

LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. EL PAPEL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS DE EXPERTOS

GENDER-BASED VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. THE ROLE OF THE PRONOUNCEMENTS OF EXPERT BODIES

Javier García Medina

Universidad de Valladolid, Valladolid, España
Javier.gracia.medina@uva.es

Recibido: octubre de 2022
Aceptado: noviembre de 2022

Palabras clave: violencia de género, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, discriminación interseccional, obligaciones de los Estados

Keywords: gender violence, European Court of Human Rights, intersectional discrimination, State obligations

Resumen: La violencia de género está siendo abordada de diferente manera y con legislaciones que distan mucho de ser, cuando menos, homologables, mucho menos uniformes y homogéneas. De ahí que sea muy importante que se atienda a los pronunciamientos de órganos de expertos como referentes interpretativos de los estándares internacionales sobre esta materia y, sobre todo, a cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los utiliza para aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Precisamente en esa conexión es importante subrayar las obligaciones de los Estados por la actuación de sus agentes estatales y no estatales a efectos de proteger y descargar a la víctima de violencia de género de exigencias probatorias que pueden suponer revictimización.

Abstract: Gender violence is being approached in a different way and with legislations that are far from being, at least, comparable, much less uniform and homogeneous. Hence, it is very important to heed the pronouncements of expert bodies as interpretative references of international standards on this matter

and, above all, how the European Court of Human Rights utilises them to apply the European Convention on Human Rights. Precisely in that connection it is important to underline the obligations of the States for the actions of their state and non-state agents in order to protect and relieve the victim of gender-based violence from probationary requirements that may lead to re-victimization.

1.Introducción

La presencia de la violencia contra las mujeres por razón de género sigue siendo una realidad preocupante y grave en sociedades de todo el mundo. En nuestro caso, los datos proporcionados por la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019, llevada a cabo por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, muestran que 1 de cada 2 mujeres (57,3%) residentes en el estado español de 16 o más años, han sufrido algún tipo de violencia a lo largo de sus vidas por el hecho de ser mujeres.

A partir de este hecho, la cuestión a considerar es si, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se está llevando a cabo una interpretación y aplicación adecuada de los principios y aportaciones que los distintos Comités de Naciones Unidas vienen realizando sobre diferentes aspectos relacionados con esta materia. En particular interesa determinar y poner de relieve la importancia que en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) poseen los pronunciamientos de órganos de expertos y otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos y el sentido de la interpretación que

este tribunal hace sobre la violencia de género y su alcance, lo que permite atisbar posibles vías para el establecimiento de políticas públicas adecuadas.

2. Apuntes sobre violencia de género en el sistema universal y regional de derechos humanos

En ese sentido es obligado tomar como punto de partida la Conferencia de Beijing de 1995 (Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995) en la que ya se señalaba al hablar sobre la violencia contra la mujer (puntos 112-130) que en mayor o menor medida, en todas las sociedades, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase y cultura. Y que establece que por violencia contra la mujer ha de entenderse:

Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.

A partir de esta definición se establecen tres formas de violencia contra la mujer en atención a los espacios en los que se comete: violencia física, sexual y psicológica en la familia (golpes, abuso sexual de las niñas en el hogar, violencia relacionada con la dote, violencia proveniente del marido; mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, violencia ejercida por personas distintas al marido, violencia relacionada con la explotación); violencia física, se-

xual y psicológica a nivel de la comunidad general (violaciones, abusos sexuales, hostigamiento e intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educativas o en otros ámbitos, trata de mujeres y la prostitución forzada); violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado (falta de mecanismos de denuncia, desatención por el Estado, violencia estructural e institucional).

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, en su Declaración política de 2020 con ocasión del 25° aniversario de la mencionada Conferencia de Beijing insiste en que una esfera de especial preocupación sigue siendo la violencia de género.

En el marco de Naciones Unidas han de tenerse en consideración las Observaciones Generales 19 y 35 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1992 y 2017, respectivamente. En la primera se señala que la violencia contra la mujer constituye en sí misma discriminación, ya que menoscaba o anula el goce por la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Entre estos derechos y libertades se pueden destacar: a) el derecho a la vida; b) el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; e) el derecho a la protección igual de la ley; f) el derecho a la igualdad en la familia.

Esta Observación General se complementa con lo expuesto en la Recomendación general N° 35 del CEDAW en 2017 dedicada también a la violencia contra la mujer de la que se pueden destacar algunas consideraciones: A) que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer habría pasado o debería ser un principio del derecho internacional con-

suetudinario; B) (...) la expresión violencia por razón de género contra la mujer refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual. Pero hay un elemento destacable en esta Observación General y es que considera que: la violencia por razón de género contra la mujer puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas circunstancias, en particular en los casos de violación, violencia doméstica o prácticas tradicionales nocivas.

Esta Observación General marca entre las Obligaciones de los Estados partes en relación con la violencia por razón de género contra la mujer:

- A. Responsabilidad por los actos u omisiones de agentes estatales según la cual deben abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación directa o indirecta contra la mujer y contar con un marco jurídico y de servicios jurídicos efectivo y accesible.
- B. Responsabilidad por los actos u omisiones de agentes no estatales, en casos como los siguientes:
 - 1. Los actos u omisiones de agentes no estatales atribuibles al Estado, esto es, de agentes privados facultados por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público (la atención de la salud o la educación, o gestionen el funcionamiento de lugares de detención).
 - 2. Las obligaciones de diligencia debida por los actos u omisiones de agentes no estatales que sienta las bases de la Convención en su conjunto y, en consecuencia, los Estados partes serán considerados responsables en caso de que no adopten todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar,

enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los actos u omisiones de agentes no estatales (personas, organizaciones, empresas) que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer.

El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas cuando sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer.

Dentro del sistema regional europeo de derechos humanos aludir en particular al art.51 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)¹, dedicado a la Valoración y gestión de

riesgos² que insta a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que todas las autoridades pertinentes puedan llevar a cabo una valoración del riesgo de letalidad, de la gravedad de la situación y del riesgo de reincidencia de la violencia a efectos de gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo.

3. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre violencia contra la mujer por razón de género y el papel de los pronunciamientos de órganos de expertos

Fijados los referentes esenciales de la violencia de género, tanto en el sistema universal como regional de derechos, ha de pasarse a determinar cómo el TEDH asume estos planteamientos y los plasma en sus decisiones (Cardona, 2022, p.123). Para ello nos centraremos en algunas de las Sentencias más relevantes al respecto.

1. a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una

mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.

2. Art.51.2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la valoración mencionada en el apartado 1 tenga debidamente en cuenta, en todas las fases de la investigación y de la aplicación de las medidas de protección, el hecho de que el autor de actos de violencia incluidos en el campo de aplicación del presente Convenio posea o tenga acceso a armas de fuego

3.1 Caso Volodina c. Rusia (Demanda nº 41261/17, 9 julio 2019). Enfoque de género

La STEDH Volodina c. Rusia I no es la primera en la que el TEDH se pronuncia sobre la violencia ejercida contra las mujeres, pero junto los asuntos Barsova c. Rusia, 22 de octubre de 2019, Polshina c. Rusia, de 16 de junio de 2020, y Volodina c. Rusia (Final 14 de diciembre de 2021), forman un conjunto en el que, por primera vez, el Estado ruso es condenado por faltar a sus obligaciones positivas respecto de la erradicación de la violencia machista en el seno de las relaciones de pareja.

En los tres casos la condena se basa en la vulneración del art. 3 CEDH, que establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», así como en la vulneración del art. 14 CEDH en la medida en que se reconoce que la falta de disfrute del art. 3 CEDH supuso una discriminación por razón de género.

Pero el asunto Volodina c. Rusia requiere analizar algunos de sus aspectos más esenciales. La víctima, Valeriya Volodina, sufre un largo episodio de violencia³

3. En enero de 2016 Valerya, presenta una denuncia en comisaría, exponiendo que M. S. había roto el parabrisas de su coche y se había llevado sus documentos. De la reparación del daño y la retirada de la denuncia se deriva que no se siguieron acciones penales (§ 11).

Ese mismo mes, y estando embarazada de nueve semanas, la Sra. Volodina abandona su ciudad y viaja a Moscú, donde M. S. la encuentra, la secuestra quitándole el móvil y sus efectos personales y le hace regresar a su residencia. Tras una agresión física se diagnostica a la víctima riesgo de aborto involuntario, por lo que se practica una interrupción del embarazo. por razones terapéuti-

a manos de su expareja desde enero de 2016 hasta marzo de 2018, consistente en agresiones físicas que le producen un aborto, secuestro, robo, intento de estrangulamiento, amenazas de muerte y la publicación de fotografías sin su consen-

cas. Sin embargo tras la denuncia policial inicial se retiran los cargos, negándose la víctima a someterse a reconocimiento forense. En este caso tampoco se seguirán acciones penales.

No se hará tampoco tras la denuncia escrita presentada el 18 de mayo de 2016, tras un intento de estrangulamiento.

Después de esta última agresión, Valerya vuelve a Moscú para ocultarse, pero M. S. la encuentra y se produce una nueva agresión el 30 de julio de 2016, denunciada, a la que sigue la manipulación del vehículo de la víctima que también es denunciada.

En ninguno de los dos casos la policía concluye la necesidad de abrir un proceso penal.

En septiembre de 2016 la demandante encontró un dispositivo de seguimiento electrónico en su bolso de mano. Ante la sospecha de que lo había instalado M. S., la Sra. Volodina informa a la policía, que realiza un informe sin iniciar ninguna investigación.

El 1 de junio de 2017 se planteó la demanda ante el TEDH.

A principios de 2018, el Sr. M. S. publica fotografías privadas de la Sra. Volodina en una red social sin su consentimiento. En este caso se inicia una investigación penal al amparo del art. 137 CP ruso, y en el marco de dicho procedimiento la demandante solicitó la protección del Estado en su condición de víctima de un delito. Aunque se le reconoció su condición de víctima, no se adoptó ninguna medida de protección efectiva.

En marzo de 2018, ante nuevas amenazas de muerte, una agresión y un robo, la Sra. Volodina presenta nuevas denuncias, ninguna de las cuales concluirá en ningún procedimiento penal.

Por último, la Sra. Volodina cambia legalmente su nombre el 30 de agosto de 2018, al temer por su seguridad y con la intención de ocultarse de su agresor.

El nombre actual no aparece en el pronunciamiento a petición de la recurrente.

timiento en redes sociales. Si bien realizó diversas denuncias, no se adoptó ninguna medida de protección efectiva y en ninguno de los casos la policía considera la necesidad de abrir un proceso penal.

Frente a estos hechos la Federación rusa alegó que una agresión a un individuo de cualquiera de los dos sexos era un delito penal en Rusia, independientemente de si fue llevado a cabo por familiares, parejas o terceros, y afirmó que el número de tales disposiciones era suficiente para permitir a las partes lesionadas buscar la protección de la ley. Sostuvo, además, que los delitos de lesiones corporales menores y agresión (artículos 115 (1) y 116 del Código Penal) eran delitos de enjuiciamiento privado y que los procedimientos también estaban sujetos a la finalización obligatoria en caso de que la víctima aceptara resolver el asunto. Por último, el Gobierno afirmó que las autoridades rusas habían tomado todas las medidas legales para establecer la verdad de las alegaciones de la demandante. En resumen, el Estado ruso consideró que no podía haber violación de los artículos 3 o 13 del Convenio, relativo al derecho a un recurso efectivo.

Para enjuiciar estos hechos el TEDH hace uso de distintos materiales internacionales y así asume la afirmación establecida en la Recomendación General nº35 del Comité de la CEDAW según la cual la prohibición de la violencia de género es un principio del derecho internacional consuetudinario. Si bien esta consideración sería discutible desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. También cita varios informes y estadísticas específicas de Rusia, incluso sobre la prevalencia de la violencia doméstica y la falta de respuesta adecuada de las autoridades. El Tribunal además tiene en consideración el informe de la Relatora Especial sobre

la violencia contra la mujer después de su misión en 2004 a Rusia, que detalla que los valores sociales presentes en este país que consideran a los esposos superiores a las esposas, que tratan la violencia de género como un asunto privado y que culpan a las mujeres por provocar abusos, a lo que conduce es a la impunidad de los agresores.

A tenor de los hechos descritos, la actuación del Estado y el material consultado, el TEDH consideró que la víctima había estado expuesta a un trato inhumano que infringe el Artículo 3 del CEDH. Por otro lado analizó si las autoridades habían cumplido sus obligaciones positivas de proteger a la demandante en virtud del artículo 3, dividiendo en tres las obligaciones a considerar:

1-La obligación de establecer un marco legal, en el ámbito de la protección del derecho penal cosa que el Estado demandado había violado, dado que el derecho interno no aborda ni define específicamente la violencia ni de género ni doméstica.

2-La obligación de prevenir el riesgo conocido de malos tratos que se sustancia en que[el] riesgo de una amenaza real e inmediata debe evaluarse, teniendo en cuenta el contexto particular de la violencia de género”, y que las autoridades rusas también incumplieron dado que no tomaron ninguna medida en respuesta a las quejas de la demandante,

3-La tercera de las obligaciones positivas consistiría en llevar a cabo una investigación efectiva sobre las denuncias de malos tratos, con especial diligencia requerida en casos de violencia de género, sin embargo se constata que no se inició un proceso penal a pesar de las numerosas denuncias que la demandante había presentado a la policía.

En definitiva el TEDH, considera que el Estado no ha cumplido con su deber de investigar los malos tratos sufridos por la demandante.

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 14, el TEDH toma en consideración lo señalado por la Convención y el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y entiende, como se ha indicado, que la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es una forma de discriminación contra la mujer. Asume además lo establecido en la CEDAW y entiende por violencia de género, aquella violencia que “se dirige contra una mujer porque es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

La pregunta en este caso es si las mujeres se ven desproporcionadamente afectadas por la violencia de género en Rusia, para ilustrar esta situación el TEDH acude a informes de organizaciones internacionales y locales de derechos humanos, informes periódicos del Comité CEDAW y datos estadísticos de las autoridades e instituciones académicas para establecer la existencia de una indicación prima facie de que la violencia afecta principalmente a las mujeres y que la actitud general de las autoridades locales, como la forma en que las mujeres son tratadas en las comisarías de policía cuando denuncian violencia de género y la pasividad judicial para brindar protección efectiva a las víctimas, crea un clima propicio para la violencia de género.

Esta cuestión es especialmente relevante pues una vez que se ha demostrado que existe un sesgo estructural a gran escala, como en los casos mencionados anteriormente, la demandante no necesita demostrar que ella también fue víctima de prejuicios individuales, ya que sí se

determina que afecta a las mujeres de manera desproporcionada, la carga recae en el Gobierno para demostrar que cumplió con los requisitos y exigencias de igualdad.

Sobre la base de las evidencias presentadas por la demandante y la información de fuentes nacionales e internacionales, el Tribunal considera que existen indicios razonables de que la violencia de género afecta desproporcionadamente a las mujeres en Rusia.

Otra de las cuestiones que se plantea el TEDH es si las autoridades rusas han puesto en marcha medidas políticas orientadas a lograr una igualdad de género sustantiva. La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer señaló que, en su opinión, la falta de legislación específica sobre violencia de género y/o doméstica contribuyó a la impunidad de los delitos cometidos en el ámbito privado, pero también disuadió a las mujeres de buscar recursos y reforzó la actitud de la policía a tratar seriamente un problema que no consideraban un delito.

El Tribunal ante la convicción de que existía una violencia que afectaba desproporcionadamente a las mujeres rusas y la inexistencia de legislación específica considera como resultado una violación del artículo 14 del CEDH.

Un elemento destacable de esta sentencia es la opinión separada del Juez Pinto de Albuquerque, el cual ve como positivo en esta sentencia los siguientes aspectos:

En primer lugar, el creciente consenso hacia el tratamiento de la Violencia de Género manifestada en el desarrollo del soft-law, ya que la Corte se refirió al trabajo del Comité CEDAW, del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y el Relator Especial de las Na-

ciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, con miras a interpretar la Convención a la luz de las normas internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, la importancia de las estadísticas en el análisis del caso ha beneficiado estas consideraciones al ayudar a identificar el problema estructural subyacente de la violencia de género en Rusia.

Sin embargo, considera como aspectos negativos, el hecho de no reconocer la violencia de género como tortura. Este voto particular invoca la Observación general Nº 2 Comité contra la Tortura según la cual el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto cuando tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o agentes no estatales perpetrarían actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o agentes no estatales de conformidad con la Convención (similar a la redacción de la diligencia debida de la O.G.35 de CEDAW). Por tanto, la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho, por lo que se podría argumentar a favor del consentimiento o aquiescencia del Estado según el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁴.

4. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “tortura” todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con fines tales como obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigándola por un acto que él o un tercero haya cometido o se sospeche que ha cometido, o intimidarlo o coaccionarlo a él o a un tercero, o por cualquier

El Comité contra la Tortura ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata. En consecuencia entender que se trata de tortura o trato inhumano es crucial en el contexto de la violencia de género, porque si el Estado es condenado por permitir que sus mujeres sean sometidas a tortura, la obligación positiva de proteger es aún más estricta. Además, el Estado estará sujeto a un estándar más alto cuando se trata de reconocer daños y reparaciones apropiadas a la víctima. Además, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes considera que la violencia de género cumple el propósito y los elementos intencionales de la tortura.

Añade que concebir la violencia de género como maltrato en lugar de tortura es una forma de menosprecio porque las intenciones, los tipos de violencia y las repercusiones traumáticas que pueden estar involucradas en la violencia de género son muy parecidos a los de la tortura y establecer una jerarquía de daños (Sjöholm, 2018, p.240) a diferenciar en las diferentes formas de violencia doméstica es, cuando menos, problemático.

Una segunda cuestión negativa es la Aplicación de la prueba de Osman. Como se ha visto el Estado tiene el deber positivo de prevenir y proteger, ahora bien el alcance

motivo basado en la discriminación de cualquier tipo, cuando dicho dolor o sufrimiento sea infligido por o a instigación de o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúe en calidad de funcionario. No incluye el dolor o el sufrimiento que surjan únicamente de, sean inherentes o incidentales a las sanciones legales.

de ese deber es difícil de precisar ante las circunstancias reales de cada caso. El caso *Osman v. El Reino Unido* (1998) estableció como criterio para medir la obligación positiva del Estado de proteger la consideración si las autoridades sabían, o deberían haber sabido en ese momento, la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona o personas identificadas por los actos criminales de un tercero y si no tomaron medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgados razonablemente, podrían haberse esperado de ellos. *Osman* se centraba en la falta de protección del derecho a la vida, pero desde entonces la prueba se ha ido transformando y se aplica a otras áreas de la obligación positiva de un Estado, incluidos los casos de violencia de género.

Sin embargo, la prueba de *Osman* no logra su propósito si se toma palabra por palabra.

Porque un riesgo real e inmediato en el contexto de la violencia doméstica implica que el agresor, ya está en la proximidad directa de la víctima y está a punto de perpetrar la agresión. Si la prueba de *Osman* se aplicara en los términos mencionados, surgen dos preocupaciones: en primer lugar, cualquier acción de protección ofrecida por el Estado llegaría demasiado tarde y, en segundo lugar, el Estado tendría una excusa legítima para no actuar de manera oportuna, ya que no es posible suponer que la víctima estará constantemente acompañada por un agente del Estado para evitar la agresión.

Por lo tanto, la inmediatez de la prueba de *Osman* no encaja bien en el contexto de la violencia de género. Y en ese sentido, como propone el voto particular, habría que formular dicha prueba en los términos de una norma por la cual el Estado es res-

ponsable, si un Estado sabe o debe saber que un segmento de su población, como las mujeres, está sujeto a repetida violencia y no previene el daño de los miembros de ese grupo de personas cuando enfrentan un riesgo presente (pero aún no inminente). En definitiva, dada la situación en Rusia, el conocimiento de un riesgo puede ser imputado a las autoridades frente a todas las mujeres.

3.2 Caso *Tunikova y otros c. Rusia* (Demanda n°. 55974/16, 14 diciembre 2021)

Se trata de una sentencia posterior a la de *Volodina* y en la que se podría esperar avanzar más en aquellos argumentos que, sobre todo las opiniones disidentes, se habían puesto de relieve, sin embargo la Corte no fue más allá. En este caso las demandantes, especialmente Margarita Gracheva que sufrió la amputación traumática de ambas manos, consideran que el trato del que han sido víctimas ha de ser calificado como constitutivo de tortura en virtud del artículo 3 del Convenio.

Sin embargo el Tribunal considera que la caracterización adicional como tortura, aunque importante para las demandantes y capaz de influir en la percepción pública de la violencia de género, no es necesaria en las circunstancias del caso, en que no cabe duda de que el trato sufrido por las demandantes alcanzó el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3.

El Tribunal concluye que las disposiciones que el Gobierno ruso propuso como eficaces para combatir la violencia de género y el marco jurídico, que carece de una definición de violencia de género, no cumple con los requisitos inherentes a la obliga-

ción positiva del Estado de establecer y aplicar efectivamente un sistema que castigue todas las formas de violencia contra la mujer y proporcione suficientes garantías a las víctimas, es decir, no había habido mejora alguna desde el caso Volodina. No hubo, nuevamente, una evaluación inmediata y proactiva del riesgo de violencia recurrente contra las demandantes y para censurar la conducta de los autores. Con su inacción y la falta de adopción de medidas de disuasión, permitieron que los autores siguieran amenazando, acosando, y agrediendo a los demandantes sin obstáculos y con impunidad.

De acuerdo con lo ya visto en la Sentencia de Volodina en el sentido de que la violencia de género afecta de forma desproporcionada a las mujeres en Rusia, considerando que las mujeres son la gran mayoría de las víctimas de los delitos domésticos, que es una violencia poco denunciada y de la cual se tienen pocos registros, las mujeres tienen una oportunidad menor de conseguir el enjuiciamiento y la condena de los agresores.

El tribunal consideró, a la vista de estas circunstancias, que se producía una discriminación y se vulneraba el artículo 14 del Convenio.

3.3 Caso Kurt c. Austria: (Demanda nº 62903/15) 15 junio de 2021)

En Kurt c. Austria se aborda un caso de lo que se denomina violencia vicaria, ya que se refiere al asesinato de un niño de 8 años por su padre en las instalaciones de la escuela en mayo de 2012, mientras que la hermana menor salió ilesa. El padre disparó a su hijo con un arma, que adqui-

rió unos días antes., y posteriormente se suicidó. Estos hechos fueron precedidos: de una orden de alejamiento en 2010 (que fue concedida), la condena penal del padre por lesiones corporales y conducta amenazante peligrosa contra la demandante en 2011; la solicitud de divorcio por parte de la demandante y la denuncia ante la policía de que su expareja la había violado y golpeado tanto a ella como a sus hijos, y que él había proferido amenazas de muerte a ella y a sus hijos en mayo de 2012. Tras esta última denuncia a la policía, se emitió otra orden de alejamiento y se inició un proceso penal contra el padre.

La demandante afirmó que las autoridades austriacas deberían haber sabido que el padre representaba un riesgo real e inmediato para la vida de su hijo fuera de las áreas restringidas de la orden de prohibición y, por lo tanto, deberían haber conducido al padre a prisión preventiva. No hacerlo constituyó, a su juicio, una violación del artículo 2 del CEDH. (Derecho a la vida).

La demandante señaló varios factores de riesgo que deberían haber obligado a tomar medidas preventivas, como el historial violento de su esposo, las graves amenazas de muerte contra la demandante y los niños, el aumento de la violencia en comparación con 2010 (incluidas violaciones y palizas a los niños) y el divorcio interpuesto, que el padre declaró que no aceptaría.

En este caso el TEDH acudió, en primer lugar, a la Recomendación del Consejo de Europa Rec(2002)5 del Comité de Ministros de 30 de abril de 2002, cuyos estándares se incorporan al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. En un segundo mo-

mento el TEDH toma en consideración lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en vigor para Austria desde el 1 Agosto 2014.

A los efectos de esta Sentencia ha de recordarse lo establecido en el Artículo 51 relativo a la Evaluación del riesgo de letalidad y gestión de riesgos⁵. Para precisar las obligaciones que implica este art.51 hay que atender al Informe Explicativo de este convenio que establece:

Primero: Es fundamental que todas las autoridades competentes, policiales o no, evalúen eficazmente los riesgos y elaboren un plan de gestión de riesgos para la seguridad de la víctima caso por caso, sobre todo atendiendo a la posesión de armas de fuego por parte de los agresores. Si bien las medidas que se adopten para evaluar y gestionar el riesgo de nuevos actos de violencia han de respetar siempre los derechos del acusado, es crucial que tales medidas no conduzcan a una victimización secundaria.

Segundo: Por su parte, al amparo del artículo 52 del Convenio de Estambul, las órdenes judiciales que se dicten en casos de emergencia de violencia de género deberán favorecer el abandono de la residencia de la víctima o de la persona en peligro durante un período suficiente de tiempo y prohibir al perpetrador el ingreso o contacto con el domicilio de la víctima o persona en peligro.

Además, en tercer lugar, el TEDH también tomó en cuenta el informe evaluación del

5. En la STEDH De Giorgi c. Italia, de 16 de julio de 2022, se considera que existe una vulneración del art.3 del CEDH debido a la pasividad de las autoridades italianas frente a las advertencias serias sobre violencia de género realizadas.

Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la Mujer y la Violencia doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa sobre Austria de 27 de septiembre de 2017, donde se afirma que GREVIO ha identificado una serie de cuestiones relevantes para el caso:

- Que el Ministerio Público rara vez utiliza la posibilidad de la prisión preventiva aunque la ley de procedimiento penal de Austria prevé su uso en caso de riesgo de reincidencia. Incluso en casos de violencia y amenazas graves, cuando una mujer y sus hijos corren un peligro evidente, la fiscalía recurre a una orden de protección (es decir, una medida de derecho civil) para garantizar la seguridad de estas personas, en lugar de una medida de prisión preventiva.
- Que GREVIO subraya la necesidad de la inclusión automática de los niños menores de 14 años, ya sea que se vean afectados directa o indirectamente por la violencia en las órdenes de alejamiento y en las órdenes de protección.

Por último, el TEDH toma en cuenta las Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Austria (CEDAW/C/AUT/CO/9), emitidas por el Comité CEDAW el 30 de julio de 2019, en las que llama la atención sobre:

- a) El alto número de feminicidios en el Estado parte y la falta de estadísticas completas y actualizadas sobre este fenómeno;
- b) El subregistro de los casos de violencia de género contra la mujer y los bajos índices de procesamientos y condenas, que llevan a que los perpetradores de estos hechos queden en la impunidad;

El TEDH acude también a La Convención de las Naciones Unidas sobre los

Derechos del Niño para determinar las obligaciones de Austria para protegerlos contra los abusos cometidos en el ámbito doméstico.

A partir de estos materiales de referencia la Corte insistió y matizó algunos principios generales sobre la base de la prueba de Osman, principalmente el principio que ya se estableció en *Talpis c. Italia* en 2017, afirmando que: el riesgo de amenaza real e inminente debe evaluarse teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia de género. En tal situación no se trata sólo de una obligación de brindar protección general a la sociedad [...] sino, sobre todo, de tener en cuenta la recurrencia de episodios sucesivos de violencia en el seno de la unidad familiar (*Talpis*, párrafo 122). Enfoque que es similar al caso de malos tratos en *Volodina c. Rusia*, como hemos visto.

Esto significa que los Estados miembros tienen el deber de realizar una evaluación exhaustiva de los riesgos potencialmente letales y que debe ser autónoma, proactiva e integral (párr. 168). Además, la Corte destacó que la noción de inminencia significa que se debe considerar la trayectoria común de escalada en los casos de violencia doméstica y otros factores que se suman en el contexto específico de la violencia doméstica (párrafo 176). Estos principios generales fueron respaldados por todos los jueces de la Gran Sala.

La divergencia surgió en la aplicación de estos principios al caso concreto. La mayoría de la Corte encontró que las autoridades habían considerado debidamente el contexto de violencia de género en su evaluación de riesgo (párrafo 199). En particular, la mayoría señaló que oficiales de policía con experiencia y capacitación relevante y significativa participaron en

esta evaluación, que la Corte debe tener cuidado de no cuestionar de manera fácil con el beneficio de la retrospectiva' (párrafo 204).

En esta Sentencia, que recordemos se adoptó por 10 votos a 7, la opinión disidente, sostuvo que los procedimientos de evaluación de riesgos vigentes (*Etxebarria*, 2022, p.441) tenía carencias en ciertos aspectos y que la evaluación del riesgo de letalidad era inadecuada en esencia, ya que las autoridades exageraron injustificadamente ciertos factores y subestimaron otros (opinión disidente conjunta, párrafo 7).

La opinión disidente no estuvo de acuerdo con la opinión de la mayoría de que no había riesgo perceptible para la vida de los niños. Porque no existió una evaluación estandarizada del riesgo de letalidad. Esto llevó a las autoridades a ignorar cualquier riesgo en relación con los hijos del solicitante y a no identificar factores de riesgo significativos y reconocidos internacionalmente, como la adicción al juego y los problemas de salud mental del padre, su dependencia económica de la demandante y la pérdida del trabajo del marido así como como sus reciente ideas suicidas y sus amenazas homicidas (párrafo 11).

Pero la sentencia, a juicio del voto disidente incurría en el uso de estereotipos de género y culpabilización de las víctimas. Ya que la mayoría apoyó el razonamiento de las autoridades austriacas que, desde una perspectiva crítica de género, basaron su decisión en varios factores que pueden resultar problemáticos. Por ejemplo, las autoridades pusieron énfasis en el hecho de que cualquier violencia anterior al asesinato del hijo ocurrió exclusivamente en el hogar conyugal y que

el padre había cumplido previamente con la orden de alejamiento. Esto refleja una comprensión excesivamente simplificada y poco realista de la violencia doméstica, que siempre es dependiente de la persona, no del lugar (párrafo 25).

Por otro lado, las autoridades afirmaron que los delitos denunciados de violar a la demandante y golpearla a ella y a sus hijos, y las amenazas de muerte en 2012 eran de la misma naturaleza y gravedad que los delitos de 2010, por lo que concluyeron que una orden de prohibición debería haber sido suficiente para proteger la vida del demandante y de sus hijos. No se habría tenido en cuenta el carácter de escalada de la violencia, principio que la Corte declaró esencial para realizar una evaluación de riesgo en casos de violencia de género. Una de las herramientas más utilizadas por los órganos ejecutivos de todo el mundo es el Instrumento de evaluación de peligros (Campbell, 2019) que incluye factores de riesgo asociados con el homicidio de la pareja íntima, que estaban todos presentes en este caso: amenazas de muerte realizadas contra la víctima o sus hijos, abuso emocional, situación laboral de la pareja, separación o solicitud de divorcio, violación, asfixia o estrangulamiento y el acceso de la pareja a un arma.

Otro factor decisivo fue que la demandante no denunció de inmediato la violación y el intento de estrangulamiento por parte de su marido. Las autoridades ya restaron importancia a la violencia sexual y señalaron que el esposo no la sujetó ni usó violencia durante el acto, y ella no gritó (párrafo 28), además la Sala destacó que la propia demandante parecía no haber sido consciente del grave peligro que emanaba de su marido con respecto a sus hijos tras el incidente denunciado ya que per-

maneció en la casa conyugal durante tres días después de ese incidente antes de acudir a las autoridades (párrafo 79).

Esto último parece sugerir la siguiente lógica: si la demandante ni siquiera era consciente del riesgo real e inmediato, ¿cómo podrían serlo las autoridades? Esto ignora las particularidades de la violencia de género que, a diferencia de otras formas de violencia, es un abuso de poder, vinculado a tácticas específicas que utilizan actos de intimidación, abuso emocional, coerción y amenazas seguidas de aislamiento, manipulación y limitación de las libertades y opciones personales. Factores como los efectos del aislamiento previo y el abuso psicológico, la preocupación por el bienestar de los niños y el miedo al estigma pueden generar dudas o incluso impedir que las víctimas de violencia de género denuncien a sus agresores a la policía.

El razonamiento tanto de la Sala como de las autoridades constituiría una clara culpabilización de las víctimas. Si bien la Gran Sala no aplicó explícitamente la misma lógica, tampoco la rechazó y subestimó las preocupaciones de la demandante mientras se apreciaba el comportamiento del esposo hacia las autoridades, por ejemplo, su comportamiento tranquilo y cooperativo durante los interrogatorios, a pesar de los muchos factores de riesgo objetivos presentes en el caso. Siguiendo la lógica de las autoridades, la mayoría de la Gran Sala afirmó que, en cuanto a la posibilidad de prisión preventiva, simplemente no encontraron las amenazas del esposo lo suficientemente serias o creíbles [...] para señalar un riesgo de letalidad que hubiera justificado la prisión preventiva u otras medidas preventivas más estrictas que la orden de protección y de prohibición (párr. 207).

Cuestión en la que no entra esta Sentencia, porque formalmente se rechazó la demanda por vulneración del artículo 14, es abordar el caso atendiendo también a la discriminación interseccional. La mujer y madre del niño asesinado nació en Turquía y emigró a Austria cuando tenía catorce años. Como mujer migrante, su experiencia con la policía no puede equipararse simplemente a la de una mujer nacida en Austria, cuestión que debería haber sido debidamente considerada. Si bien ya es un obstáculo importante denunciar un caso de violencia de género a la policía por temor al estigma, es aún más difícil como mujer migrante que no habla alemán con fluidez y puede enfrentarse a una situación de racismo de género. De hecho, la demandante no contó con un intérprete cuando fue interrogada por la policía.

Además, una encuesta realizada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales sobre el racismo en 12 países señalaba que los encuestados en Austria tenían el nivel más bajo de confianza en la policía y revelaron las tasas más altas de discriminación racial percibida por parte de la policía. El racismo persistente en el sistema legal y la falta de confianza en la aplicación de la ley aumenta el subregistro de delitos de violencia de género por parte de mujeres de color y mujeres migrantes.

La aplicación del artículo 14 del CEDH podría haber permitido que la carga de la prueba pasara al Estado austriaco después de que la demandante estableciera un caso *prima facie* de discriminación. Este enfoque habría ayudado a cambiar la perspectiva general de cuestionar la credibilidad de la demandante y sus dudas para denunciar la violación y el es-

trangulamiento, trasladando el deber a las autoridades de justificar un enfoque que no toma en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica así como las especificidades de la interseccionalidad.

En conclusión esta sentencia se quedó algo corta al aplicar un enfoque sensible con respecto a la violencia de género en el caso concreto y probablemente también perdió la oportunidad de resaltar los problemas de los estereotipos basados en el género y la culpabilización de las víctimas, lo que se habría hecho mejor a través de la óptica de la discriminación interseccional.

4. Conclusiones

Los casos analizados se inscriben en una línea de jurisprudencia evolutiva y con perspectiva de género, insistiendo en que la violencia de género, en sus distintas formas, constituye una vulneración clara de la igualdad entre hombres y mujeres en perjuicio de estas últimas.

En estos supuestos destaca sobremanera la importancia de los documentos internacionales a la hora de construir el contenido de las decisiones del TEDH, resultando relevante, así mismo, el valor interpretativo concedido a las resoluciones de los órganos de tratados (como por ejemplo el Comité CEDAW). Parece claro que el TEDH asume la existencia de un *ius cogens* internacional en relación con la violencia de género. Construyen una serie de obligaciones de los Estados, que podríamos traducir en exigencias para desarrollar acciones afirmativas destinadas a marcar las políticas públicas de estos en materia de lucha contra la violencia de género.

El Tribunal está muy lejos de formular una definición precisa de riesgo o de estable-

cer un canon o un método que permita identificar ese riesgo a las autoridades nacionales, sean estas de los cuerpos policiales, sean miembros del poder judicial. Pero siendo sumamente positivos se ha de valorar el esfuerzo del TEDH y su aproximación metodológica a los problemas abordados, pero las sentencias nos muestran cómo la traslación de criterios de enjuiciamiento desarrollados para otros fenómenos pueden ser insuficientes a la hora de valorar situaciones de violencia de género que tienen una base discriminatoria estructural muy clara.

Bibliografía

Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), 12 septiembre 2019. Segunda encuesta de la Unión Europea sobre minorías y discriminación - Mujeres migrantes - Selección de conclusiones. Acceso: 1/09/2022. Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-migrant-women-selected>

Campbell, J. (2019). La evaluación del peligro. Acceso: 20/09/2022. Disponible en: <https://www.dangerassessment.org/DA.aspx>

Cardona Llorens, J. (2022) “El valor jurídico de los actos adoptados por los órganos de tratados de derechos humanos: la necesidad de distinguir entre los distintos actos y entre los efectos jurídicos internacionales e internos”, en *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de derechos humanos* (Coordinador Enrique J. Martínez Pérez) Valencia; Tirant lo Blanch.

Caso Kurt c. Austria. (15/06/2021). Acceso: 16/09/2022. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-210463%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-210463%22]})

Caso Osman c. Reino Unido. (28 October 1998). Acceso: 6/08/2022. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-58257%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-58257%22]})

Caso Talpis c. Italia. (18/09/2017). Acceso: 3/8/2022. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-171994%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-171994%22]})

Caso Tunikova c. Rusia. (Final 22/03/2022) Acceso: 8/09/2022. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/spa/#{%22fulltext%22:\[%22tunikova%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-213869%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa/#{%22fulltext%22:[%22tunikova%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-213869%22]})

Caso Volodina c. Rusia. Demanda nº 41261/17, 9 julio 2019. Acceso: 07/08/2022. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/sentencia-volodina-v-rusia.pdf> HUDOC [https://hudoc.echr.coe.int/spa/#{%22itemid%22:\[%22001-211794%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa/#{%22itemid%22:[%22001-211794%22]})

Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estambul, 11V.2011. Acceso: 30/08/2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

Etxebarría Estnkona, K. (2022) “Valoración y gestión del riesgo: una herramienta clave en la protección de mujeres y menores víctimas de violencia de género”, en *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar de ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul* (Director José Francisco Etxebarria Guridi) Oñati; Instituto Vasco de Administración Pública.

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. 5 de enero de 2016. Acceso: 24/07/2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

Ministerio de Igualdad. Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019. Acceso 15/09/2022. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

Naciones Unidas. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4 al 5 de septiembre de 1995. Acceso: 1/09/2022. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Naciones Unidas. Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. Acceso: 29/08/2022. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence>

ONU Mujeres. Declaración política con ocasión del 25º aniversario de la cuarta

conferencia mundial sobre la mujer. Acceso: 3/09/2022. Disponible en: <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/64/CSW64-Declaration-SP-Fin-WEB.pdf>

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Informe sobre Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, misión a la Federación de Rusia 2006 E/CN.4/2006/61/Add.2 26 de enero de 2006. Acceso: 11/08/2022. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/104/50/PDF/G0610450.pdf?OpenElement>

Sjöholm, M. (2018) Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems. *International Studies in Human Rights*, 121. Brill. ISBN: 978-90-04-34357-3.