

DERECHO INTERNACIONAL

AEQUALITAS 2015 (nº 37), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379

El Caso González Carreño contra España

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

Magistrado especialista de lo social. Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
Doctor en Derecho. Graduado Social.



RESUMEN

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha considerado, en el Caso González Carreño contra España, que el Estado español ha incumplido las obligaciones que le corresponden como Estado parte de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Tales incumplimientos se refieren a las obligaciones de prevención de situaciones de violencia de género y a las obligaciones de reparación. A pesar del Dictamen, el Estado español no ha reparado a la víctima. El estudio analiza, en particular, el concepto de discriminación contra la mujer manejado por el CEDAW y la problemática jurídica relativa a la eficacia interna de los dictámenes del CEDAW.

Palabras clave: Discriminación contra la mujer. Valor de los dictámenes del CEDAW.

ABSTRACT

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) has been considered, in the case Gonzalez Carreno against Spain, that the Spanish State has failed to fulfill its obligations as a party to the Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women. Such breaches relate to obligations to prevent gender violence situations and repair obligations. Despite the Decision, the Spanish State has not repaired the victim. The study analyzes in particular the concept of discrimination against women handled by the CEDAW and legal problems related to the internal efficiency of the decisions of the CEDAW.

Keywords: Discrimination against Women. Value the decisions of the CEDAW.

I. EL CASO GONZÁLEZ CARREÑO CONTRA ESPAÑA

El Caso de Doña Ángela González Carreño es bien conocido, no solo por quienes operan en el mundo jurídico, también más ampliamente por la opinión pública, tanto por la importante trascendencia mediática que en su momento tuvo el asesinato de su hija a manos de su padre, y el suicidio de este, como por la no menos importante trascendencia mediática que ha tenido el Dictamen de 16 de julio de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comunicación número 47/2012), según el cual España ha incumplido las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte.

a

Los antecedentes del caso

Un grupo de incumplimientos se refieren a las obligaciones de prevención de los Estados parte de la Convención, y se sitúan temporalmente antes del asesinato de la hija a manos de su padre, y el posterior suicidio de este. Los hechos sustentadores de esos incumplimientos aparecen referidos a un procedimiento de separación seguido ante los Juzgados de Navalcarnero (Madrid), desde las medidas provisionales adoptadas mediante Auto de 22 de noviembre de 1999 hasta la Sentencia dictada el 27 de noviembre

de 2001, y su posterior ejecución que continuó hasta el 24 abril de 2003, en que se celebró ese día a la mañana una comparecencia judicial para modificar la atribución del uso del domicilio familiar, ocurriendo a la tarde los hechos. Durante la tramitación de ese procedimiento de separación se produjeron incidentes de manifiesta gravedad (como el incumplimiento del pago de pensión de alimentos, las amenazas verbales a la mujer a veces en presencia de la hija común, o un régimen de visitas del padre a la hija, calificadas de máxima alerta y riesgo, vigiladas e intervenidas por los servicios sociales y limitadas a una hora semanal), que motivaron actuaciones penales (con emisión de órdenes de alejamiento que, sin embargo, fueron incumplidas sin generar ello consecuencias, y con una condena en juicio de faltas con una multa del equivalente a 45 €). Mediante Providencia de 19 de septiembre de 2001 se acordó un régimen de visitas vigilado por un periodo de tres meses tras el cual el padre podría gozar de la compañía de su hija sin vigilancia de los servicios sociales. Providencia que fue recurrida y confirmada por Auto de 17 de junio de 2002, lo que motivó que su ejecutividad no comenzó hasta el 31 de octubre de 2002, siendo con ocasión de una visita no vigilada cuando se produjo, a 24 de abril de 2003, el asesinato de la hija a manos de su padre, y el posterior suicidio de este.

Otro grupo de incumplimientos se refieren a las obligaciones de reparación de los Estados parte de la Convención, y se sitúan temporalmente después del asesinato de la hija a manos de su padre, y el posterior



suicidio de este. Los hechos sustentadores de esos incumplimientos aparecen referidos a una reclamación por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia presentada el 23 de abril de 2004 ante el Ministerio de Justicia, que, de acuerdo con lo dictaminado por el Consejo de Estado y tras haber emitido informe negativo el Consejo General del Poder Judicial, fue desestimada en Resoluciones del Ministro de Justicia de 3 de noviembre de 2005 y –resolviendo el recurso potestativo de reposición– de 22 de enero de 2007, en las que se concluía que, sin perjuicio de reclamar por error judicial, no se apreciaba un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Tales decisiones fueron impugnadas ante la Audiencia Nacional, que desestimó la demanda en Sentencia de 10 de diciembre de 2008. Interpuesto recurso de casación fue desestimado por Sentencia de 15 de octubre de 2010 del Tribunal Supremo. Sentencias judiciales que insistieron en que, tal como se planteó la demanda judicial, estábamos antes un error judicial que obligaba a reclamar previamente a la reclamación de responsabilidad ante el Tribunal Supremo. Finalmente, y antes de acudir al CEDAW, se interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional por Providencia de 13 de abril de 2011, al no apreciar la trascendencia constitucional del recurso.

A la vista de estos hechos, el 12 de septiembre de 2012, la Sra. González Carreño presentó una comunicación ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comunicación número 47/2012), que –como ya se ha dicho– resolvió en Dictamen de 16 de julio de 2014, después de la audiencia al Estado español, que se opuso alegando objeciones de admisibilidad, y subsidiariamente la desestimación total en cuanto al fondo.

b

Objeciones de admisibilidad

El CEDAW aborda, en primer lugar, la cuestión de la inadmisibilidad de la comunicación (en el párrafo 8). Desde esta perspectiva, se plantean dos cuestiones: la aplicación *ratione temporis* en España del Protocolo Facultativo –que es el que habilita la actuación del CEDAW–, pues ello acaeció el 6 de octubre de 2001, siendo así que –como hemos tenido ocasión de precisar– parte de los hechos acaecieron antes de esa fecha; y si efectivamente se han agotado los recursos internos –dado que, de acuerdo con el Protocolo Facultativo, la actuación del CEDAW resulta subsidiaria–, siendo así que la comunicante no utilizó el mecanismo del error judicial. Una tercera objeción de inad-

misibilidad planteada por el Estado español se refería a la falta de justificación de la comunicación, pero esta objeción se rechaza de manera apodíctica por el CEDAW, lo cual es lógico si consideramos que el fondo del asunto será estimado (párrafo 8.7).

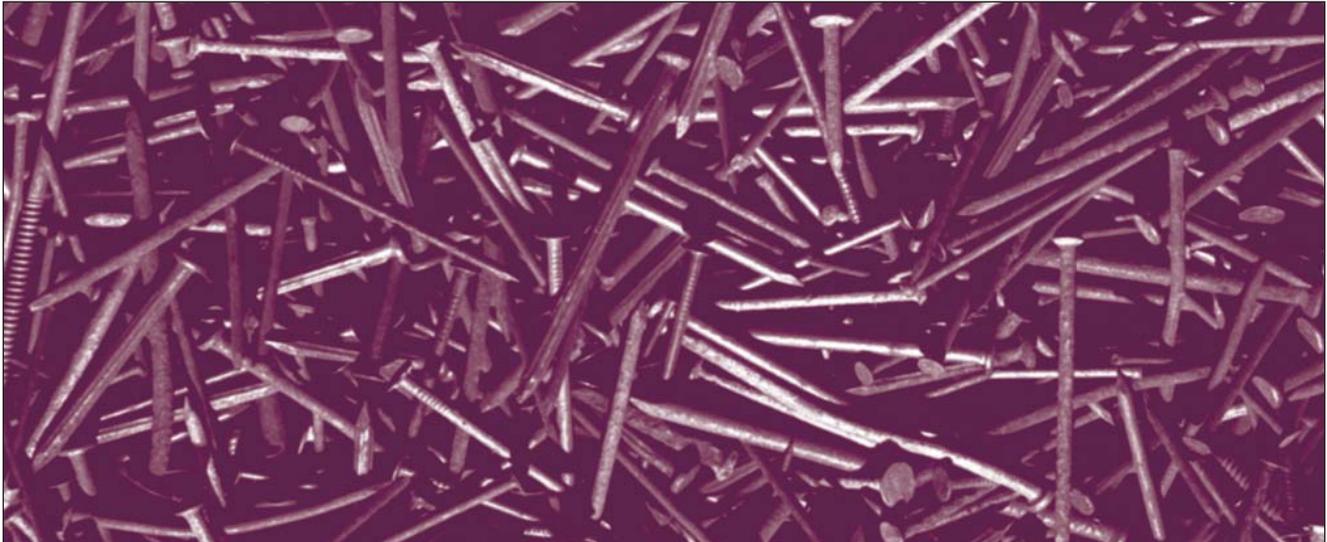
En cuanto a la primera objeción de admisibilidad, se rechaza porque “con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo se emitieron dos decisiones judiciales particularmente pertinentes en relación con los hechos que llevaron a la muerte de la menor, a saber, la orden de 6 de mayo de 2002 del Juzgado número 1 de Navalcarnero autorizando el régimen de visitas no vigiladas; y la decisión de 17 de junio de 2002 rechazando la apelación por la que la autora se oponía a dicho régimen” (párrafo 8.5). Ahora bien, ello no determina la intrascendencia de los hechos anteriores al 6 de octubre de 2001. Y es que, como “el Comité solo los tomará en consideración en la medida en que explican el contexto en que se produjeron los acontecimientos posteriores a la entrada en vigor del Protocolo para España” (según se afirma en el párrafo 8.4 in fine), lo que resulta de esa afirmación es que el CEDAW sí los tomará en consideración.

En cuanto a la segunda objeción de admisibilidad, se analiza desde la perspectiva de “(si) la autora realizó esfuerzos razonables para plantear ante las autoridades nacionales sus quejas relativas a la violación de derechos que emanan de la Convención”, para argumentar, desde esa perspectiva, “que el Estado parte no ha indicado la posibilidad de otras vías legales que hubieran podido ser eficaces para dar respuesta a las específicas e integrales reclamaciones de la autora”, con lo cual “los recursos internos han sido agotados en relación con la queja relativa al establecimiento por las autoridades de un régimen de visitas no supervisado y la ausencia de reparación por las consecuencias negativas derivadas de ese régimen”.

c

Delimitación del debate

Despejadas las objeciones de admisibilidad de la comunicación, el CEDAW aborda el tema de fondo (en el párrafo 9). El CEDAW comienza su argumentación delimitando el objeto de su decisión que es “la responsabilidad del Estado por no haber cumplido con su deber de diligencia en relación con los hechos que llevaron al asesinato de la hija de la autora”, a cuyo efecto “considera probado que el asesinato se enmarcó en un contexto de violencia doméstica que se prolongó durante varios años... (y que) incluye igualmente la negativa... de pagar la pensión y la disputa relativa al uso de la vivienda familiar”, lo que le conduce a “examinar, a la luz de la Convención, las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en el ámbito de su competencia y determinar si, al adoptar



esas decisiones, las autoridades tuvieron en cuenta las obligaciones que derivan de la Convención”, o sea que “el elemento determinante debe pues ser si esas autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada” (párrafo 9.2).

d

Apreciación del incumplimiento

Al abordar el tema de fondo, el CEDAW comienza rechazando la defensa argumental del Estado español basada en la imprevisibilidad de la actuación del esposo / padre maltratador (en adelante, citado como F.R.C.), en base a las siguientes constataciones fácticas (párrafo 9.3): **1** la separación definitiva de los esposos, pronunciada el 27 de noviembre de 2001, estuvo precedida de múltiples incidentes violentos dirigidos a la autora de la comunicación y de los que la menor fue con frecuencia testigo, sin que la vulneración de las órdenes de alejamiento realizada por el maltratador le generara ninguna consecuencia jurídica, destacando que la única vez que fue condenado fue en 2000, por una conducta de vejaciones, pero la pena se limitó a una multa equivalente a 45 euros; **2** a pesar de las solicitudes de la autora, las órdenes de alejamiento emitidas por las autoridades no incluyeron a la menor y una orden de alejamiento ordenada en 2000 en favor de esta fue posteriormente dejada sin efecto, como resultado de un recurso planteado por F.R.C., para no perjudicar las relaciones entre padre e hija; **3** los informes de los servicios sociales repetidamente subrayaron que F.R.C. utilizaba a su hija para transmitir mensajes de animadversión hacia la autora, y sus dificultades para adaptarse a la corta edad de la menor; **4** un informe psicológico de 24 de septiembre de 2001 observaba en F.R.C. “un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una

tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide”; **5** durante los meses que duraron las visitas no vigiladas varios informes de los servicios sociales señalaron la probabilidad de que existieran situaciones inadecuadas consistentes en reiteradas preguntas del padre a la menor sobre la vida privada de la madre, así como la necesidad de mantener un seguimiento continuado del régimen de visitas; **6** de manera sistemática y sin justificación razonable F.R.C. incumplió desde el comienzo de la separación, su obligación de otorgar la pensión alimenticia, y, a pesar de que la autora denunció esta situación en repetidas ocasiones, señalando su difícil situación económica, las autoridades judiciales solo tomaron medidas el 13 de febrero de 2003, encaminadas al embargo del sueldo de F.R.C.; **7** igualmente, la autora debió esperar tres años para que se realizara una audiencia sobre su solicitud de uso de la vivienda familiar.

Vistos los hechos anteriores utilizados para rechazar la defensa argumental del Estado español, al CEDAW no le cuesta demasiado construir las argumentaciones que le llevarán a la estimación de las pretensiones de la autora de la comunicación. Así las cosas, el CEDAW realiza dos observaciones: **1** La primera es que, “durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C.”, de manera que “las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto”. **2** Y la segunda de esas observaciones es que “la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de



la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco” (párrafo 9.4). Incide el CEDAW (en el párrafo 9.5) en la idea de que “la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración que el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años, no contestado por el Estado parte, aún estaba presente. Basta recordar a este respecto que la decisión judicial de 17 de junio de 2002 hacía referencia a ciertos comportamientos inadecuados de F.R.C. en relación con su hija; que en esa época F.R.C. seguía incumpliendo impunemente su obligación legal de alimentos; y que continuaba disfrutando del uso de la vivienda familiar, a pesar las reivindicaciones de la autora al respecto”.

Tales observaciones le permiten al CEDAW llegar a la conclusión final de que “todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad”, recordando el CEDAW, en última instancia, “que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica” (párrafo 9.4 in fine).

e

Calificaciones jurídicas

Hechas las anteriores consideraciones de las cuales se ha derivado la existencia de incumplimiento por el Estado español de las obligaciones que ha asumido en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el CEDAW, en primer lugar, califica ese incumplimiento como una discriminación en los términos establecidos en dicha Convención, y, en segundo lugar, individualiza cuáles son los artículos de la Convención que han resultado incumplidos.

Para calificar el incumplimiento del Estado español como una discriminación en los términos establecidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se recuerda que, y según se deriva de la Recomendación General 19, de 29 de enero de 1992, sobre violencia contra la mujer, “la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos,

constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención”, una discriminación –agrega el CEDAW– que “no se limita a los actos cometidos por los Gobiernos o en su nombre”, en la medida en que “los Estados también pueden ser responsables de actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas” (párrafo 9.6).

A partir de ahí, se individualizan los artículos de la Convención que, en concreto, ha incumplido el Estado español (párrafo 9.7): el artículo 2.a), según el cual los Estados parte tienen la obligación de asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer; los artículos 2.f) y 5.a), según los cuales los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente las leyes y reglamentaciones existentes, sino también las costumbres y las prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y el artículo 16.1.d), según el cual los Estados parte tienen también la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. También se cita el artículo 2.d) y e), según el cual los Estados parte deben velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación, y tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

De este modo, el CEDAW concluye que “los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica”, y, en el caso, “las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2.a), d), e) y f), 5 a), y 16.1.d) de la Convención” (párrafo 9.7).

Incumplimientos completados con otros dos incumplimientos corolarios. El primero se deriva de los “esfuerzos (de la autora) por obtener una reparación han resultado infructuosos”, concluyendo el CEDAW que “la ausencia de medidas reparatorias constituye una violación por parte del Estado de sus obligaciones bajo el artículo 2.b) y c) de la Convención” (párrafo 9.8). El segundo se deriva de que, aunque el CEDAW “observa que el Estado parte ha adoptado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica



que incluye legislación, concienciación, educación y capacitación”, ello no es suficiente, en la medida en que, “para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el modelo descrito debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte”, lo que incluye “la obligación de investigar la existencia de fallos, negligencia u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas”, concluyendo por consiguiente el CEDAW que en este caso “esta obligación no se cumplió” (párrafo 9.9).

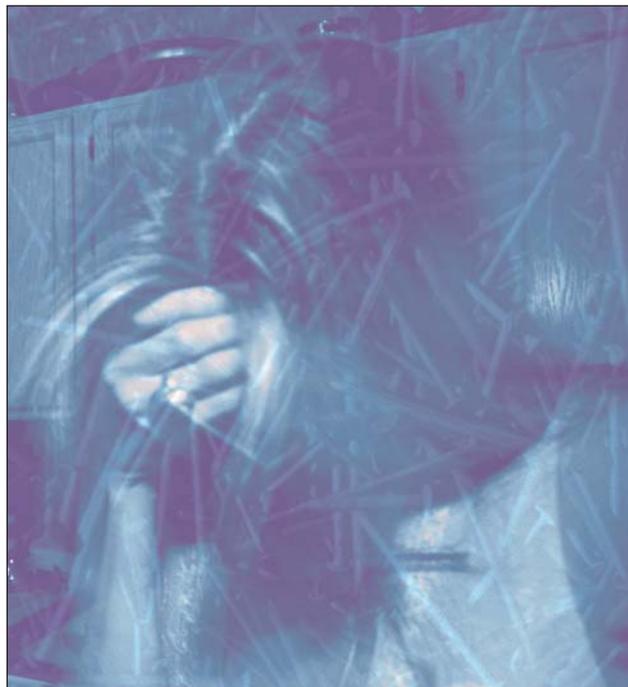
f

Las recomendaciones del CEDAW

Después de realizar un resumen final de todos los artículos incumplidos (en el párrafo 10), el CEDAW concluye (en el párrafo 11) con dos recomendaciones particulares y con tres recomendaciones generales.

Las dos recomendaciones particulares con respecto a la autora de la comunicación son **I** otorgarle “reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos”, y **II** “llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija”.

Las tres recomendaciones generales son **I** “tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos – el interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia”, **II** reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica”, y **III** “proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la... número 19”.



g

La respuesta de España

Considerando que, desde que ocurrieron los hechos del caso, la legislación española ha conocido una importante profundización en la defensa de las víctimas de violencia de género, al Estado español no le es difícil responder a día de hoy a las recomendaciones generales. Un primer avance de importancia se produjo con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Posteriormente, se produjo el avance normativo más significativo a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Además, la reciente entrada en vigor –el 1 de agosto de 2014– del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul ha justificado una importante reforma del Código Penal (a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo), así como de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a través de la LO 7/2015, de 21 de julio). Otras reformas legislativas han incidido también en una mejor tutela de las víctimas de la violencia de género (como ocurre con Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, o con la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

Pero la situación era muy diferente si estamos al momento en que se produjeron los hechos del caso, el 24 de abril de 2003. Y es que todas las reformas a que venimos de aludir en el anterior párrafo son posterior-



res. Antes del asesinato de la hija de la autora a manos de su excónyuge, y posterior suicidio de este, no existía en el ordenamiento jurídico español una orden de protección –aunque en la práctica judicial se dictaban órdenes de alejamiento utilizando una habilitación general contenida en el legislación procesal para la adopción de medidas cautelares–, las vejaciones en el seno de la pareja eran faltas, no existía un marco normativo integral de protección de las víctimas de violencia de género en la relación de pareja, los medios a disposición de los órganos judiciales en relación con la violencia de género eran muy limitados, no había órganos judiciales especializados en la materia, no se impartía formación a los jueces y juezas ni a otros funcionarios/as públicos, y, dicho en líneas generales, la actuación de los tribunales tendía, en efecto, a salvaguardar en los procesos de separación y divorcio las relaciones de los padres con sus hijos/as sin atender a situaciones de violencia de género –de hecho, no era habitual establecer un régimen de custodia vigilada como la que se acordó por el órgano judicial durante tres meses, y que más adelante acordó levantar–.

Más complicaciones plantea la respuesta a las recomendaciones particulares con respecto a la autora de la comunicación. El Estado español no parece dispuesto ni a otorgarle una reparación adecuada, ni a realizar una investigación de los fallos en las estructuras y en las prácticas estatales.

Ante la ausencia de reparación adecuada, y apoyándose en el Dictamen del CEDAW, la Sra. González Carreño interpuso el día 16 de octubre de 2014 un recurso extraordinario de revisión contra la Resolución del Ministro de Justicia de 3 de noviembre de

2005, por la que se desestimó en su momento la reclamación de responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, al amparo del artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (que admite la revisión cuando “aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida”). Tal recurso extraordinario de revisión ha sido dictaminado desfavorablemente el 11 de junio de 2015 por el Consejo de Estado (Dictamen 218/2015), con argumentos que, desde una perspectiva de legalidad interna, aparentan de difícil contraargumentación: la resolución ministerial recurrida a través del recurso extraordinario de revisión ha sido objeto de impugnación judicial, con lo cual la revisión se debería dirigir a impugnar la sentencia firme confirmatoria de la resolución recurrida; los dictámenes de los comités de derechos humanos de la ONU –y, entre ellos, el CEDAW– no tienen carácter vinculante, no son resoluciones judiciales, ni constituyen una interpretación auténtica del Pacto en cuya virtud se constituyen; el Dictamen del CEDAW no constituye un documento de valor esencial para la resolución del asunto que evidencie el error de la resolución recurrida, pues, habiéndose denegado la indemnización sobre la base de que el perjuicio por el que se reclamaba había sido causado por decisiones judiciales adoptadas en el ejercicio de la función jurisdiccional sin que se hubiera declarado la existencia de un error judicial, el Dictamen del CEDAW –según la lectura que hace el Consejo de Estado– “no niega que el perjuicio por el que se reclamaba fuera causado por decisiones judiciales; antes bien, parece partir de la misma premisa”, tanto al resolver las objeciones de admisibilidad como al resolver la cuestión de fondo, sin que –añade, en última instancia, el Consejo de Estado– se pueda aceptar que “la Administración debería haber reconocido el derecho a una indemnización, sin exigir la previa declaración judicial del error, en contra de lo previsto en el artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la jurisprudencia uniforme que lo aplica –tanto para mujeres como para hombres–, sobre la base del artículo 117 de la Constitución”; y todo ello al margen de las dudas que puede suscitar la hipótesis de partida de que en un régimen de visitas vigilado se hubiera impedido el luctuoso suceso”, que es una “hipótesis no incontrovertible” según el Dictamen emitido en su momento para la resolución de la reclamación indemnizatoria por el Consejo de Estado en afirmación que vuelve a recordar en este Dictamen.

En cuanto a la recomendación de realizar una investigación de los fallos en las estructuras y en las prácticas estatales, nada se sabe. Ciertamente, si lo pretendido en orden a la investigación es detectar los fallos del sistema en el momento de acacimiento de los he-



chos, las conclusiones de una tal investigación solo serían históricas referidas a una situación muy diferente a la actualmente existente, con lo cual no parece razonable realizarla. Pero es por ello mismo que dudamos de que sea eso lo que quiere la recomendación del CEDAW. Si existía –como el CEDAW constata a lo largo del Dictamen– una situación pasada de discriminación sistémica, lo que sin duda quiere el CEDAW es constatar su superación no tanto por la existencia de un sistema normativo completo como por su efectiva implementación práctica. Lo que, atendiendo a las políticas de contención presupuestaria a causa de la situación de crisis económica, se antoja además especialmente pertinente a día de hoy para verificar si han hecho mella en las medidas de protección contra la violencia de género.

II. UN PAR DE COMENTARIOS AL CASO GONZÁLEZ CARREÑO CONTRA ESPAÑA

Aunque podemos realizar muchos comentarios acerca del Caso González Carreño contra España, tanto generales como en detalle de alguno de sus intrínsecos procedimentales, hay dos que se me antojan centrales. El primero es acerca del concepto de discriminación que maneja el CEDAW y que se deriva del artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Y el segundo se refiere al valor jurídico tan limitado que en el ordenamiento jurídico español se le concede (a lo menos según la interpretación que en este momento aparenta ser la imperante) a los dictámenes del CEDAW.

a

Acerca del concepto de discriminación contra la mujer

El CEDAW maneja un concepto moderno de discriminación basado en la situación de subordinación de la mujer derivada de una discriminación sistémica, institucional o difusa, que supera al tradicional concepto de discriminación basado en la comparación con el hombre. Claramente se observa la utilización del concepto moderno de discriminación tanto en el análisis de las objeciones de admisibilidad como en el análisis del tema de fondo. En relación con el análisis de las objeciones de admisibilidad, se valora tanto el carácter sistémico de la discriminación –de ahí la necesidad de considerar todos los hechos, incluso los anteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo– como la situación de vulnerabilidad de la víctima –de ahí la valoración de sus esfuerzos como razonables a los efectos de agotar los recursos internos–. En relación con el análisis del tema de fondo, ello se aprecia en tres aspectos: el primero –ya avanzado al resolver la

admisibilidad– es la necesidad de considerar –dado el carácter sistémico de la discriminación– todos los hechos previos, coetáneos y posteriores a las resoluciones judiciales sobre el régimen de visitas, y no solo estas de modo aislado; el segundo es la consideración de la violencia de género como una discriminación en los términos establecidos en el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –aunque en la situación de violencia de género no hay posibilidad de realizar comparativa con el hombre para apreciar la discriminación, sino que esta se aprecia exclusivamente por la situación de subordinación de la mujer–; y el tercero es la atribución al Estado de un deber de garante en base al artículo 2.d) y e) de la Convención, según el cual los Estados parte deben velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación, y tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas, pues solamente si se impone al Estado un deber de garante se puede luchar eficazmente contra la discriminación sistémica.

Y si todo ello no pareciera suficiente para considerar que el CEDAW ha constatado una situación de discriminación sistémica, institucional o difusa de especial gravedad en el momento de acaecimiento de los hechos, no es inoportuno recordar los términos literales de una de las recomendaciones particulares en relación con la autora de la comunicación: “llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija”. Unos términos literales tan claros que nos alejan de una situación puntual –como sería la derivada de un puntual trato diferente dado a la autora de la comunicación por un órgano judicial– para situarnos en un contexto institucionalizado de desprotección de las víctimas de violencia de género.

Con estos razonamientos el CEDAW conecta con las elaboraciones de la “Feminist Jurisprudence” o Teoría Feminista del Derecho, cuya tesis central es la crítica de la objetividad del ordenamiento jurídico: el Derecho no representa la Razón Universal, sino la de los hombres en cuanto detentadores del Poder. Y ello se refleja bien –en estadios más primitivos de la evolución jurídica– en el establecimiento de un régimen jurídico más beneficioso para los hombres y otro más perjudicial para las mujeres (Derecho sexista), o bien, dentro de un régimen formalmente igual, en la contemplación exclusiva de los estereotipos ligados al género masculino, obviando a las mujeres y –en lo que aquí interesa– la violencia contra ellas (Derecho con género). De este modo, la Teoría Feminista del Derecho visibiliza la existencia de una discrimina-



ción sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o no corregible según unas leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, porque la extensión a los mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades –por ejemplo, se les permite trabajar, pero el derecho del trabajo, construido para los hombres, las sitúa en desventaja–, y porque no es posible conceder a las mujeres –si no es aparentando conceder privilegios– derechos ausentes en un modelo masculino –por ejemplo, se concibe la maternidad como situación excepcional necesitada de protección especial, y no como un auténtico derecho de las mujeres–.

Los hombres, estando el modelo hecho a su medida, adquieren, por el solo hecho de serlo, el poder en la totalidad de las relaciones sociales –en la sexualidad, en la familia, en el trabajo, en el deporte, en la política...–, mientras las mujeres no adquieren, por el solo hecho de serlo, ese mismo poder, antes al contrario se sitúan en subordinación –en cuanto no viven la sexualidad, la familia, el trabajo, el deporte o la política, u otras relaciones sociales, de la misma manera que los hombres–. Y cuanto más alejada sea la situación real de una mujer con respecto al modelo masculino usado como referencia, más difícil les resultará la aplicación de unas leyes de igualdad basadas en la comparación, pues ésta será más difícil –sino imposible– de realizar –justamente el caso de las víctimas de violencia de género es buen ejemplo de ese fenómeno–. Por ello, una adecuada respuesta jurídica a la discriminación sistémica, institucional o difusa obliga a cuestionar el modelo de referencia para erradicar la situación de subordinación de la mujer y, en suma, para empoderarla frente al hombre.

Siguiente paso es la integración de manera activa de la dimensión de género en la elaboración y en la aplicación de las normas jurídicas y de las políticas públicas, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha sido el reconocimiento de derechos –como la protección frente a la violencia de género, derechos de maternidad, conciliación corresponsable o democracia paritaria– difícil –sino imposible– de justificar aplicando el concepto tradicional de la igualdad y no discriminación –basado en la comparación–.

Así las cosas, el cuestionamiento del modelo de referencia y la integración de la dimensión de género –las dos operaciones básicas del análisis feminista del Derecho–, ha llevado a la revisión del mismo principio de igualdad, que, en su concepción moderna, supera la idea de comparación para pasar a ser un mandato de antisubordinación dirigido a que los determinismos

de género no sitúen a las mujeres en situación de menor libertad que a los hombres. Con ello se desborda el concepto tradicional de discriminación que presupone la imposición por terceras personas de un trato peyorativo definido sobre un elemento de comparación, olvidando que, al ser sistémica, institucional o difusa, la discriminación sexista tanto es una diferencia de trato como es una diferencia de estado por la subordinación de las mujeres, existiendo discriminaciones aunque sea difícil de identificar el elemento de comparación –como precisamente ocurre de manera paradigmática con la violencia de género– e, incluso, debidas a decisiones de las mujeres condicionadas por prejuicios de género –abandonar el trabajo para cuidar a la familia, no acceder a la actividad política, o no denunciar al maltratador–.

Manejar ese concepto de discriminación para visibilizar situaciones de subordinación de la mujer, y actuar en consecuencia integrando la perspectiva de género en la aplicación de las normas –tanto en el ámbito penal, como en los demás ámbitos jurídicos–, es, dicho en resumen, la enseñanza que, en el Caso González Carreño, nos transmite el CEDAW.

b

Acerca del valor de los dictámenes del CEDAW

La perplejidad más grande que en cualquier observador despierta el periplo de la Sra. González Carreño es que, a pesar de haber obtenido un Dictamen favorable del CEDAW, el Gobierno español se niega a repararla. Y el Consejo de Estado ha dado forma a los argumentos jurídicos utilizados para la negativa gubernamental que –como ya hemos dicho– aparentan de difícil contraargumentación desde una perspectiva de legalidad interna. Ahora bien, esos argumentos se tambalean si los analizamos desde la perspectiva del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de su Protocolo Facultativo y de cómo los ha interpretado el CEDAW en el Caso González Carreño contra España.

En cuanto al argumento manejado por el Consejo de Estado de que no hay un funcionamiento anormal de la administración de justicia, sino un error judicial cuyo trámite no agotó la Sra. González Carreño, tropieza frontalmente con la consideración del CEDAW de que se agotaron la vías internas, con lo cual no se puede afirmar, si no es contrariando lo que dice el CEDAW, que la Sra. González Carreño aún tiene pendiente algún trámite interno por agotar. También ese argumento tropieza con la consideración de la discriminación como sistémica que conecta con el funcionamiento anormal de la administración de justicia, sin que valga afirmar –como hace, jugando con las palabras, el Consejo de Estado– que el CEDAW no descarta el error judicial en las resoluciones judiciales so-



bre el régimen de visitas, porque lo que el CEDAW tendría que descartar para que pudiéramos apreciar un error judicial es que no había una situación de discriminación sistémica, en cuyo caso sí afloraría el error judicial, mientras que en otro caso el supuesto error judicial no sería más que otra pincelada en un cuadro de discriminación sistémica –y, por ello mismo, no imputable a un juez o jueza en unos términos de culpabilidad disciplinaria–.

En cuanto al argumento manejado por el Consejo de Estado acerca de las dudas que puede suscitar la hipótesis de partida de que en un régimen de visitas vigilado se hubiera impedido el luctuoso suceso, nada tiene eso que ver con lo que ha resuelto el CEDAW: la existencia de una situación de discriminación sistémica, institucional o difusa, de la cual es responsable el Estado español, en cuyo contexto se ha producido una situación de violencia de género. El asesinato de los hijos/as a manos de su padre dentro de un contexto de crisis matrimonial conflictiva con elementos de violencia de género es un evento previsible que acaba sucediendo. Si no hubiera sucedido en la familia de la Sra. González Carreño, habría sucedido en otra familia diferente. Y el Estado español no lo preveía en sus leyes. Todo lo cual no significa que, si el Estado español hubiera cumplido esas obligaciones de prevención, se hubiera impedido el luctuoso suceso; lo que significa es que no habría motivos para acordar el incumplimiento de España –que es lo único que ha resuelto el CEDAW–.

En cuanto a los argumentos manejados por el Consejo de Estado –que hemos dejado para el final tanto porque son los de alcance más general, y no solo referidos al caso concreto, como porque resultan los más problemáticos de solucionar en términos jurídicos– de que los dictámenes de los comités de derechos humanos de la ONU –y, entre ellos, el CEDAW– no tienen carácter vinculante, no son resoluciones judiciales, ni constituyen una interpretación auténtica del Pacto en cuya virtud se constituyen, lo cual conecta con el argumento –que asimismo maneja el Consejo de Estado– de la imposibilidad de revisar un acto administrativo cuando el mismo ha sido ratificado judicialmente por sentencia firme, debiéndose acudir en ese caso al procedimiento de revisión de sentencias firmes –lo que, dicho sea de paso, conduciría a un callejón sin salida si se mantiene la premisa de base del carácter no vinculante de los dictámenes del CEDAW– tropiezan con la lógica de la ratificación por el Estado español del Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW: ¿por qué el Estado español ratifica un Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no va a cumplir sus recomendaciones? ¿por qué el Estado español se molesta en defenderse frente a las comunicaciones si considera que no le vinculan las deci-

siones del CEDAW? ¿dónde está la lógica de que en el Protocolo Facultativo se exija agotar las vías internas cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva el CEDAW? Ahora bien, y aunque esos argumentos manejados por el Consejo de Estado tropiezan con la lógica de la ratificación por el Estado español del Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW, no es menos cierto que no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno un procedimiento que permita dar validez a los dictámenes del CEDAW, con lo cual –y, salvo si los tribunales ofrecen alguna interpretación correctora, lo que no parece fácil–, la solución excede de lo jurídico, y entra en el campo de una decisión política que, a través de las oportunas modificaciones legales, diese eficacia en el derecho interno a los dictámenes del CEDAW permitiendo, en su caso, la revisión de las sentencias firmes y que, además, lo hiciera con carácter retroactivo para dar cabida a lo que se ha decidido a favor de la Sra. González Carreño. Naturalmente, el Estado español siempre puede no hacer nada, e incluso –y más radicalmente– puede denunciar o desvincularse de dicho Protocolo. Pero no parece que esa pasividad, o incluso marcha atrás, sea la solución más coherente con la circunstancia de haber ratificado en su momento oportuno el Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW. Ni tampoco sería la solución más ejemplar si consideramos el valor de los derechos fundamentales que sustentan un Estado que se diga democrático.

