

Violencia institucional. Violencia de género. Debida diligencia

TEDH. *Case of A and B v. Georgia*,
10 de febrero de 2022

Por Agustina Carelli¹

1. Los hechos del caso y la sentencia del TEDH

El caso que aquí se comenta se inicia con la demanda iniciada por A y B, madre e hijo respectivamente de C, que murió a manos de su ex pareja, D, el 24 de julio de 2014 en la capital de Georgia. De acuerdo con los hechos, C tenía 17 años cuando fue obligada por D, un policía de 22 años, a contraer matrimonio de hecho. La convivencia estuvo marcada por amenazas y celos constantes y duró desde diciembre de 2011 a junio de 2012, momento en el que C volvió a vivir con sus padres mientras estaba embarazada.

Desde la separación, tanto C como sus padres fueron objeto de abuso verbal y físico por parte de D, quien, entre otras cosas, amenazó con matar a los padres de C y usó su estatus de policía para imponerse con impunidad. Los miembros de la familia de C no denunciaron la totalidad de los hechos que ocurrieron, solo aquellos particularmente violentos. Entre estos, uno que ocurrió en julio de 2012, cuando C denunció que D había amenazado de muerte a su madre, de lo que no obtuvo seguimiento alguno.

¹ Abogada (UBA). Especializada en Derecho Penal (UTDT). Secretaria de Primera Instancia de la Fiscalía Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas No. 4 del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, el 31 de agosto de 2013 en el interior del domicilio que C compartía con sus padres, D la golpeó luego de una discusión vinculada al pago de alimentos del hijo de ambos. En esa ocasión se realizó una llamada a la policía local y concurrieron al lugar tres oficiales, todos compañeros o conocidos de D, que entrevistaron a C frente a él. De acuerdo con la prueba recabada, D tenía una buena relación con el personal que acudió al lugar. Uno de los funcionarios que se hizo presente le refirió a C que las lesiones en contexto de pareja eran normales y que no había que darles importancia. Asimismo, aunque C tenía marcas visibles del abuso físico sufrido, tuvo que narrar el hecho nuevamente en presencia de D, quien la interrumpió para burlarse o gritarle, frente a la inacción de sus compañeros policías. Sin realizar ninguna entrevista a D, los agentes realizaron un informe que no reflejó los hechos o la violencia sufrida y definieron la situación como un “incidente familiar menor”. Aunque C se negó a firmarlo, D la obligó bajo amenaza, circunstancia que fue escuchada por los otros agentes. Antes de irse, uno de los agentes advirtió a C que no llamara nuevamente a menos que tuviera una razón seria y que sería multada por el uso inadecuado de recursos policiales. Finalmente, D se retiró del domicilio con sus compañeros, en el mismo auto en el que estos habían llegado.

Ese mismo día C realizó una denuncia ante la Fiscalía local, tanto por los hechos que había cometido D como por el incumplimiento de los deberes de los otros policías. En esa denuncia manifestó que su ex pareja constantemente la hostigaba y la amenazaba con matarla o llevarse al hijo en común. Asimismo, solicitó a la Fiscalía que intervenga para detener el accionar de D, haciendo expresa referencia a su estatus como policía, lo que la hacía desconfiar de la Policía, por lo que prefirió realizar la denuncia por otro medio.

En septiembre de 2013, el Ministerio Público entrevistó a C, a D y a otro de los agentes que había concurrido al domicilio el 31 de agosto. Tanto D como su compañero negaron los hechos, pero D firmó un compromiso de no volver a ejercer violencia física o verbal contra C o su familia. Con ello se dio por concluido el incidente y no se inició investigación formal alguna.

Nuevamente, el 3 y 5 de julio de 2014 D agredió físicamente a C en público. Esa denuncia quedó registrada el 5 de julio ante la Inspección General del Ministerio del Interior –encargada de investigar a los agentes policiales por hechos cometidos en funciones–. El material probatorio del caso incluía declaraciones testimoniales que relataban que D, desde abril de 2011 hasta julio de 2014, había hecho uso de su estatus como policía para ejercer violencia sobre C. Se destaca que D había usado su arma de servicio de forma amenazante al menos siete veces contra C; que de forma regular amenazaba a C con imputar falsamente a su padre o hermano si continuaba con sus denuncias y se conducía con impunidad por ser agente policial.

El 20 de julio de 2014, D fue ascendido dentro de la fuerza policial. El 24 de julio de ese mismo año un representante de la Inspección General del Ministerio del Interior entrevistó a C por los hechos denunciados el 5 de julio. En esa entrevista C manifestó que D la había sometido desde el año 2011 a distintas formas de maltrato y violencia psíquica y física y solicitó formalmente la intervención de la Inspección General para frenar la conducta violenta de D. Cuando C finalizó la entrevista y se retiró, D la siguió por la calle hasta un parque público. Los testigos presenciales refirieron que escucharon

una discusión fuerte entre C y D, y que D sacó su arma de servicio y efectuó 5 disparos a corta distancia contra C, quien murió en el lugar.

Ese mismo día se inició una investigación penal contra D, acusado por el homicidio de C.² El tribunal interviniente el 17 de abril de 2015 condenó a D a la pena de 11 años de cárcel por homicidio doloso agravado por el vínculo, sentencia que quedó firme el 14 de febrero de 2016. Es destacable que en la condena no se analizó el contexto de violencia de género en el que se desarrolló toda la relación –discriminación basada en género en palabras del TEDH– y el papel que ello tuvo en la muerte de C, ni la inacción de las instituciones públicas que intervinieron previamente.

Luego de la muerte de C, su madre realizó una denuncia formal por sí y en representación de su nieto ante la Fiscalía General para que se inicie una investigación por la falta de respuesta de las autoridades estatales que habían intervenido en el caso, al no haber actuado debidamente para proteger la vida de su hija, ni evaluar con debida consideración las repetidas denuncias que demostraban la existencia de contexto de violencia crónica y riesgo de vida para la denunciante. Agregó que la conducta negligente de las autoridades estaba influenciada por discriminación basada en género.

Ello finalmente dio lugar a una investigación en la que fueron entrevistados los oficiales que habían concurrido al domicilio el 31 de agosto de 2013, e incluso se entrevistó a A y a cinco testigos presenciales, que dieron cuenta de la naturaleza particularmente violenta del hecho. No obstante, A reclamó durante los años 2015 y 2016 información de la investigación, pero obtuvo como única respuesta que se había iniciado una investigación por el posible accionar negligente del personal policial pero no se formalizó ninguna imputación. A su vez, no obtuvo respuesta sobre su solicitud de iniciar idéntica investigación contra el personal del Ministerio Público.

Asimismo, inició acciones de índole civil, por sí y en representación de su nieto, contra el Ministerio del Interior y la Fiscalía General por no prevenir la muerte de C, exigiendo una compensación económica, demanda que fue admitida por los jueces en una decisión que adquirió firmeza el 29 de junio de 2017 y en la que se encontró responsables de forma conjunta al personal policial y del Ministerio Público que habían intervenido en el caso, por no adoptar las medidas necesarias para poner fin a la discriminación basada en género o proteger la vida de C.³

2 Es interesante el relato de D al ser entrevistado, refiriendo que la razón de la mala relación entre ambos eran sus celos y el deseo de C de iniciar una carrera de modelo en otra ciudad, que su conducta era el “trigger” de su ira y que todo había recrudecido cuando C comenzó a salir con otros hombres. Sobre el momento del hecho particular refirió que ella lo humilló al referirle de forma “vulgar” que su vida privada y sexual no eran tema de su incumbencia y que frente a esa humillación le disparó. Asimismo, luego de ser condenado, intentó utilizar sus celos patológicos para argumentar su insania para revertir la condena.

3 En su decisión, el Tribunal de Georgia entendió que había un nexo causal entre la inactividad del personal policial y funcionarios judiciales y administrativos con la muerte de C. Enfatizó la obligación de las autoridades de responder de forma rápida y efectiva a cualquier denuncia por discriminación y que ese deber había sido omitido de forma flagrante. De acuerdo tanto a los artículos 3 y 8 del Convenio de Estambul –del cual forma parte– como a la propia legislación interna de Georgia adaptada a las obligaciones allí asumidas por el hecho ocurrido el 31 de agosto de 2013, sostuvo que la policía no había entrevistado a C o a los testigos presenciales, no había emitido una orden de restricción contra D y tampoco había tomado ninguna medida que restrinja el uso de su arma de servicio. En cuanto al accionar de los funcionarios de la Fiscalía, sostuvo que habían omitido su deber de llevar adelante una investigación penal adecuada sobre los hechos denunciados.

Llegado el caso a consideración del TEDH, en cuanto al marco normativo interno vigente en el país, el Tribunal se remitió a lo expuesto en una sentencia anterior,⁴ en la que había analizado exhaustivamente las políticas adoptadas a nivel legislativo y administrativo por ese país para cumplir con el Convenio de Estambul y el CEDH.

Al momento de determinar los artículos afectados en los términos del CEDH, el TEDH hizo referencia a la violación del artículo 2 –derecho a la vida– y de forma relacional al artículo 14 –derecho a la igualdad de trato en el goce de derechos y garantías–, entendido como derecho a la igualdad y no discriminación sobre la base de sexo.

Al analizar los principios generales aplicables, el Tribunal dejó en claro que el caso no trataba sobre las acciones de D, quien ya ha sido condenado en su país por el delito que cometió, sino que versaba sobre la respuesta de las autoridades frente al accionar de D y las reiteradas denuncias de C y su familia antes y después de su muerte.

El Tribunal estableció que era relevante para el caso que D fuera policía y conociera a aquellos que debían intervenir e investigar las denuncias de C, por el impacto directo en el derecho establecido en el artículo 2 CEDH, tanto en su faz procesal y sustantiva, y en el estatus de víctima de A y B, conforme el artículo 34 CEDH.⁵

Como principio general, el Tribunal entendió que, bajo la vigencia del principio de subsidiariedad, corresponde primero a las autoridades nacionales tratar cualquier violación del CEDH. No obstante, una decisión de derecho interno que le sea favorable al demandante no implica que pierda su derecho como víctima, a menos que las autoridades nacionales reconozcan que se han afectado derechos del Convenio. Si ambos requisitos están presentes, se veda el análisis de la demanda a nivel convencional, por su naturaleza subsidiaria. Empero, aun si se obtiene una sentencia favorable a nivel interno, el principio de subsidiariedad nunca implica renunciar completamente a la supervisión de la decisión y su contenido, pues así los derechos de la CEDH perderían toda sustancia.⁶

4 TEDH. *Case of Tkheldidze v. Georgia*, Application No. 33.056/17, Court (Fifth Section), 8 de julio de 2021. En este caso de discriminación sobre la base de género se realizó un exhaustivo análisis de las modificaciones que realizó el Estado en su legislación interna para cumplir con las obligaciones internacionales a su cargo, destacando que, si bien eran adecuadas, en ese caso habían sido insuficientes para tener algún tipo de incidencia en el resultado –la muerte de una mujer a manos de su ex pareja–.

5 TEDH. *Case of A and B v. Georgia*, Application No. 73975/16, Court (Fifth Section), 10 de febrero de 2022, párrs. 43-45.

6 *Idem*, nota 5, párr. 41. El Tribunal es claro cuando afirma que los casos donde se compromete la responsabilidad del Estado parte y de sus agentes estatales por la muerte de una persona producto de su negligencia, la obligación asumida por la vigencia del art. 2 CEDH y el Convenio de Estambul exige un sistema judicial efectivo que dé respuestas, aunque no necesariamente de índole penal. Hay, sin embargo, casos excepcionales donde el único remedio efectivo es la investigación penal para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas, especialmente en casos en los que se puso riesgo o se perdió la vida de una persona por la acción o inacción de agentes estatales que, en concreto, excede el mero error de valoración o descuido. Esto es, cuando se establece que hubo negligencia atribuible a los agentes del Estado porque tenían o debían tener conocimiento del riesgo y de las consecuencias de su inacción, y omitieron tomar las medidas necesarias y suficientes para abordar la situación y además tampoco existió una investigación ni se les ha imputado un delito por esa negligencia o imprudencia, ello deriva en la violación del art. 2 CEDH, independientemente de otras respuestas de carácter no penal que las partes obtengan.

Con una nueva referencia al caso “Tkheldize” y utilizando el estándar establecido en *Opuz c. Turquía*, el Tribunal reiteró que la omisión del deber de protección –y de adecuación efectiva y no solo formal del derecho interno a sus exigencias– violaba el derecho a un trato igualitario, aun cuando la omisión no sea intencional y, además, que la propia pasividad discriminatoria general o estatal creaba un clima que fomentaba la violencia contra la mujer e implicaba a su vez la violación del artículo 14 CEDH.⁷ Tanto el trato discriminatorio como la pasividad de las autoridades en casos de violencia de género, especialmente si no es un error de valoración o descuido, reflejan y comunican que se permite, a nivel institucional y social, un trato discriminatorio contra la mujer. Se requiere por parte del Estado una respuesta inmediata a fin de evaluar la existencia de un riesgo real e inmediato para la víctima, que sea autónoma y comprensiva, para compatibilizar con el deber de debida diligencia reforzada.⁸

A la hora de aplicar los principios sustantivos relevantes al caso, el Tribunal entendió que los hechos excedían un error de valoración o descuido por parte de los agentes estatales. La inactividad y negligencia de las autoridades policiales fue el factor determinante que permitió que la violencia escalara hasta la muerte de C. Dado que las autoridades debían saber el nivel de riesgo que C enfrentaba si omitían o incumplían sus deberes –en tanto D era policía, tenía acceso a un arma y las autoridades podían conocer la existencia de incidentes previos y si era propenso a la violencia– el remedio procesal pertinente era el inicio de una investigación interna contra D y los otros agentes estatales que habían intervenido, algo que jamás sucedió.

No obstante, las autoridades competentes que intervinieron en lo penal y civil luego de la muerte de C tampoco se expidieron sobre los deberes omitidos por los agentes estatales ni se investigó la denuncia contra los funcionarios de la Fiscalía que tuvieron conocimiento de la situación ni se investigó al Ministerio del Interior.

Los hechos del caso demostraban la necesidad urgente de iniciar una investigación penal sobre la falta de respuesta policial a las denuncias y determinar si esa omisión estaba a su vez motivada en una discriminación basada en género, arraigada a nivel institucional y social, en tanto D aseguró repetidas veces que su condición de policía le daba impunidad.

La sentencia puntualizó además que, de la misma forma que el proceso civil, el proceso penal contra D tuvo falencias, en particular porque la condena no analizó el rol que tuvo la discriminación basada en género en el resultado. En cuanto a la sentencia civil, si bien sí analizó la responsabilidad de los agentes estatales, el Tribunal omitió determinar si la discriminación basada en género fue un factor determinante de la inacción policial y administrativa ante las denuncias y, como consecuencia, también determinante en la muerte de C.

Finalmente, el Tribunal analizó las obligaciones sustantivas positivas del Estado parte y la adecuación de la legislación local a esas obligaciones. Haciendo nuevamente referencia a “Tkheldize”, confirmó que en el caso había una situación de violencia de género crónica, por lo que no quedaban dudas del

⁷ *Idem*, nota 5, párrs. 41, 42 y 49.

⁸ *Idem*, nota 5, párr. 42.

riesgo cierto e inminente que enfrentaba C y que los agentes estatales sabían o debían saber de ese riesgo. Así, y aunque fueron alertados repetidas veces sobre la seriedad y actualidad del riesgo no actuaron con diligencia –mucho menos con diligencia debida reforzada– y omitieron tomar las denuncias de forma completa, recabar la prueba relevante y, principalmente, omitieron su deber de valorar los factores disparadores de la violencia contra C.⁹

En ese sentido el TEDH entendió que los errores y omisiones de las autoridades fueron producto de subestimar el nivel de violencia de los hechos cuando la víctima es una mujer, y que ello impidió, como en otros casos, que se lleve adelante una investigación penal eficaz. Incluso, la negligencia estatal y la tolerancia pasiva hacia este tipo de conductas resultan determinantes para otras víctimas de violencia de género, que no tienen razones para confiar en las instituciones públicas y optan por no denunciar.

Asimismo, si bien el marco legal interno del país había sido adaptado para dar cumplimiento al deber de diligencia debida reforzada y se contaba al momento del hecho con normas que contenían medidas restrictivas temporales aplicables, ninguno de estos recursos fue utilizado y tampoco se informó a la víctima o su familia de su existencia o de su derecho a solicitarlas. Esta inactividad fue especialmente grave en el caso, justamente porque el denunciado era agente estatal y las autoridades tenían conocimiento de que usaba su condición de policía y los atributos propios de su función para amedrentar a C y su familia. No obstante, no solo no detuvieron el accionar de D mediante cualquiera de los mecanismos internos disponibles, también fueron más allá: le permitieron presenciar el relato de uno de los hechos que denunció C, y, pese a todo, fue ascendido de rango.¹⁰

Este aspecto del caso resulta especialmente problemático porque el deber de diligencia reforzada que recae sobre el Estado y las autoridades internas, entendido como la obligación de investigar y eventualmente castigar a un miembro de alguna agencia estatal, es todavía más fuerte cuando contra él se han realizado denuncias por hechos en contexto de violencia de género o contra las mujeres en general. Es que allí ya no está solo en juego la responsabilidad individual del denunciado, sino la obligación estatal de prevenir la impunidad de sus agentes y mantener la confianza pública sobre sus instituciones.

2. El concepto de debida diligencia reforzada en materia de violencia de género

El concepto de debida diligencia tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario y su primera presentación escrita surgió en el derecho internacional público como principio normativo regulador de la neutralidad en conflictos bélicos. Los avatares históricos hicieron que el concepto se expanda hasta la definición actual de los artículos 1 del CEDH, artículo 5 del Convenio de Estambul, artículos 1.1 y 2 de la CADH y artículos 3 y 7 de la Convención Belem do Pará. Es el factor de atribución de

⁹ *Idem*, nota 5, párr. 47.

¹⁰ *Idem*, nota 5, párr. 48.

responsabilidad al Estado por hechos que cometen particulares y se define como el deber general de protección o prevención (por contraposición al deber de abstención general).

Implica para el Estado obligaciones específicas que, de incumplirse, acarrearán responsabilidad internacional por actos directos de particulares, como también por actos indirectos de sus agentes, producto de la negligencia o falta de acción cuando el deber de actuar era ineludible.

La debida diligencia en materia de violencia contra la mujer, sea como discriminación por género o trato desigualitario –en cualquiera de las manifestaciones que adopte, ya sea física, psíquica, psicológica, sexual, entre otras– encontró recepción en el sistema de protección interamericano con la Convención Belén do Para y en el sistema europeo con el Convenio de Estambul; pero de forma previa a ello ya existía en el sistema de protección universal, que incorporó la debida diligencia con perspectiva de género en declaraciones, resoluciones e informes de *soft law*.

Aún se debate entre modelos donde se habla de igualdad formal y material, discriminación directa e indirecta y su nexo con la violencia de género entendida como la forma más grave de discriminación contra la mujer y otros modelos más propios del desarrollo iusfeminista, donde el estatus de la mujer se define por la subordinación o subdiscriminación en las relaciones y estructuras de poder, llevando la discusión más allá de la dicotomía sexo/género e igualdad/discriminación y ampliando el ámbito de aplicación de lo privado a lo público.¹¹

En tanto esa discusión prosiga, la violencia no será definida de forma unánime como producto de la desigualdad estructural vinculada a la permanencia de estereotipos de género que se replican y forman parte de la construcción social o dinámica relacional propia de cada sociedad. En ese sentido, el lenguaje que utiliza el TEDH para abordar este fenómeno en su jurisprudencia aparece tímido en comparación con la labor de, por ejemplo, el Comité de la CEDAW.

Por ello, es acertado centrarse en que la violencia de género es una expresión de desigualdad estructural, que afecta derechos fundamentales y produce responsabilidad estatal cuando no se adoptan medidas a nivel interno para prevenir esos actos de violencia. De la misma forma, la discriminación contra la mujer se encuentra inmersa en esa lógica, y ello incluye la violencia de género, que, al ser desatendida o ignorada implica también responsabilidad del Estado. Por último, también puede decirse que el concepto de debida diligencia con su plus o agregado en casos de violencia de género tiene su raíz en el derecho consuetudinario y por tanto le resulta exigible a todos los Estados, sean parte o no de algún sistema de protección internacional,¹² pero que ha sido la realidad, revelando con crudeza estadística la vulnerabilidad de la mujer en la sociedad moderna durante los siglos XX y XXI, que obligó

11 Para mejor desarrollo puede verse M. J. Añón (mayo-agosto, 2021). La Violencia contra las mujeres como discriminación. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXI, (280).

12 La sentencia TEDH. *Case of Valiulienė v Lithuania*, Application No. 33.234/07, Court (Second Section), 25 de marzo de 2013, tiene un voto concurrente que expresa esta idea, en tanto por práctica o jurisprudencia los jueces afirman que ha alcanzado carácter de principio general de derecho internacional público. A su vez, está plasmada en la Recomendación 35/17 de la CEDAW.

a dejar de lado definiciones no vinculantes y afirmar que el Estado tiene una obligación de protección reforzada ante esos fenómenos estructurales, endémicos, de naturaleza discriminatoria y violenta.

Determinar en la jurisprudencia del TEDH el contenido de ese deber de diligencia y la exigencia adicional propia que da la perspectiva de género para casos de violencia contra la mujer en estructuras de poder desiguales, especialmente cuando se afectan otros derechos de fondo –vida, integridad física, libertad– no ha sido, ni es, algo fácil. Luego de la entrada en vigencia del CEDH en 1950 y a partir del desarrollo de su jurisprudencia, fue en 1998, en “Osman”¹³ –que no versaba sobre discriminación de género– donde se elaboró un “test de atribución de responsabilidad indirecta” para establecer cuándo el Estado está obligado a tomar medidas concretas para la protección individual, con la debida diligencia, basado en la capacidad de prevención de las autoridades y el conocimiento del riesgo en el que se encontraba la víctima.¹⁴

Luego, especialmente en “Opuz”¹⁵ se precisó la definición de esa obligación estatal y se establecieron criterios para comprobar su incumplimiento en un precedente que, se convirtió en la primera sentencia en la que se utilizó la perspectiva de género para resolver, aunque de forma implícita. Allí se determinó el contenido específico del test en un caso de violación a los artículos 2, 3 y 14 del CEDH en el que una mujer murió a manos de su ex pareja. Se trató de un caso en el que, además, también por primera vez y sin decirlo explícitamente, se incluyó la discriminación estructural y los estereotipos como factores que abonan la permanencia y proliferación de la violencia contra la mujer.

El estándar se compone de factores para determinar si el Estado ha actuado diligentemente o no a partir de: a) el conocimiento del riesgo cierto e inminente para el derecho afectado y la persona; b) la existencia de una amenaza real e inmediata para la persona, valorando sus circunstancias personales; c) la valoración razonable de las expectativas de evitar el riesgo según las medidas adoptables y su idoneidad para mitigar ese peligro; y d) todo ello siempre que se haya respetado el debido proceso, los derechos y garantías del imputado y el artículo 8 del CEDH.¹⁶

13 TEDH. *Case of Osman v. The United Kingdom*, Application No. 87/1997/871/1083, Court (Grand Chamber), 28 de octubre de 1998, párrs. 115 y ss. El “test de Osman” es utilizado por el TEDH para analizar el concepto de riesgo y responsabilidad indirecta del Estado por incumplimiento directo a los arts. 2, 3, 4 y 8 del CEDH y de forma relacional y subsidiaria, al art. 14 del tratado. Su comprobación no exige que los derechos fundamentales “núcleo” sean afectados, es suficiente que sean puestos en peligro. Hay una disidencia interesante de los jueces Pinto de Albuquerque y Devow en TEDH. *Case of Volodina v. Russia*, Application No. 41.261/17, Court (Third Section), 9 de julio de 2019, separate opinion, párr. 11 y 12. Allí analizan la utilidad del test para casos de violencia de género, sobre la base de que el conocimiento por parte del Estado del “riesgo cierto e inminente” que corre la víctima no cumple su propósito y podría convertirse en una excusa para que los Estados incumplan sus obligaciones, ya que conduce a medidas tardías y es de inverosímil aplicación práctica. Proponen modificar la noción de “riesgo inminente” (similar a la legítima defensa para mujeres víctima de violencia de género) por un concepto de riesgo “presente”, en tanto la inminencia muchas veces simplemente no existe como tal y, en cambio, la permanencia si es reconocible por el Estado si un grupo es objeto de violencia reiterada, pudiendo adoptar medidas de verdaderamente anticipatorias.

14 La Corte IDH articuló el principio de la obligación de prevención entendida como debida diligencia en el caso “Velázquez Rodríguez” una década antes, en 1988. Hay diferencias en la articulación del concepto por parte de cada tribunal, en tanto la Corte IDH entiende que la obligación además de incluir el deber de prevención también contiene el deber de sanción y resarcimiento y el TEDH lo define como una obligación acotada que incluye solo prevención.

15 TEDH. *Case of Opuz v. Turkey*, Application No. 33.401/02, Court (Chamber), 9 de junio de 2009.

16 *Idem*, nota 15, párrs. 128, 129 y 153.

Entre los casos contemporáneos y posteriores a “Opuz”, que delimitan y definen lo que hoy entendemos como debida diligencia reforzada, se encuentran precedentes que abarcan situaciones diversas. El primero es uno en el que se impuso como parte de la obligación de protección del Estado adecuar su legislación interna para garantizar el derecho a la vida e integridad física mediante “legislación penal exhaustiva” para prevenir, sancionar y reprimir situaciones que los puedan afectar —aunque el conflicto se definió como algo doméstico, propio del ámbito privado—. Sí se estableció, en cambio, que el Estado omitió intervenir o adoptar medidas conducentes, pese a conocerse la situación y su gravedad por denuncias previas.¹⁷

En “Talpis”¹⁸ se amplió el estándar para exigir que en casos de discriminación contra la mujer que pongan en riesgo sus derechos fundamentales, el conocimiento de la existencia de ese riesgo también implica una segunda exigencia: establecer el nivel concreto de riesgo y su relación con la vulnerabilidad social, física y material de la víctima, razonamiento que se repitió en “Balsan”.¹⁹

También se incluyeron especificaciones en otros casos,²⁰ en los que, según corresponda, se amplió la obligación de protección y prevención del Estado a otros supuestos, tanto procesales como sustantivos. Especialmente en los últimos años comenzó a hablarse explícitamente de desigualdad estructural o sesgo estructural a gran escala y se lo vinculó con el contenido de las obligaciones positivas de prevención y debida diligencia reforzada de los Estados, cuando en el caso se vincula la violencia contra la mujer con la discriminación o falta de igualdad formal o sustantiva a nivel interno, o con la falta de aplicación de la legislación vigente, además de valorar la existencia de estereotipos y la negligencia institucional crónica.

En lo que hace al abuso sexual y a la trata de mujeres niñas o adultas con fines de explotación sexual, tortura o esclavitud, el TEDH se expidió, como afectación al artículo 4 del CEDH en diferentes casos.²¹ Ello amplió el criterio de selección y el contenido de la obligación cuando las víctimas perte-

17 TEDH. *Case of Kontrová v Slovakia*, Application No. 7510/04, Court (Fourth Section), 31 de mayo de 2007.

18 TEDH. *Case of Talpis v. Italy*, Application No. 41.237/14, Court (First Section), 2 de marzo de 2017.

19 TEDH. *Case of Balsan v. Romania*, Application No. 49645/09, Court (Fourth Section), 23 de mayo de 2017.

20 TEDH. *Case of Bevacqua v. Bulgaria*, Application No. 71.127/01, Court (Fifth Section), 12 de junio de 2008; *Case of Hajduová v. Slovakia*, Application No. 2660/03, Court (Fourth Section), 30 de noviembre de 2010; *Case of Beganovic v. Croatia*, Application No. 46423/06, Court (First Section), 25 de junio de 2009; *Case of Durmaz v. Turkey*, Application No. 3621/07, Court (Second Section), 13 de noviembre de 2014; *Case of Barsova v. Russia*, Application No. 20.289/10, Court (Third Section), 22 de octubre de 2019; *Case of Polshina v. Russia*, Application No. 65.557/14, Court (Third Section), 16 de junio de 2020; *Case of Volodina v. Russia 1*, Application No. 41.261/17, Court (Third Section), 9 de julio de 2019 y *Case of Volodina v. Russia 2*, Application No. 40.419/19, Court (Third Section), 14 de septiembre de 2021.

21 TEDH. *Case of Siliadin v. France*, Application No. 73.316/01, Court (Second Section), 26 de julio de 2005; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application No. 25.965/04, Court (First Section), 7 de enero de 2010; *Case of M & others v. Italy and Bulgaria*, Application No. 40.020/03, Court (Second Section), 31 de julio de 2012; *Case of CN and V. v. France*, Application No. 67.724/09, Court (Fifth Section), 11 de octubre de 2012; *Case of L.E v. Greece*, Application No. 71.545/12, Court (First Section), 21 de enero de 2016; *Case of G.U v. Turkey*, Application No. 16.143/10, Court (Second Section), 18 de octubre de 2016; *Case of J and others v. Austria*, Application No. 58.216/12, Court (Fourth Section), 17 de enero de 2017; *Case of VC v. Italy*, Application No. 54.227/14, Court (First Section), 1 de febrero de 2018; *Case of SM v. Croatia*, Application No. 60.561/14, Court (First Section), 19 de julio de 2018 y *Case of TI and others v. Greece*, Application No. 40.311/10, Court (First Section), 18 de julio de 2019.

necen a grupos especialmente vulnerables –como NNyA, migrantes y mujeres víctimas de violencia de género y sexual–.²²

A su vez, se analizaron casos en los que la víctima, pese a la existencia de riesgo cierto a su vida o integridad física, se negó a continuar con el proceso penal, haciendo alusión al “interés general” para perseguir de oficio, sin perjuicio de que el TEDH respete la forma en la se instrumenta a nivel interno. Además, se estableció que la investigación eficaz de cualquier caso de violencia contra la mujer en los términos del artículo 14 del CEDH no es una obligación de medios sino de resultado.²³

Lo que se conoce como la “doctrina Opuz” del TEDH, en conjunto con la vigencia del Convención de Estambul en 2014, permitieron el desarrollo con perspectiva de género para construir el aspecto “reforzado” de la obligación de debida diligencia. El Convenio de Estambul permitió un salto cualitativo indudable, pues desde su vigencia la “debida diligencia reforzada” pasó a ser obligatoria. En consonancia, la jurisprudencia del TEDH también fue cambiando, hasta lograr un estándar para casos de violencia de género con contenido propio y que la reconoce cada vez más como producto de la desigualdad estructural.

En esta línea, corresponde analizar el caso que aquí se comenta, cuyos hechos desarrollé en el primer punto. Primero, porque llega a conocimiento del TEDH en un contexto de violencia de género, donde de forma evidente la desigualdad estructural y los estereotipos se encuentran enfrentados a leyes formalmente adecuadas, pero materialmente ineficientes o inaplicables. En segundo lugar, porque el TEDH había hecho un profundo análisis previo en “Tkheldze”, remitiéndose a informes del Comité de la CEDAW,²⁴ especialmente en cuanto el arraigo de estereotipos de género y actitudes patriarcales, enraizados en la concepción del rol de la mujer en la familia y en la sociedad y la exacerbación de la sexualización de la mujer en los medios de comunicación. El Comité indicó que más allá de la legislación adoptada en 2006 y 2012, observaba el aumento estadístico de homicidios cuyos autores eran o habían sido pareja de las víctimas y el aumento de casos de violencia física y sexual contra las mujeres, acompañado de un bajo nivel de denuncia y registro por miedo a la estigmatización y retaliación y muy vinculado a la desconfianza en las instituciones públicas.

22 Lo relevante, más allá de la utilización de la perspectiva de género, es que todas las sentencias afirman que la trata con fines de explotación sexual es una violación directa a los derechos humanos e identifican doble vulnerabilidad en casos de abuso sexual cuando la damnificada es menor y mujer, como plus de responsabilidad estatal y, por ello, aumentan las obligaciones positivas del Estado que debe investigar de forma eficaz, independiente y de oficio, y asume el deber de proteger a la víctima y su familia sin perder el objetivo de identificar a los responsables. También se ha identificado que las mujeres, como grupo vulnerable, ingresan en el patrón de desigualdad estructural. La distinción entre servidumbre y trabajos forzados, y la cuestión del consentimiento siguen siendo aspectos problemáticos. Ese análisis excede este comentario, pero puede encontrarse una crítica en Gómez Fernández, Itziar, “*Volodina C. Rusia*” (II) y *S.M c. Croacia*: La jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres, *Revista IgualdadES*, 5, 311-348.

23 Más allá de las diferencias entre el caso “Osman” y “Velázquez Rodríguez”, no existen tantas diferencias en cómo se describe la debida diligencia reforzada entre ambos tribunales. Así, el TEDH indicó que la investigación eficaz acorde a la debida diligencia reforzada es una obligación de resultados y no de medios, en contraposición a la obligación de identificar y sancionar a los responsables en casos de trata, que es de medios y no de resultado. La Corte IDH en “González y otras (Campo Algodonero) c. México” de 2009, la define en términos similares (ver apartados 289 y ss.).

24 Los informes de conclusiones finales CEDAW/C/GEO/CO/2-3 del 14 de mayo de 2004 y CEDAW/C/GEO/CO/4-5 del 24 de julio de 2014.

Si bien se habla de la dificultad de ejecutar las sentencias del TEDH,²⁵ ello no resulta aplicable porque entre la muerte de C en julio y la muerte de M.T en octubre de 2014 –víctimas del caso “A y B” y “Tkheldidze”, respectivamente– el marco normativo interno del Estado era el mismo y sus obligaciones positivas de prevención ya existían. En ambos casos, además, pese a la multiplicidad de denuncias, fue la inacción de las autoridades en todos los niveles de intervención lo que facilitó el resultado y su impunidad. La diferencia sustancial es que quien fue condenado por la muerte de C era, además de su ex pareja, miembro de una fuerza de seguridad, y que tanto ella como su familia habían realizado quejas formales ante las autoridades para evitar la escalada de violencia de D, tanto por la ya violencia sufrida y denunciada como por su condición de policía.

3. Conclusiones. Violencia institucional y violencia de género indirecta

Aun teniendo en cuenta el precedente del TEDH en “Tkheldidze” y la unidad de hechos, derecho y razonamiento que la hace parte necesaria del análisis de la sentencia que aquí se comenta, corresponde hacer una mención especial al elemento vinculado con la violencia institucional que surge en ambos casos, sean leídos en conjunto o no, pues si bien la referencia a la violencia institucional es argumentalmente más sencilla en el caso “A y B c. Georgia” por la condición de policía de quien resultó autor del hecho y el comportamiento de la fuerza a la que pertenecía, no puede escapar a ningún análisis que la conducta de las autoridades policiales y judiciales fue casi idéntica en ambos casos, y con ello quiero decir que, en virtud de la desigualdad estructural propia del país en el que ocurrieron ambos hechos, de los estereotipos de género enquistados en una sociedad donde la mujer tiene reservado un lugar secundario, como objeto, con funciones predeterminadas a nivel social y limitadísimas posibilidades de desarrollo y autonomía, no existe ninguna razón para pensar que hay incentivos reales para que las autoridades modifiquen su accionar y su lugar en la dinámica que produce las categorías propias de la discriminación estructural de cara al futuro.

Mucho menos puede esperarse que esos incentivos y el necesario cambio en la estructura de pensamiento y comportamiento sociocultural puedan venir de la mano de legislación en la materia, que se encuentra solo formalmente vigente, o de sentencias del TEDH que tratan los casos ocho años después de los hechos y pese al avance del desarrollo doctrinario en la materia todavía carece –al menos en la opinión dominante– de un lenguaje propio que apunte a la desigualdad estructural y los estereotipos como cuestión central al momento de establecer la responsabilidad del Estado, y posean un valor transformativo casi nulo por las dificultades de afectar de forma inmediata el derecho interno y la estructura sociocultural e institucional de un país.

25 Ver Fernández Nieto, J. (2019). Diligencia debida en violencia de género y errores en la administración de justicia: una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. *Revista General de Procesal Penal*, 48.

Sin embargo, es tal vez el caso de “A y B c. Georgia”, por su característica definitoria, aquel que considero una posibilidad única para poner de manifiesto cuestiones acerca de la vinculación, muchas veces no visible o implícita, entre la violencia de género como expresión de discriminación o subordinación de la mujer, la violencia institucional, la desigualdad estructural endémica, los estereotipos y la necesidad de incorporar estos elementos en el análisis jurisprudencial, junto con el enfoque propio de la interseccionalidad a la perspectiva de género, que ya fue desarrollado, no sin dificultades, en la jurisprudencia del TEDH con más firmeza de 2009 en adelante.

Ello implica comenzar por admitir que la violencia de género tiene un eco o espejo, una continuación o inicio inadvertido o parcialmente observable, en la violencia institucional que se produce cuando las autoridades estatales, ya en el nivel de intervención primario y luego al momento de investigar y juzgar los hechos en concreto y las fallas o fracasos sistémicos que condujeron al resultado por parte de sus propias autoridades, no solo no dan ninguna respuesta a la víctima que denuncia o sus familiares, sino que incluso resultan partícipes o factores de facilitación en el incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados y como consecuencia en la falta de debida diligencia reforzada al momento de investigar hechos en contexto de violencia de género.

Ello ocurre ya sea por negarse a tomar denuncias, por registrar indebidamente los hechos, por utilizar estereotipos a la hora de responder a una denuncia, y por generar, intencionalmente o no, una intersección entre la mujer que denuncia una agresión en contexto de género y la mujer cuya denuncia obtiene una falta de respuesta generalizada de todo el sistema de prevención y protección interno.

Entiendo, entonces, que la sentencia permite analizar la desigualdad estructural y la discriminación contra la mujer, el efecto de los estereotipos y sus consecuencias en el razonamiento jurídico y probatorio, y extraer conclusiones y herramientas que expliciten la violencia de género, directa e indirecta, y la violencia institucional que sufre una víctima que intenta denunciar un hecho como una realidad específica.

Esa realidad requiere de cara al futuro que el TEDH realice un análisis más detallado de la violencia institucional y violencia de género indirecta de la que también resultan víctimas aquellas mujeres que denuncian a su agresor y no reciben respuesta del Estado, lo que facilita y permite la escalada de hechos que culmina en su muerte en un contexto de impunidad, luego de la cual las autoridades que deben investigar el incumplimiento o las omisiones de sus propios agentes tampoco brindan respuestas y recaen en un nuevo incumplimiento que implica la continuación de esa misma forma de violencia directa o indirecta.

Los hechos del caso, al permitir vincular estos conceptos –o al menos hacer visible una conexión que es cada vez más difícil de ignorar–, también llevan a concluir que, además de poder afirmar sin lugar a dudas que la violencia de género es una forma de discriminación, la inacción y la falta de respuesta estatal en todos los niveles *ex ante* o *ex post* son una forma de discriminación porque los actores estatales –policiales, administrativos y judiciales– actúan sobre la base de los mismos estereotipos de género que conducen a los hechos que deben prevenir, investigar y juzgar.

Esa relación es circular y conduce a la perpetuación tanto de los roles estereotipados como de la violencia contra las mujeres, entendida como violencia de género o institucional y la impunidad por falta de respuesta parcial o total es un factor determinante en el tratamiento judicial.²⁶ Esta relación circular surge, por ejemplo, en el trabajo que realiza el Comité de la Convención CEDAW al verificar el incumplimiento al artículo 5 de la Convención y en las Observaciones Finales del Comité, como sucedió en el caso español que resultó en la sentencia STS 1263/2018.²⁷

Destaco la referencia a estadísticas e informes y observaciones de distintos organismos de derechos humanos en Georgia que utilizó el TEDH en este caso por referencia directa a “Tkheldize”, y la definición de la situación en ese país como algo endémico y estructural, vinculado al estatus que tiene la mujer en esa sociedad y al fracaso también endémico de la estructura gubernamental para actuar acorde al estándar de la debida diligencia reforzada.

Por ello, la sentencia es lo que podríamos llamar un buen comienzo, pero resulta aún insuficiente por la falta de inclusión explícita de conceptos que en la realidad se verifican íntimamente relacionados y porque aún remite para ese análisis a *soft law*.²⁸ El TEDH no incorpora elementos de análisis que permitirían avanzar para afirmar que los estereotipos de género, además de fuente de violencia, llevan a la ausencia de actuación del Estado y que esa actuación diligente es un elemento crucial para modificar la realidad. De la misma forma que la respuesta institucional de las autoridades judiciales contra la violencia de género e institucional es fundamental para entender la reproducción de prejuicios y estereotipos, todo ello con el fin de reforzar la confianza institucional en víctimas o damnificados y dar una respuesta concreta a los casos que llegan ante los tribunales internos.

Se trata, en definitiva, de generar, a través de políticas públicas y de acciones concretas, conciencia pública sobre cómo la desigualdad estructural se encuentra incorporada de tal forma en la sociedad moderna que afecta su funcionamiento a través de categorías, ideologías, comportamientos y representaciones inexactas y discriminatorias que se retroalimentan y derivan una y otra vez en resultados lesivos para las mujeres como colectivo y en el incumplimiento sistemático de los Estados parte de las obligaciones positivas de prevención internacionalmente asumidas.

26 Sobre la percepción de las víctimas de violencia de género y su vinculación con los estereotipos, la falta de análisis intersectorial y la violencia institucional, puede verse Bodelon, E. (2014). Violencia institucional y Violencia de Género. En *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, 48, 131-155.

27 Superior Tribunal Español, Sala Contencioso-Administrativa, sentencia del 17 de julio de 2018, caso conocido como “Ángela González Carreño”, en el que el Comité de la CEDAW había emitido un dictamen condenando al Estado español en 2016. Para un detalle del camino que recorrió la damnificada, ver Fernández Nieto, J. (2019). Diligencia debida en violencia de género y errores de la Administración de Justicia: una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. Comentario a la STS de la Sala del Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018. *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 16.

28 También puede incluirse aquí el fallo TEDH. “Case of J.L. v. Italy and Bulgaria” Application N° 5671/16 Court (First Section), 27 de mayo 2021, que incluye estereotipos de género muy patentes, y un caso anterior, ver nota 32, donde se analizan los estereotipos de género y raza en las fuerzas policiales ante una triple interseccionalidad, por tratarse la damnificada de una mujer, menor de edad y perteneciente a una minoría étnica.