tanto, para la limitación de las garantías que consagra la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es necesario que sea dada por Ley formal y materialmente generada por el parlamento y siguiendo el procedimiento.⁸ Además debe tener un elemento de materialidad para la limitación⁹ e incluso acepta el concepto de necesidad democrática, y de bien común.¹⁰ Así en una resolución sobre el derecho de expresión afirma que “El Tribunal ha señalado que la *necesidad* y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el Artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el Artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho Artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que

⁸ La corte afirma que “Al leer el artículo 30, en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas” OPINIÓN CONSULTIVA OC-6/86 DEL 9 DE MAYO DE 1986.

⁹ En la misma opinión afirma que “28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas" con el propósito para el cual han sido establecidas" se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones" no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas" (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, Washington, DC: Secretaría General, OEA, 1973, pág. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté " conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general "es el resultado de una enmienda”.

¹⁰ Y continúa “29. El requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del " bien común " (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad " (" Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.¹¹

Ahora bien, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto algunos casos en relación con la CEDAW, así como otros en relación con los derechos de las mujeres consagrados en la Convención de Roma.

En primer lugar, es de suma importancia mencionar el caso Evans vs. El Reino Unido, particularmente el voto particular de los jueces Türmen, Tsatsanikolovska, Spielmann y Ziemele.

El presente caso se refiere a una violación del derecho a la vida privada y familiar establecido en el Artículo 8 de la Convención de Roma cuando el esposo de la Sra. Evans retira su consentimiento para la fertilización de los óvulos con su esperma.

El Artículo 8 (1) señala que: “cada individuo tiene derecho a la vida privada y familiar...”

“(2) No deberá existir interferencia alguna por parte de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo en los casos establecidos en la ley y cuando sea necesario en una sociedad democrática para garantizar los intereses de seguridad nacional, seguridad pública o bienestar económico del país, para prevención de desorden o delito, para protección de salud, o para protección de los derechos y libertades de otros”.

En su petición y dentro del procedimiento ante la Cámara, la Sra. Evans se quejó sobre la discriminación contraria al Artículo 14 en relación con el Artículo 8, argumentando que una mujer que fue capaz de concebir sin asistencia no sería sujeta a control alguno o influencia sobre el desarrollo de los embriones desde el momento de su fertilización, mientras que una mujer quien pudo concebir solamente con la asistencia, conforme a la ley de 1990 debe ser sujeta a la voluntad del donador de esperma.

Para concluir, a pesar de la opinión de la mayoría, se considera que la legislación no mantiene un balance justo en circunstancias especiales, como son el caso particular. Donde el efecto de la ley es tal que, por un lado, garantiza el derecho de la mujer para tomar la decisión de tener un hijo en relación genética, pero, por otro lado, priva a la mujer de la posibilidad del estar en esta posición, nunca jamás implica, desde el punto de vista de los jueces, una carga moral y física desproporcional que no puede ser compatible con el Artículo 8 de la Convención de Roma cuyo propósito es proteger la dignidad y autonomía humanas.

Puede ser que para fines del Artículo 14 la comparación más cercana sería un hombre infértil, que fue el ejemplo proporcionado por el juez de la causa Wall J. Sin embargo, dicha comparación no ilustra la total complejidad del presente caso. Se reconoce por las

¹¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Ricardo Canese vs. Paraguay sentencia de 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_111_esp.pdf

instituciones internacionales que tienen un mandato específico con el enfoque en los derechos de la mujeres que es justificado y necesario de atender "... el derecho de las mujeres a la salud desde la perspectiva de su necesidad e intereses dada la diferencia de numerosos factores que distinguen a una mujer de un hombre, tales como (a) factores biológicos, particularmente la función reproductora (CEDAW, Recomendación General No. 24).

Una mujer se encuentra en una situación diferente en lo que se refiere al nacimiento de un hijo, inclusive donde la legislación permite una fertilización artificial. Los jueces consideran que en el presente caso el acercamiento apropiado debería ser el criterio adoptado en el caso *Thlimmenos vs. Grecia*, reconociendo que las situaciones diferentes requieren distintas respuestas. Se observan las circunstancias de la quejosa no simplemente a la luz de una carga y efectos emocionales y físicos causados por su condición y con base en este criterio se considera que existe violación del Artículo 14 en relación con el Artículo 8 de la Convención de Roma.

Otro caso que parece ser de suma importancia para el presente proyecto es el de *Ünal Tekeli vs. Turquía*. De igual forma en este caso la Sra. Tekeli alega violación del Artículo 14 en relación con el Artículo 8 de la Convención de Roma.

La quejosa en su petición sostiene que el rechazo de las autoridades nacionales de permitir traer su nombre de soltera después de contraer el matrimonio constituye una violación del Artículo 8 en relación con el Artículo 14 de la Convención de Roma.

Debido a que ya hemos citado el Artículo 8, solamente agregamos el texto del Artículo 14 que a la letra dice:

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación."

Dada la naturaleza de las alegaciones presentadas, la Corte considera que es apropiado examinar el caso a la luz de Artículo 14 de la Convención en relación con el Artículo 8. La Corte reitera que a pesar de que los Estados Miembros tienen un cierto margen de apreciación para tomar medidas en relación con la unidad familiar, el Artículo 14 requiere que cualquiera de esas medidas se aplique de manera igual a los hombres y las mujeres, salvo que se justifique por la existencia de motivos obligatorios el tratamiento diferencial. En el presente caso, la Corte no está convencida de que dicho motivo haya existido.

En primer lugar, la Corte advierte que el avance en la igualdad de género es la meta principal de los Estados Miembros del Consejo de Europa. Dos documentos del Comité de Ministros, particularmente, la Resolución (78) 37 del 27 de septiembre de 1978 sobre la igualdad de esposos en derecho civil y la Recomendación R (85) 2 de 5 de febrero de

1985 sobre protección legal en contra de la discriminación de género, son los principales ejemplos. Estos documentos llaman a los Estados Miembros a erradicar la discriminación de género, inclusive la elección de apellido. Dicho objetivo también fue mencionado en el trabajo de la Asamblea Parlamentaria y el Comité Europeo de Cooperación Legal.

A nivel internacional, los avances en las Naciones Unidas referente a la igualdad de género han sido hacia el reconocimiento del derecho de cada esposo a conservar su propio apellido o tener el voto igualitario en la elección del apellido de la nueva familia.

La Corte observa que conforme a la práctica de los Estados Miembros, es perfectamente concebible que la unidad familiar se preserve y consolida cuando la/el esposa/o elige a no tener el apellido común. Observaciones de los sistemas aplicables en Europa apoyan el argumento antes señalado. El Gobierno de Turquía no logró demostrar que en el presente caso se causaría algún problema concreto y sustancial para los esposos y/o tercera persona o para el interés público por la ausencia en la unidad familiar de un apellido común. En éstas circunstancias la Corte considera que la obligación de una mujer casada, en nombre de la unidad familiar, de tener el apellido del esposo, aún cuando se pueda poner su apellido de soltera antes, no tiene ninguna justificación razonable u objetiva.

El siguiente caso que deberá tomarse en cuenta para fines del presente proyecto es el asunto de MC. vs. Bulgaria. La Corte analiza la posible conculcación de derechos humanos relacionados con la violación de una persona menor de edad.

La Corte en este caso toma en consideración la Recomendación General 19 del Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Discriminación en contra de Mujeres que a la letra dice:

“(a) Los Estados Miembros deberán adoptar medidas apropiadas y efectivas para superar todas las formas de violencias de género, independientemente de sean derivadas de actos privados o públicos”;

“(b) Los Estados Miembros deberán asegurar que las leyes en contra de abusos, violaciones, acosos sexuales y otros tipos de violencia de género den protección a todas mujeres, así como el respeto a su dignidad e integridad...”

En su petición la quejosa alegó que la ley y práctica en Bulgaria no prevé protección efectiva en contra de violación y abuso sexual, ya que sólo los casos donde la víctima se había resistido activamente, han sido perseguidos penalmente, y que las autoridades no habían investigado de manera efectiva los hechos ocurridos el 31 de julio y 1 de agosto de 1995. En su opinión, lo anterior, constituye el incumplimiento de la obligación positiva de los Estados Miembros para proteger la integridad física de personas, así como la vida privada, y garantizar los mecanismos efectivos para este fin.

En el presente caso se reclamó la violación de los siguientes Artículos de la Convención de Roma:

Artículo 3. Prohibición de la tortura.

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia

Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo.

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales

En cuanto a la existencia de la obligación positiva para sancionar la violación e investigar los casos de violación.

La Corte reitera que la obligación de los Estados Miembros conforme al Artículo 1º de la Convención para garantizar dentro de su jurisdicción los derechos y libertades de toda persona definidos en la Convención, tomada en relación con el Artículo 3, requiere de los Estados Miembros tomar medidas diseñadas para asegurar que los individuos dentro de su jurisdicción no sean sujetos a maltratos, inclusive maltratos causados por particulares.

Las obligaciones positivas sobre los Estados son inherentes del derecho al respeto efectivo de su vida privada conforme al Artículo; éstas obligaciones pueden incluir la implementación de medidas aún en la esfera de relaciones privadas, es decir relaciones entre particulares. Mientras que la elección de los mecanismos para garantizar el cumplimiento del Artículo 8 en el ámbito de protección en contra de los actos de los particulares se regula por los Estados Miembros conforme a su margen de apreciación, la efectiva prevención de los actos tan graves como violación, donde se ponen en riesgo los valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada, requiere la existencia de normas eficientes de carácter penal.

En distintos casos, el Artículo 3 de la Convención sirve de fundamento para la obligación positiva de realizar una investigación oficial.

Además, la Corte no excluye la posibilidad de que la obligación positiva de los Estados Miembros de conformidad con el Artículo 8 para salvaguardar la integridad física de la

persona, pueda extenderse a los problemas relacionados con la eficacia de la investigación criminal.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Considera que los Estados Miembros tiene una obligación positiva inherente de los Artículos 3 y 8 de la Convención de implementar las normas de derecho penal de manera efectiva con el fin de sancionar la violación, así como aplicarlas en la práctica a través de investigación y persecución efectivas.

La concepción moderna de los elementos de violación y su impacto en la sustancia de la obligación positiva de los Estados Miembros para garantizar la protección adecuada.

La Corte observa que históricamente, la comprobación de fuerza física y resistencia física fue necesaria conforme al derecho interno y la práctica en casos de violación en varios países. Sin embargo, en las últimas décadas, en Europa y algunas otras partes del mundo, existe una tendencia clara y constante de abandonar las definiciones formalistas e interpretaciones estrechas de la ley en esta área.

En primer lugar, aparece que el criterio de que la víctima debe resistir físicamente ya no se encuentra en la legislación de los países europeos.

En los países de derecho común, bien sea en Europa o cualquier otra parte, la referencia a la fuerza física ha sido retirada en la legislación y/o jurisprudencia. La ley en Irlanda explícitamente establece que el consentimiento no puede inferirse de la ausencia de la resistencia.

En la mayoría de los países europeos influenciados por la tradición de derecho continental, la definición de violación contiene referencia al uso o amenaza de violencia por el sujeto activo. Es de suma importancia que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina la ausencia del consentimiento y no la ausencia de la fuerza, es el elemento constitutivo del delito de violación.

La Corte advierte que los Estados Miembros del Consejo de Europa, a través del Comité de Ministros, han acordado que la penalización de los actos sexuales sin consentimiento, “inclusive los casos donde la víctima no muestra los signos de resistencia” es necesaria para la protección efectiva de las mujeres en contra de violencia y ha llamado a la implementación de las reformas en esta área.

En el derecho internacional penal, recientemente ha sido reconocido que la fuerza no es un elemento de violación y que tomar ventaja de las circunstancias coercitivas para proceder con los actos sexuales es también punible. El Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia ha determinado que en el derecho internacional penal, cualquiera penetración sexual sin el consentimiento de la víctima constituye un delito de violación y que el consentimiento debe ser producto de voluntad valorado en el contexto de las circunstancias que rodeaban el hecho. A pesar de que la definición anterior fue formulada en el contexto particular de las violaciones cometidas en contra de la población en las condiciones de un conflicto armado, también refleja la tendencia

universal respecto a la ausencia del consentimiento como elemento esencial de violación y abuso sexual.

Como se ha señalado por el perito, el entendimiento evolutivo de la manera de cómo la víctima había sufrido la violación, ha demostrado que las víctima de abuso sexual, particularmente las niñas menores de edad, a menudo ejercen una resistencia física, debido a una variedad de factores psicológicos o por el miedo de violencia por parte del autor de delito.

A la luz de todo lo anterior, la Corte está convencida de que cualquiera visión rígida para persecución de los delitos sexuales, tal como el criterio de comprobación de resistencia física en todas circunstancias, pone en riesgo de dejar ciertos tipos de violación sin sanción correspondiente y, por tanto, afecta la protección efectiva de la autonomía sexual de la persona. De conformidad con los estándares y tendencias contemporáneos en el ámbito particular, la obligación positiva de los Estados Miembros establecida en los Artículos 3 y 8 de la Convención debe ser vista como una obligación de sancionar y perseguir de manera efectiva cualquier acto sexual sin consentimiento, inclusive cuando no haya resistencia física de la víctima.

La Corte considera que, mientras que en la práctica puede resultar difícil de probar la ausencia del consentimiento debido a la falta de pruebas “directas” de violación, tales como huellas de violencia o testigos directos, las autoridades deberán explorar todos los hechos y determinar con base en la valoración de las circunstancias que rodeaban el evento. La investigación y sus conclusiones deben ser centradas en la cuestión de falta de consentimiento.

Respecto del argumento del Gobierno de Bulgaria relativo a que el sistema de legislación nacional establece la posibilidad de una acción civil para demandar la reparación del daño, la Corte señala que dicho argumento no ha sido sustanciado. En todo caso, como fue mencionado antes, la protección efectiva en contra de la violación y los abusos sexuales requiere la implementación de normas de carácter penal.

Con base en lo anterior y en una visión histórica y, particularmente dentro de las tesis expuestas de la doctrina europea de los derechos humanos y de la interamericana, es que sostenemos las tesis siguientes sobre la necesidad de balancear los derechos de las víctimas con los derechos del acusado y los de la sociedad, para garantizar de una mejor manera los derechos humanos de todos.