

Violencia doméstica. Detección oportuna del riesgo

TEDH. *Case of Kurt v. Austria*,
15 de junio de 2021

Por Diego Oscar Ortiz¹

1. Introducción

La idea de este comentario al fallo es plantear algunos temas de incidencia práctica en la temática de violencia de género familiar, como el desaprovechamiento de la oportunidad de proteger a la demandante, la ineficacia de la intervención institucional, la no dimensión del nivel de riesgo en el que se encontraba la mujer y/o hijos y la responsabilidad del Estado por la omisión de los cuidados necesarios de la solicitante e hijos.

2. Los hechos del caso

En el caso, la demandante casada con E. tiene dos hijos. El 10 de julio de 2010 llamó a la policía porque su marido la había golpeado. La policía notó lesiones y se emitió una orden de exclusión y protección por catorce días. El Tribunal Penal Regional condenó a E. por lesiones corporales y amenazas peligrosas a la pena de tres meses de prisión, con suspensión de tres años con libertad condicional.

¹ Abogado (UBA). Profesor Universitario en Ciencia Jurídicas (UBA). Especialista en Violencia Familiar (UMSA).

El mismo día que la demandante solicitó el divorcio, denunció a su esposo por violación y amenazas peligrosas. Manifestó que su marido la había golpeado con regularidad y, en ocasiones, también abofeteaba a los niños.

La policía revisó el registro de armas de fuego para verificar si el esposo tenía un arma a su disposición y el resultado fue negativo. El informe de la policía señaló entre otras cosas: (a) actos violentos notificados / no denunciados conocidos; (b) escalada; (c) factores de estrés actuales y (d) una fuerte tendencia a negar la violencia.

El 24 de mayo de 2012, la policía interrogó a E., quien confesó que les pegaba a los niños “de vez en cuando”, pero “solo como medida educativa”, “no en la cara” y “nunca de forma agresiva”. Ese día el fiscal solicitó al Tribunal Regional que interrogara a la demandante y a sus hijos, y solicitó la participación de un experto en psicología infantil.

Al otro día, E. fue a la escuela de sus hijos. El maestro encontró a A. en el sótano de la escuela con un disparo en la cabeza, acto que presenció su hermana. Ese mismo día, el señor E. fue encontrado muerto en su automóvil de un disparo. El 27 de mayo de 2012 el niño murió.

La demandante inició un procedimiento de responsabilidad oficial. Sostuvo que había existido un riesgo real e inmediato de que E. reincidiera contra su familia. Reclamó 37.000 euros en concepto de indemnización por daños morales. El Tribunal Regional de St. Pölten desestimó la demanda, pues sostuvo que E. había cumplido con la orden de exclusión y protección. La demandante apeló, ya que afirmó que las autoridades habían sido conscientes de que la violencia de E. contra ella había aumentado desde febrero de 2012. De hecho, había amenazado específicamente con que mataría a los niños frente a la demandante y que se mataría a sí mismo.

Luego de la desestimación del Tribunal de Apelación de Viena y el rechazo del recurso del Tribunal Supremo, el gobierno afirmó que la demandante no agotó los recursos internos, ya que tenía la posibilidad de solicitar al tribunal de distrito competente una orden de restricción temporal. La demandante alegó que si incluso hubiera solicitado una orden de restricción temporal el mismo día en que solicitó el divorcio, el tribunal de distrito probablemente no se habría pronunciado a tiempo.

Plantea que los esfuerzos de las autoridades se habían centrado en protegerla sin reconocer el riesgo para los niños. Destacó que había informado a las autoridades de todos los factores relevantes que deberían haberles permitido reconocer el alto riesgo que su esposo representaba para sus hijos y para ella misma. A pesar de ello, las autoridades no habían tomado las medidas necesarias para evitar ese riesgo. Alegó que las autoridades no habían tenido en cuenta el contexto específico de la violencia doméstica.²

El gobierno consideró que las autoridades nacionales habían cumplido con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 2 del CEDH. Alegó que no habían tenido información de la que pudieran haber concluido que existía una amenaza real e inmediata para la vida de los hijos de la demandante,

² TEDH, Case of Kurt v. Austria, Application no. 62903/15, Court (Grand Chamber), 15 de junio de 2021, párrs. 102, 116 y 119.

razón por la cual los niños no habían sido mencionados expresamente como “personas en peligro” en el informe policial sobre la prohibición y orden de protección. El marido no solo se había adherido a la orden de prohibición y protección en 2010, sino que posteriormente también había ido al hospital por su propia voluntad para recibir tratamiento.³

Dentro de la evaluación del TEDH se plantea que una evaluación del riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de violencia repetida son elementos cruciales de prevención en los casos de violencia doméstica. Las autoridades tienen el deber de realizar una evaluación del riesgo de letalidad que sea autónoma, proactiva y completa.⁴

El Tribunal considera que las autoridades realizaron esta evaluación, cuyo resultado les llevó a emitir una orden de prohibición y protección. Sin embargo, la evaluación de riesgo no indicó un riesgo de letalidad real e inmediato para el hijo del solicitante. Por lo tanto, no se generó la obligación de tomar medidas operativas preventivas al respecto.⁵

El Tribunal observa, sin embargo, que la demandante no presentó esta denuncia en su solicitud inicial, sino que fue presentada fuera del plazo de seis meses y, por lo tanto, la declara inadmisibile.⁶

En el voto concurrente, los jueces están de acuerdo con la sentencia. Si bien el caso se refiere al problema de la violencia doméstica, el contexto y el alcance de la sentencia están, como siempre, limitados por las circunstancias. Tanto la naturaleza como la intensidad del riesgo pueden variar en relación con los diferentes miembros de la familia en cuestión. Las funciones operativas preventivas se determinan en función del riesgo y la acción. El riesgo requerido, que desencadena el deber, es calificado, y la respuesta preventiva requerida es, a su vez, calificada con relación a ese riesgo.⁷

En el voto disidente conjunto se plantea, entre otras cosas, que la evaluación de riesgo realizada fue inadecuada, un riesgo para la vida del hijo de la demandante era suficientemente perceptible en el momento relevante, y las autoridades no tomaron las medidas preventivas adecuadas.⁸

En su voto disidente, el juez Elosegui plantea, entre otras cosas, que las autoridades austríacas no realizaron una evaluación de riesgos correcta y completa. Había muchos factores de riesgo que no tuvieron en cuenta: (i) La adicción al juego del marido; (ii) la dependencia económica de la demandante (y viceversa, su dependencia de él, en un sentido emocional y en relación con la tradicional división de roles); (iii) la presunta violación; (iv) la categoría socioeconómica desfavorecida a la que ambos pertenecían y la descripción de sus ocupaciones; (v) el trasfondo cultural. Es sorprendente que en este juicio nunca se diga una palabra sobre la ocupación de la Sra. Kurt o su nivel de estudios. Este tiene que ser el punto de partida. De lo contrario, ¿cómo pueden las autoridades poner en marcha medidas de

3 *Idem*, nota 2, párrs. 116 y 125.

4 *Idem*, nota 2, párr. 190.

5 *Idem*, nota 2, párrs. 208, 211 y 212.

6 *Idem*, nota 2, párrs. 214 y 215.

7 *Idem*, nota 2, párr. 7.

8 *Idem*, nota 2, párrs. 6 y 7.

protección, si no detectan una situación de riesgo? Las autoridades austríacas imponen la carga total a la víctima para evaluar sus propios riesgos y tomar sus propias medidas de protección.⁹

La conclusión es que hubo una violación del artículo 2 del Convenio en su parte sustantiva en las circunstancias particulares de la demandante, porque el Estado no implementó las medidas suficientes para evitar o mitigar el riesgo.

3. El contexto

Previo a realizar cualquier análisis del fallo, es importante resaltar el contexto de violencia de género en el que se enmarca la petición de la solicitante. Dicho contexto se relaciona directamente con las pretensiones de la misma en cada instancia. Algunas de esas situaciones que grafican el contexto referido son episodios de violencia física ejercida por el agresor (golpes, sujeción del cuello) hacia ella y los niños (bofetadas), adicción al juego, deudas y desempleo del señor E., lesiones visibles, agresiones verbales, violencia psicológica conformada por celos, aislamiento mediante la quita de celular y/o encierro, violencia simbólica (como decirle puta, mencionar algunos estereotipos de género de lo que significa ser hombre, decirle que es una mujer fría o mencionar estereotipos de tipos de castigo que debe impartir un padre a sus hijos con una finalidad educativa), violencia sexual como abuso sexual a la demandante y disuadirla a tener relaciones sexuales, conducta estereotipada como comportamiento típico de las mujeres turcas, según el demandado, el asesinato de uno de sus hijos y la afectación de su hija por presenciar el asesinato de su hermano, etc.

Todo este escenario expuesto en diferentes momentos a las instituciones del Estado sirve para dimensionar la gravedad del asunto y verificar lo proyectado para proteger a la demandante e hijos.

4. Las intervenciones del caso

Dado el contexto descrito anteriormente, es dable mencionar las intervenciones institucionales que se han realizado previas al asesinato del hijo de la solicitante (previéndolo o no en base a lo informado y trabajado) y posteriormente desde un punto de vista reparador, aunque dicha reparación sea ficcional en virtud de lo sucedido.

Del caso surgen medidas de protección e intervenciones penales como una orden de exclusión y/o protección por el plazo de catorce días, una condena por lesiones corporales y amenazas peligrosas a tres meses de prisión y una denuncia por abuso y amenazas. Dichas intervenciones deben servir de antecedentes e incluso de indicadores de riesgo para analizar la responsabilidad estatal, ya que implican la ocurrencia de situaciones de violencia previas y por otro lado transparentan una visibilidad institucional al ser planteadas frente a la justicia.

9 *Idem*, nota 2, párr. 6.

Un ejemplo de esa visibilidad institucional se da cuando el progenitor de los niños se presentó en la comisaría para tener contacto con sus hijos, prestó declaración y reconoció el maltrato hacia estos. Ese día, el fiscal solicitó al Tribunal Regional que interrogara a la demandante y a sus hijos, y la participación de un experto en psicología infantil. Esta intervención supone la gravedad del asunto en base a elementos contundentes que tienen en vista las autoridades para actuar.

Una vez ocurrido el asesinato del menor de edad, la demandante expresa que las autoridades en base a lo informado y/o denunciado debieron conocer, dimensionar y evaluar el riesgo en el que se encontraba la integridad psicofísica de sus hijos marcada por situaciones de violencia física, amenazas y las declaraciones de los propios niños.

Se sostiene entre los factores de riesgo que no se han tenido debidamente en cuenta el patrón de violencia creciente que soportaron la demandante y sus hijos, la presencia de varios factores desencadenantes de homicidio doméstico y el hecho de que la demandante había denunciado amenazas significativas y crecientes contra ella y sus hijos. Estos factores apuntan a la peligrosidad general del marido y, por lo tanto, fueron relevantes para evaluar los riesgos que planteaba no solo para la demandante, sino también para sus hijos comunes.

Del fallo se expresa cuál es la cuestión que se debe aclarar para delimitar la responsabilidad o no del Estado austríaco. Se relaciona con la evaluación del riesgo, el marco normativo existente en el momento y si en el momento pertinente había habido razones serias para sugerir que existía un riesgo real e individual de que el señor cometiera más delitos contra la demandante y sus hijos.

5. Indicadores de riesgo

Con respecto a los indicadores de riesgo se ha dicho que están “con vistas a contribuir en el proceso de toma de decisiones para la intervención [...] no pretenden ser ‘predictores’ precisos”.¹⁰

En el caso, reiteramos que se dirime si la evaluación de riesgo realizada previo al deceso del niño podría aseverar la peligrosidad futura para la integridad física de este y su hermana. Podemos analizar algunos puntos destacables del mismo:

5.1. La declaración de los propios niños de las situaciones de violencia física

Esta declaración de los niños da a entender el conocimiento de las instituciones de situaciones de violencia física ejercida hacia ellos y la necesidad posterior de una medida de protección que los resguarde.

¹⁰ Guía orientativa para el tratamiento de casos de violencia domestica destinada a operadoras/es de salud, educación, seguridad, comunitarios durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio COVID 19 (2021). Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/om/verMultimedia?data=4035>

5.2. El reconocimiento del propio progenitor de estas situaciones

No solo los niños declaran estas situaciones, sino que el progenitor las reconoce ante la comisaria aduciendo que las ejerce como modo de legitimación de su responsabilidad parental, a los fines educativos.

5.3. La inexistencia de medidas destinadas a los niños

Dado lo relatado con respecto a los niños, la ausencia de medidas de protección destinadas hacia ellos es otra alarma a tener en cuenta de la no intervención institucional en su momento oportuno. Un ejemplo de esto es que la medida que se había resuelto para la demandante e hijos no contemplaba la institución educativa. Se aclara que en el momento de los hechos, la legislación austríaca no exigía que la información sobre violencia doméstica se compartiera con la escuela y no existía la posibilidad de que la orden de restricción se extendiera a ese lugar.

Como defensa, el gobierno plantea que la solicitante había tenido la posibilidad de solicitar una orden judicial de restricción temporal y, al no hacerlo, no había hecho pleno uso de las medidas preventivas disponibles en la legislación nacional. Sin embargo, en primer lugar, el plazo para la orden de restricción en un caso es incierto y está sujeto a la discreción judicial. En segundo lugar, una mujer en situación de violencia no debe estar obligada a iniciar procedimientos judiciales para salvar las vidas de sus hijos, sino que les incumbe a las autoridades buscar las autorizaciones judiciales que puedan ser necesarias.

5.4. La ineficacia de la medida de protección

La ineficacia de una medida parte de la desprotección del grupo familiar al cual va destinada la misma. En el caso, la medida de prohibición de ingreso del señor E. se circunscribió al apartamento familiar de los padres de la demandante y a las áreas circundantes a ambos. Esto socavó su eficacia general al no contemplar otros lugares, como la escuela, lugar donde el niño fue asesinado.

5.5. La ausencia de información de resguardo

La importancia de brindarle a la mujer la información en el momento oportuno le permite decidir cuáles son las alternativas disponibles. Del caso surge esta ausencia de información en el momento oportuno. Los oficiales de policía involucrados, luego de una adecuada evaluación de riesgo, podrían haber informado a la demandante del nivel de riesgo que su esposo representaba para ella y sus hijos. Sin embargo, no lo hicieron.

Otra de las posibles medidas que se podrían haber incluido es aconsejar a la solicitante que se traslade a un refugio con sus hijos, mayor protección policial, la implementación de un sistema que alertara

a la demandante y a sus hijos si el esposo estuviera cerca o cualquier medida de protección inmediata aplicada a la escuela de los niños.

5.6. La cooperación del agresor

La actitud colaborativa del agresor con la policía y la no demostración de ningún comportamiento agresivo de este supuso para las autoridades una reducción de la tensión. Esto implica desconocer la doble fachada que presentan los agresores con los demás y con su entorno familiar.

Se sostiene, entre los factores de riesgo que se enfatizaron demasiado, la conducta tranquila del demandado en presencia de la policía. Esta consideró relevante que el esposo fuera amable y cortés con sus conocidos, incluidos los padres de los compañeros de clase de sus hijos. Sin embargo, como se ha dicho con buen tino, la falta de agresión hacia la policía o hacia conocidos no es un indicador confiable de que una persona no incurrirá en violencia doméstica contra su pareja o hijo.

El *Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO)* expresó con respecto a esto que la compostura/conducta del perpetrador cuando trata con personas fuera de la unidad doméstica no debe tener peso al evaluar la peligrosidad y el riesgo de más violencia doméstica.¹¹

5.7. La posesión de armas

Si bien del informe policial se verifica un resultado negativo de posesión de armas, luego de ocurrido el asesinato de su hijo la demandante expresa que si la policía le hubiese preguntado en ese momento podría haber informado del acceso del señor E. a ellas. Esta posesión no solo constituye un modo para ejercer control sobre las mujeres en situación de violencia, sino que también aumenta el riesgo de homicidio. Concretamente, el niño muere de un disparo a manos del progenitor y seguidamente este se suicida de la misma forma.

5.8. La no solicitud del fiscal de la prisión preventiva

A rasgos generales, sobre este instituto de derecho penal se ha dicho que cualquier medida de este tipo debe ser legal en virtud del derecho interno, basado en una sospecha razonable de que la persona ha cometido un delito.

Lo que podemos pensar es que en este contexto se requiere un análisis particular conforme la temática, que recoja sus aportes e incida sobre el resultado de la petición. Si los encargados de evaluar el riesgo

¹¹ *Idem*, nota 2, párr. 142.

no acercan indicadores para informarlo, probablemente se niegue esta medida porque no avizora razonabilidad suficiente ni sospecha de reincidencia.

6. La evaluación de riesgo

Como punto aparte, podemos analizar la evaluación de riesgo en el caso. La valoración del riesgo resulta de una consideración conjunta y situaciones de un sinnúmero de factores. Si el/la especialista considera que existen elementos para sospechar que se encuentra ante un caso de riesgo, debe actuar en consecuencia.¹²

El artículo 51 del Convenio de Estambul establece que las partes garantizarán que todas las autoridades pertinentes lleven a cabo una evaluación del riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de violencia repetida a fin de gestionar el riesgo y, si es necesario, proporcionar coseguridad y apoyo coordinados. Este artículo establece la obligación de garantizar que todas las autoridades pertinentes, no limitadas a la policía, evalúen y elaboren de manera efectiva un plan para gestionar los riesgos de seguridad a los que se enfrenta una víctima en particular, caso por caso, de acuerdo con un procedimiento estandarizado y en cooperación y coordinación entre sí. Por lo tanto, es esencial que cualquier evaluación de riesgo y gestión de riesgo considere la probabilidad de violencia repetida, especialmente violencia mortal, y evalúe adecuadamente la gravedad de la situación.

La demandante se quejó de que las autoridades austríacas habían tenido toda la información pertinente sobre el aumento del riesgo de que el señor E. cometiera nuevos delitos contra su familia, pero no tomaron medidas preventivas eficaces. Había varios indicadores que normalmente se incluían en las evaluaciones de riesgo y que se consideraban como señales de alerta indicativas de alto riesgo, tales como el hecho de que la víctima hubiera solicitado la separación o la ruptura de la relación, actos de violencia previos, problemas psicológicos del perpetrador, la emisión previa de una medida restrictiva, adicciones, desempleo, amenazas de llevarse hijos comunes, actos de violencia sexual, amenazas de muerte a la víctima y a sus hijos, amenazas de suicidio y conductas coercitivas y controladoras.

El TEDH observa que para estar en condiciones de saber si existe un riesgo real e inmediato para la vida de una víctima de violencia intrafamiliar, las autoridades tienen el deber de realizar una evaluación del riesgo de letalidad que sea autónoma, proactiva y completa. Los términos “autónomo” y “proactivo” se refieren al requisito de que las autoridades no se basen únicamente en la percepción del riesgo por parte de la víctima, sino que lo complementen con su propia evaluación.

En efecto, debido a la excepcional situación psicológica en la que se encuentran las víctimas de violencia intrafamiliar, las autoridades que examinan el caso tienen el deber de realizar las preguntas adecuadas para obtener toda la información pertinente, incluso de otros organismos estatales, en lugar de confiar en que la víctima dé todos los detalles relevantes.

¹² *Idem*, nota 10.

La “integralidad” en el contexto de una evaluación de riesgos es un elemento que debe caracterizar cualquier investigación oficial y es igualmente relevante en los casos de violencia doméstica.

Como resultado, encontramos que las autoridades no se pusieron en condiciones de saber si existía un riesgo real e inmediato para la vida del hijo de la demandante en el momento relevante.

Como dato destacado, del fallo surge una diferenciación entre una evaluación de riesgo llevada a cabo con urgencia con el fin de justificar la emisión de una orden de exclusión, una justificación que requiere simplemente la determinación de un riesgo de mayor violencia por parte del presunto perpetrador, y una evaluación integral de riesgos que se centra en los riesgos letales para los miembros de la familia.

6.1. La ausencia de evaluación de riesgo de los niños

La evaluación del riesgo de letalidad en relación con los niños no se ha realizado. De hecho, las autoridades parecen haberse centrado exclusivamente en la demandante como el principal objetivo de la violencia y las amenazas de su esposo, y la situación específica de los niños recibió poca atención cuando ellos mismos dieron declaraciones sobre abusos físicos a manos de su padre.

La sentencia enfatiza que los niños no habían sido el principal objetivo de violencia o amenazas; sin embargo, el padre de los niños amenazó repetidamente a la solicitante declarando explícitamente que mataría a los niños. Además, este enfoque ignora el hecho de que los ataques contra los niños pueden ser intencionados por un padre inestable y violento que enfrenta la perspectiva repentina de separación y la humillación social percibida, y representarían la forma máxima de castigo para su madre.

7. La responsabilidad estatal

El punto central del fallo es determinar la responsabilidad o no del Estado de Austria en virtud de lo descrito anteriormente. El TEDH advierte que el deber de tomar medidas preventivas es una obligación de medios y no de resultado. Seguidamente sostiene que el hecho de que tales medidas no logren el resultado deseado no justifica la violación de la obligación estatal en virtud del artículo 2 del Convenio de Estambul.¹³

Un caso determinado en el que se materializó un riesgo real e inmediato debe ser evaluado desde el punto de vista de lo conocido por las autoridades competentes en el momento pertinente. Este punto es interesante en torno a que lo conocido por las instituciones para evaluar un riesgo real (para la demandante e hijos), se entremezcla con lo que se pudo y se debió inferir en base a lo informado. A esto se agregan las acciones siguientes que se debieron adoptar para proteger a la mujer e hijos y se omitieron en su momento.

¹³ *Idem*, nota 2, párr. 159.

Por último, la realidad y la inmediatez del riesgo deben evaluarse teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica. Un ejemplo de lo referido, es que el juez del tribunal donde solicitó el divorcio no le informó a la demandante que tenía oportunidad de ampliar la denuncia, a pesar de las denuncias que había hecho sobre el comportamiento violento y amenazante de su marido.

8. Conclusión

Como conclusión de lo expuesto, el contexto de violencia de género del caso y/o las intervenciones institucionales (suficientes o no) denotan el nivel de riesgo del mismo, lo que amerita protección institucional de carácter urgente para evitar que la violencia se incremente y/o reitere.