

LA DILIGENCIA DEBIDA REFORZADA COMO PARÁMETRO DE MEDICIÓN DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DESDE LA EXPERIENCIA AMERICANA Y EUROPEA¹

SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS

Investigador predoctoral FPU de Derecho penal

Universidad de Cádiz

sergio.delaherran@uca.es

1. APROXIMACIÓN

La mujer ha sido la gran olvidada en la construcción del orden jurídico internacional de los derechos humanos², al menos desde la perspectiva occidental. La creciente preocupación y el cuidado de los derechos humanos desde la mitad del siglo XX en adelante no ha ido evolucionando prelativamente, bien por la invisibilización de determinadas realidades, bien por su normalización social. Así ha sido, al menos, en lo relativo a la violencia contra la mujer. Ha tenido que ser la crudeza revelada por la estadística que analiza el número de mujeres asesinadas y maltratadas la que, junto al movimiento feminista, ha provocado a un cambio de tendencia. Y lo revelado fue tan espeluznante, connatural a la sociedad y globalizado que obligó a que dicho fenómeno fuese atajado desde un prisma internacional, quedando alineado con la importancia que merecen los derechos humanos; o, mejor dicho, incrementándose. En efecto, en este trabajo se estudiará cómo el parámetro de medición tradicional de la respuesta institucional a las violaciones de derechos humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) ha sido la diligencia debida. Sin embargo, a este criterio común se le añade un plus de exigencia definido en el carácter “reforzado” del concepto en la medida en que la violencia de género se acepta como un asunto de derechos humanos que, a mayor abundamiento, necesita de un especial cuidado en su tratamiento. Esto, además, —y ocupa el objeto central de este trabajo— ha venido acompañado de la superación de los criterios normativos que basaban el mandato a los Estados de atender adecuadamente a este fenómeno en instrumentos jurídicos caracterizados por su fragilidad, por su carácter no vinculante o recomendatorio, lo que abocaba finalmente a que una correcta atención legislativa, policial y judicial a las víctimas de violencia de género dependiese de la voluntad de cada Estado en particular. Por fortuna, se convive en la actualidad con acervo jurídico que en este sentido no deja alternativas a los Estados, siendo ya conocidas múltiples condenas a estos por la infracción de los deberes derivados

¹ El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del II Congreso Internacional de la Red Iberoamericana de Estudios Jurídicos 1812, que lleva por título “Combatiendo la violencia contra la mujer: experiencias europeas y americanas”, y financiado a cargo del Plan Estatal de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Universidades.

² FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 30.

de aquel. No es menos cierto, sin embargo, que dichas resoluciones encuentran obstáculos en fase ejecutiva.

En este orden de cosas, hoy en día es indiscutible que el fenómeno de la violencia de género, entendido este en un sentido amplio como cualquier acto de violencia física, psíquica, sexual o económica producida contra una mujer tanto en el ámbito familiar como fuera de él, supone uno de los grandes retos para las democracias actuales, pues con él y, en ocasiones, la inacción de lo institucional, se perpetúa una violación sistémica de derechos humanos³. Y, por tanto, los Estados, más allá de los postulados ideológicos del Gobierno de cada momento, están corresponsabilizados normativamente con la violencia de género, tanto desde el punto de vista de la correcta adaptación a la normativa internacional vigente como en el diseño de las reformas necesarias para posibilitar a las mujeres una vida libre de violencia con mejoras en los sistemas de prevención, detección, sanción y reparación. No obstante, con carácter previo al estudio del contenido de la diligencia debida reforzada en violencia de género resulta imprescindible abordar una aproximación a la articulación normativa que ha permitido establecer criterios válidos para, inclusive, exigir responsabilidad a los Estados en los supuestos de omisión o negligencia en el cumplimiento de sus deberes con este modo de criminalidad.

2. NORMATIVIDAD E INTERÉS ESTATAL EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El interés por parte del poder institucional de los Estados ha experimentado un loable incremento en las últimas décadas en lo relativo a las políticas de igualdad y a la no discriminación por la razón de género. Las distintas legislaciones nacionales han comenzado a incorporar normas relacionadas con la lucha contra la desigualdad y violencia de género. Pero alcanzar esto no ha sido tarea fácil. Si bien hoy en día puede afirmarse que es la integración en organizaciones internacionales de corte planetaria, americana o europea la que exige esta labor desde su acervo normativo, en tiempos pretéritos esto quedaba al albur del compromiso de cada Estado en particular y, en consecuencia, condicionado al posicionamiento ideológico del momento.

En la esfera internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante) consideró desde un primer momento con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 la igualdad y la no discriminación por razón de sexo uno de sus principios ineludibles. Este fue el comienzo de lo que luego ha sido la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (1946) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (1981), más conocida por la CEDAW y que además creaba un Comité encargado de recibir denuncias por violación de los derechos reconocidos por la CEDAW y supervisar la labor de los Estados parte en la implementación de las recomendaciones, de las cuales interesa especialmente la Recomendación General núm. 19 (1992), posteriormente actualizada por la núm. 35 (2017)⁴. Los trabajos que desde este organismo se han realizado siempre se han topado

³ En este sentido, MESTRE CHUST, José Vicente, *Los derechos humanos*, ed. UOC, Barcelona, 2007, págs. 65 y ss.

⁴ Entre otras muchas cosas, esta recomendación identificó la violencia de género como una discriminación por razón de género que afecta o anula el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres, así como empezaba a advertir a los Estados que sería posible atribuirles responsabilidad en

con lo que la doctrina constitucionalista e internacionalista ha considerado su mayor obstáculo, como es el valor jurídico y la débil fuerza vinculante de estos instrumentos⁵, especialmente el derecho a la restitución en fase ejecutiva. Sin embargo, no fue hasta la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993) que no se vinculó el fenómeno de la violencia contra la mujer a las manifestaciones de violación de derechos humanos⁶ y que vino acompañada por primera vez de la exigencia a los Estados de implementar medidas encaminadas a erradicar la violencia contra la mujer. Aquí se encuentra uno de los antecedentes de lo que luego dará lugar al empleo del estándar de la diligencia debida como parámetro de control de la actuación de los Estados en la protección, prevención y represión de actos de violencia contra la mujer. Dos años después se celebró la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing, que, en opinión de ACALE SÁNCHEZ⁷, supuso la apuesta decidida y definitiva por Naciones Unidas en la erradicación de la violencia machista.

Un estudio que trate la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos ha de mencionar los trabajos pergeñados en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA, en adelante), en concreto por la Comisión Interamericana de Mujeres, la cual fue pionera en adoptar un tratado vinculante que reconociese que la violencia contra las mujeres constituía —y constituye— una grave violación de derechos humanos y en diseñar un sistema de obligaciones para los Estados de garantizar y actuar con diligencia debida en la defensa de los derechos que dicho tratado recoge con el objetivo de garantizar una vida libre de violencia a las mujeres. Esto se llevó a cabo en 1994 con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convenio de Belém do Pará, en adelante) y, en consecuencia, ha sido la CIDH el organismo que ha contado más pronto con criterios útiles que han posibilitado desarrollar con mayor detalle y acierto el parámetro de la diligencia debida en violencia de género⁸.

En el espacio europeo, el compromiso con los derechos humanos y con la igualdad se encuentran en las raíces de la formación de Europa. Así, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH, en adelante), junto con los protocolos 7 (1984) y 12 (2008) reconocen como derecho de primer orden el de igualdad y proscriben toda discriminación por razón sexo —aunque hubiese resultado

aquellos casos en que no adoptaran las medidas necesarias para impedir la violación de los derechos reconocidos o para investigar, castigar y sancionar los actos de violencia.

⁵ Así, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, ed. Trotta, Madrid, 1999, págs. 88-95 y 145.

⁶ Discrepante en este punto ALICIA EDWARDS que objeta la titubeante inclusión de la violencia de género en el contexto internacional de violaciones de Derechos Humanos. La autora afirma la necesidad de que la violencia de género se estudie de la mano de la vocación de universalidad demandada por los derechos humanos y denuncia que en esa tarea las mujeres han sido las grandes olvidadas (*Violence against women under International Human Rights Law*, ed. Cambridge University Press, 2011, pág. 7, 22 y ss.).

⁷ *Vid.*, ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 64 y ss.

⁸ Se recomienda la lectura de la Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer elaborada por el Mecanismos de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) que detalla los orígenes y el contenido de esta. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp#herramientas>. Asimismo, FERIA-TINTA, Mónica, «Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica», en *Revista CEJIL*, núm. 3, 2007, págs. 30-45, en la que se analiza la primera sentencia que aplicó el Convenio de Belém do Pará.

más acertado hablar de “género”. Pero sin duda el punto de inflexión llegó con la aprobación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer (Convenio de Estambul, en adelante) en 2011. Este texto, de carácter vinculante, ha sido un antes y un después en la forma en que los Estados parte han afrontado la lucha contra la violencia de género, pues tiene la virtualidad de hacer frente a la violencia de género y a la violencia doméstica desde una misma óptica, es decir, no como formas diferenciadas de violencia, sino reconociendo ambas como tipologías incluidas dentro del amplio catálogo de las manifestaciones de la violencia contra la mujer⁹. Hasta este momento, en puridad, no se había afrontado la violencia contra la mujer de un modo integral, esto es, desde todas las aristas en las que puede revelarse y de los distintos modos de violencia que pueden sufrirse, ya sea la más tradicional de la violencia física o psíquica contra la esposa, pareja o expareja, o la violencia sobre los hijos, la económica o la sexual, mantengan o no vínculos familiares y afectivos previos¹⁰. El texto además obliga a los Estados a enfrentarse holísticamente y con diligencia debida a esta modalidad de violencia y su impacto ha llevado a que se estén dando modificaciones legislativas tendentes a implementar el cambio de perspectiva que plantea. Sin ir más lejos, en España se ha aprobado el Pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017 y otras recientes reformas, como la que en estos momentos se lleva a cabo en el ámbito de la libertad sexual con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual, que incorpora expresas referencias al espíritu del Convenio de Estambul¹¹. Como se ha apuntado, el Convenio de Estambul mandata a los Estados a actuar con diligencia debida, lo que ha permitido al TEDH reforzar y apoyar sus decisiones en ese texto cuando se trata de medir la responsabilidad estatal en supuestos de vulneración de derechos humanos por situaciones de violencia de género.

La Unión Europea, por su parte, no consagró expresamente el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación hasta la aprobación del Tratado de Lisboa¹² (2007). En la actualidad se ha avanzado más con el vigente Tratado de la Unión Europea, que eleva la igualdad a uno de sus valores fundamentales, junto con la dignidad, la democracia y el respeto a los derechos humanos; y se ha incorporado la obligación de incluir la perspectiva de género en todas sus acciones en el Tratado de Funcionamiento de la Unión

⁹ Lo desarrollo más detalladamente en DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, «La intervención estatal en la erradicación de la violencia contra las mujeres como un compromiso con los Derechos Humanos: el caso de España», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. Especial 7, 2021, págs. 8 y ss.

¹⁰ *Vid.*, en extenso el trabajo de GIL RUIZ, Juana María (Dir.), VV.AA., *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminación*, ed. Dykinson, Madrid, 2018.

¹¹ Sobre ambos trabajos pueden leerse las contribuciones de ACALE SÁNCHEZ, María, «Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género», en *Rivista di Diritto penale contemporaneo*, núm. 1, 2018; y «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), PARRILLA VERGARA, Javier, (Coord.), *Mujeres y Derecho: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. Bosch editor, Barcelona, 2020, págs. 215 y ss.

¹² En opinión de ACALE SÁNCHEZ este reconocimiento supone un cambio de paradigma en los objetivos de la Unión, que pasa de ser entendida como un espacio para los comerciantes para ser considerada un espacio para las personas (*Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, ed. Reus, Madrid, 2019, págs. 89 y ss.). Además, otro hecho muy importante ha sido que con este Tratado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ha adquirido el mismo valor jurídico de los Tratados, lo que habilita el TJUE a pronunciarse sobre su contenido y el respeto que hacía ellos tienen los Estados en sus acciones (MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 446).

Europea. Sin embargo, ha sido vacilante en lo que se refiere a la violencia de género, al poner más la atención en otros aspectos como la discriminación laboral¹³, y una vez explorado este camino lo ha hecho a través de las denominadas Resoluciones del Parlamento Europeo y Recomendaciones, cuya naturaleza jurídica se caracteriza, en las primeras, por una obligatoriedad difusa al situarse en el campo de los actos atípicos, y en las segundas por su carácter no vinculante, lo que ha ocasionado que sean instrumentos jurídicos que escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴. Hasta la fecha la contribución más relevante en la materia ha sido la aprobación de la Directiva 2012/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, que establece las normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos¹⁵. No obstante, el pasado 11 de mayo de 2017 el Consejo firmó el Convenio de Estambul. Queda pendiente su ratificación, momento en el que adquirirá vigencia para todos los Estados integrantes de esta organización internacional, inclusive las obligaciones de diligencia debida en violencia contra la mujer¹⁶.

De todo lo visto hasta ahora, se puede concluir que uno de los principales hitos comunes ha sido el de aceptar casi por unanimidad que hablar de violencia de género es hablar de vulneración de derechos humanos y, como tal, no debe existir discusión alguna acerca de su protección al considerarse un derecho de mínimos. Desde esta premisa, no puede soslayarse la “diligencia debida” como estándar de protección internacional de los derechos humanos¹⁷. Pues, en efecto, el concepto de diligencia debida ha coexistido con la expansión y el reforzamiento de las medidas destinadas a proteger derechos humanos y a prevenir su violación. Es un concepto que se proyecta sobre la responsabilidad de las entidades llamadas a observar la pervivencia e indemnidad de aquellos¹⁸. Del mismo modo, los Estados están corresponsabilizados jurídicamente con ellos. Es importante apostillar cómo en la actualidad la respuesta estatal a la violación de derechos humanos proviene de expresos mandatos jurídicos de orden internacional y, en su caso, interamericano o europeo. Y es que, en definitiva, basta hablar de derechos humanos para

¹³ Así se relata en LOUSADA ARCOCHENA, José Fernando, «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género», en *Femeris*, vol. 4, núm. 2, págs. 39-49.

¹⁴ *Cfr.*, MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., págs. 384-385.

¹⁵ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentario a la Ley 4/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 157 y ss.; ACALE SÁNCHEZ, María, *Violencia sexual de género contras las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, cit., págs. 91-95.

¹⁶ Esto se produce como consecuencia del principio de eficacia directa —ya asentado desde la histórica STJUE *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963—, por lo que incluso en aquellos Estados en los que no se haya ratificado el Convenio de Estambul este será plenamente aplicable y exigible. De no haber quedado paralizado el proceso de integración de Turquía en la Unión Europea tras las reticencias que ha mostrado esta por las violaciones de derechos humanos de ese Estado este hubiese sido un buen ejemplo de la fuerza vinculatoria de los principios de eficacia directa después de que Turquía anunciara el pasado marzo de 2021 que abandonaba su adhesión al Convenio de Estambul.

¹⁷ LOZANO CONTRETAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, ed. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 231 y ss.

¹⁸ Véanse, por ejemplo, los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y los Derechos Humanos que establece un elenco de medidas organizativas para la protección, prevención y represión de cualquier atentado contra los DDHH.

Disponibile

en:

https://www.escribnet.org/sites/default/files/human_rights_due_diligence_briefing_paper_first_draft_sept_2015_-_span.pdf

comprender incluida la violencia contra la mujer, pues como se ha visto la ONU, la OEA o el Consejo de Europa consensuan que la violencia de género es la manifestación más patente de violación de Derechos Humanos. Sin ir más lejos, ONU Mujeres ha cifrado que la violencia por razón de género afecta al 35% de la población mundial femenina, cifras que se incrementan hasta el 70% en el ámbito familiar. La especial atención a la violencia de género desde el prisma de los derechos humanos reconocidos internacionalmente ha venido propiciada cuantitativa y cualitativamente por la crudeza de la realidad del fenómeno, lo que ha hecho que las normas hayan exigido un interés por parte de los Estados en un correcto tratamiento de las situaciones de violencia de género y una lucha constante en busca de la erradicación de este fenómeno criminal.

3. LA DILIGENCIA DEBIDA REFORZADA COMO PARÁMETRO DE MEDICIÓN DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

3.1. El estándar de diligencia debida en el marco de los derechos humanos

No es fácil formular un concepto clarificador de la diligencia debida, pero se puede asentar desde el principio que parece estar asumido que es el parámetro de medición adecuado para evaluar la responsabilidad del Estado en casos de violencia de género.

De la mano de los parámetros de la diligencia debida, los avances logrados han llegado al punto de que hoy en día los Estados están sujetos a responsabilidad por violaciones directas, indirectas u omisivas de derechos humanos y, de un modo expreso, de aquellos atentados que afectan a las mujeres en un contexto de discriminación histórica y subordinación respecto al hombre. A través de este instrumento de valoración los organismos jurisdiccionales —CIDH y TEDH principalmente— han comenzado a imponer condenas por falta de diligencia debida bien por la ausencia de medidas de prevención o bien por la ausencia o deficiencia en la investigación y reparación de perpetración de estas violaciones.

La llegada de la diligencia debida como parámetro de medición de la respuesta estatal a la violencia de género no puede comprenderse sin acentuar, de nuevo, la afirmación de que este no es sino un supuesto de violación de derechos humanos. Y ahí reside su antecedente. En efecto, este ha sido el criterio seguido históricamente para atribuir responsabilidad estatal por violar obligaciones internacionales de proteger, prevenir y reprimir actos que lesionen bienes o intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico internacional. La diligencia debida, en este caso, opera en un doble sentido: a) por los denominados «hechos de Estado», es decir, por actos emanados del poder público y agentes estatales¹⁹; b) por actos de agentes no estatales en los que el Estado no previó, investigó o resarcó dicha lesión²⁰.

¹⁹ LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, cit., págs. 70-99

²⁰ GÓMEZ RESTREPO, Alejandro, HERRERA TOVAR, Diana Fernanda, «La debida diligencia judicial y la protección de los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia», en *Revista Iustitia*, núm. 16, 2018, pág. 89.

En este sentido, han tenido la oportunidad de pronunciarse tanto la CIDH como el TEDH. El primero de ellos fue pionero en determinar por primera vez bajo el parámetro de la diligencia debida la responsabilidad internacional de un Estado por actos de agentes no estatales en el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras* en 1988 por la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones para la prevención de violaciones de derechos humanos²¹, y así lo ha venido luego reafirmando constantemente²² con un desarrollo jurisprudencial que asocia los deberes de investigación y sanción de violaciones de derechos humanos a la protección de derechos como la vida²³, la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas²⁴. Por su parte, el TEDH también se ha pronunciado en el doble sentido indicado anteriormente, es decir, ha asentado su jurisprudencia en la existencia de un deber de abstención, que obliga a las autoridades y órganos estatales a no vulnerar los derechos reconocidos en el CEDH, y un deber de protección que obliga a prevenir, perseguir y reprimir este tipo de conductas²⁵.

Otro aspecto de interés desde la óptica propuesta de este trabajo es el que pese a ser órganos que extienden su jurisdicción sobre territorios diferentes no es infrecuente localizar continuas referencias a la jurisprudencia de uno y otro órgano. Esto propicia que pueda hablarse de la construcción de una teoría de los derechos humanos planetaria, cuya validez es extensible a los hechos sucedidos en Centroamérica o en el continente europeo o asiático. No obstante, pese al refrendo que realiza el CIDH de sus posiciones con las del TEDH²⁶, se coincide con LOZANO CONTRERAS²⁷ cuando señala que la CIDH ha demostrado un mejor manejo en el alcance de los deberes de prevención y represión impuestos por la diligencia debida, y como se verá a continuación, eso se reflejará también en el ámbito de la violencia de género, no solo por la existencia de una legislación mucho más detallada en el desarrollo del contenido de la debida diligencia, sino por una adecuación más acertada y pronta de la perspectiva de género en asuntos de este calado. Mientras que el TEDH no afrontó la violencia contra la mujer de un modo

²¹ DE LEÓN, Guisela, KRSTICEVIC, Viviana, OBANDO, Luis, *Debida diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, ed. CEJIL, Argentina, 2010, pág. 2. Este caso fue sometido a la CIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en abril de 1996 tras la interposición de una denuncia contra el Estado de Honduras por la desaparición y asesinato de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez a manos de miembros de la Dirección Nacional de Investigación e Inteligencia de las fuerzas armadas hondureñas.

²² Vid., SCIDH *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*; o *Bulacio c. Argentina* de 18 de septiembre de 2003.

²³ SCIDH *Ximenes Lopez c. Brasil*, de 4 de julio de 2006; *Comunidad Indígena Swahytamaxa c. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006; *Caso Masacre Pueblo Bello c. Colombia*, de 31 de enero de 2006.

²⁴ SCIDH *Caso de la Masacre de la Rochela c. Colombia*, de 11 de mayo de 2007.

²⁵ Así lo hizo por primera vez en el asunto *Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1988. Aunque la sentencia resultó absolutoria para el Estado, el TEDH admitió que las obligaciones de prevención y presión estaban implícitamente contempladas en el Convenio y que su incumplimiento estaba sometido a la posible declaración de responsabilidad del Estado. Posteriormente, en el asunto *Mahmut Haya c. Turquía* de 28 de marzo de 2000, el TEDH, en aplicación de lo que ya venía indicando, condenó al Estado de Turquía por no hacer lo que razonablemente se esperaba para prevenir el secuestro, tortura y asesinato de Hasan Kaya y no investigar adecuadamente los hechos. En similar sentido, se pronunció en el asunto *Akkoc c. Turquía*, de 10 de octubre de 2000. Para más detalle, léase LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, cit., págs. 242-250.

²⁶ Entre otros, en el asunto *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia* ya indicado.

²⁷ *Cfr.*, LOZANO CONTRERAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, cit., págs. 258.

individualizado, sin tener en consideración los factores socioculturales que propician y sistematizan esta clase de violencia, hasta la STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009, la CIDH ya avanzó en esta línea en su sentencia de 25 de noviembre de 2006 en el caso *Miguel Castro Castro c. Perú*²⁸, aunque ya con anterioridad, en el año 2001, había emitido informe relativo al caso *María da Penha Maia Fernandes* en el que reconocía que las mujeres sufrían una especial discriminación por parte de los sistemas institucionales y judiciales precisamente por no ser capaces de adecuar su actuación a la especificidad del fenómeno²⁹.

La utilidad del criterio empleado para valorar el grado de responsabilidad de los Estados en supuestos de violación de derechos humanos lleva a extrapolarlo a aquellos casos en que los hechos sean de violencia contra la mujer. Esta conclusión se alcanza, como no puede ser de otro modo, después de que, como se estudió, todos los organismos internacionales —ONU, OIE, Consejo Europeo, Unión Europea— y su acervo normativo hayan admitido que la violencia contra la mujer es una de las mayores manifestaciones de atentado contra los derechos humanos a la que se asiste aún en la actualidad. La conclusión de que esta modalidad de violencia no es más que una tipología de todas las que se subsumen dentro del amplio género de los derechos humanos ha obligado a que sea ese y no otro el criterio de valoración utilizado para medir la responsabilidad en la que los Estados pueden incurrir en los casos de atención deficiente o negligente a supuestos de violencia de género³⁰, y así se aplica por parte de la CEDAW, el CIDH, el TEDH y los organismos jurisdiccionales nacionales, como sucede en España. A mayor abundamiento, se asegurará que no solo basta con la diligencia debida tradicional, sino que será necesaria la exigencia de un deber *reforzado* de diligencia debida para el Estado en violencia contra la mujer después de incorporar la perspectiva de género al análisis.

3.2. Experiencia americana: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En efecto, como se decía con anterioridad, la contribución de la CIDH a la edificación del estándar de diligencia debida en derechos humanos es muy sustanciosa. Y así lo ha mantenido cuando se ha tratado de proteger los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia. Se ha visto ya cómo fue pionero este órgano tanto en el uso de la debida diligencia como parámetro de medición de la responsabilidad estatal por la falta de prevención en la violación de derechos humanos —SCIDH, *Velásquez Rodríguez c.*

²⁸ Sin embargo, tampoco se ha sustraído a las críticas que objetan a la Corte que haya tardado más de 20 años desde la aprobación del Convenio de Belém do Pará en incorporar al enjuiciamiento la perspectiva de género que ahí se contiene. En este sentido, es crítico, VOLGELFANGER, Alan Diego, «El deber de prevención en casos de violencia de género: desde “Campo Algodonero” hasta “Veliz Franco”», en *Eunomía*, Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, pág. 52.

²⁹ CIDH, Informe Núm. 54/01, caso 12.051, *María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, de 16 de abril de 2001. Posteriormente lo ha venido manteniendo, en casos como los sustanciados en las sentencias *Fernández Ortega y otros c. México*, de 30 de agosto de 2010 o *Rosendo Cantú y otra c. México*, de 31 de agosto de 2010.

³⁰ En el mismo sentido, CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny, «Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes», en BLANC ALTEMIR, Antonio (Dir.), VV.AA., *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 313.

Honduras, de 29 de julio de 1988— como en la incorporación de la perspectiva de género al estudio, análisis y enjuiciamiento de casos de violencia sistémica contra la mujer —SCIDH *Miguel Castro Castro c. Perú*, de 25 de noviembre de 2006. No obstante, en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad del Estado por actos de terceros y deber de prevención no fue hasta el año 2009, en el caso Campo Algodonero, que combinó ambos aspectos en el enjuiciamiento de un mismo asunto³¹.

Con la sentencia *González y otras c. México* (‘Caso Algodonero’), de 16 de noviembre de 2009, la CIDH determina por primera vez la responsabilidad de un Estado, México, por la infracción del deber de prevención e investigación que exigía la diligencia debida en un supuesto de violencia sexual de género. Las instituciones mexicanas, después de recibir la denuncia de desaparición de tres jóvenes, no llevaron a cabo actuación alguna bajo la creencia de que se habían marchado voluntariamente con un hombre. Lo más trascendente de la sentencia es que incorpora en el enjuiciamiento la perspectiva de género al reprochar que su decisión formaba parte de los estereotipos de género y concluye infiriendo que en estos casos se está en presencia de una obligación *reforzada* de diligencia debida precisamente por las exigencias que desprende el Convenio de Belém do Pará³². Es decir, y ahí se halla el elemento nuclear de la cuestión, es la perspectiva de género la que eleva las exigencias de la diligencia debida tradicional que se aplicaba en materia de derechos humanos, pues, como dice la sentencia, «*en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará*» (párr. 258).

Esta sentencia delimita el contenido de la diligencia debida reforzada en violencia de género al considerar que el Estado tiene una obligación *ex ante* que debe desenvolverse en el campo de la acción legislativa y una *ex post* que se materializa en las labores de investigación, persecución y reparación que se derive de los hechos que, en su caso, acontezcan. En este sentido, continúa matizando la CIDH, la responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales no es ilimitado, sino que se ha de determinar en función del conocimiento del riesgo real o inmediato para las víctimas³³, pues es del único modo en que puede concretarse los deberes de diligencia debida a los que el Estado está llamado a integrar. A partir de esta verificación, la responsabilidad del Estado puede apreciarse, en primer lugar, por una ausencia de política de género, en los casos de falta de adopción

³¹ Sobre esta confluencia CALDERÓN CAMBOA, Jorge, RECINOS, Julie Diane, «La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala y Espinoza Gonzáles Vs. Perú», en PARRA VERA et al. (Eds.), *La lucha por los Derechos Humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 405-434.

³² *Vid.*, el análisis sobre la dimensión histórica y social de la violencia contra la mujer en el maso del deber de prevención que se hace en MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón, VEGA BARBOSA, Giovanni, «La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género», en *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2019, págs. 344-348.

³³ SCIDH, *González y otras c. México*, de 16 de noviembre de 2009 (Párr. 282); En opinión de MARTÍNEZ VARGAS y VEGA BARBOSA la denuncia surge como el factor que determina la concreción de los deberes de prevención del Estado, de tal manera que permite exigirle una actuación particular de protección como medida de prevención («La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género», cit., pág. 352).

de un marco jurídico de protección adecuado, con medidas concretas de prevención que aglutinen el reconocimiento del género como un factor de victimización con connotaciones propias; y en segundo lugar, por la falta de respuesta de las autoridades estatales en la protección de las víctimas, investigación de los hechos, así como en la denegación de la justicia o la falta de reparación adecuada. Así pues, en la SCIDH *Veliz Franco y otros c. Guatemala*, de 19 de mayo de 2014, se avanza un poco más en el segundo de los ámbitos de responsabilidad y se analiza la posible vinculación causal que, de algún modo, pudiera darse entre el incumplimiento de las autoridades estatales en el establecimiento de medidas de prevención e investigación efectiva de una denuncia inicial por desaparición y la posterior muerte. La Corte alcanza la conclusión de que el Estado de Guatemala era responsable de infringir los deberes de diligencia debida al no actuar cuando recibió la denuncia de la desaparición, reprochando a las autoridades que en caso de haber llevado a cabo una investigación eficaz se hubiese contribuido a disminuir el riesgo de muerte. De hecho, apostilla, la no investigación vedaba cualquier posibilidad de saber si la víctima estaba muerta al momento de la denuncia. Caso parecido sucede en el *caso Velázquez Paiz y otros c. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 2015, en el que además la CIDH vincula la falta de implementación de las medidas necesarias requeridas por el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 7 del Convenio de Belém do Pará a la imposibilidad de prevenir e investigar adecuadamente unos hechos que se insertan en un contexto de violencia contra la mujer.

En todos estos casos, y en sucesivos, la CIDH ha ordenado a capacitar a sus funcionarios en la materia, así como crear o adecuar sus protocolos a los estándares internacionales en esta clase de violencia. Especialmente significativo ha sido la obligación a los Estados a diseñar programas educativos dirigidos a la erradicación de los estereotipos de género y la violencia³⁴.

3.3. Experiencia europea: referencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Por su parte, desde Europa los trabajos han llegado, en su gran mayoría, desde el TEDH. Sin embargo, tradicionalmente se le ha objetado ser ciertamente reticente en su jurisprudencia a impulsar la igualdad de género y la no discriminación por razón de género. Sin embargo, se coincide con CARMONA CUENCA³⁵ cuando señala que en los últimos años se ha asistido a un avance muy positivo en favor ya no solo de analizar la actuación de los Estados como entes generadores de violencia o discriminación directa, sino también las indirectas, así como la diligencia debida en la aprobación de medidas de acción positiva para luchar contra la violencia de género; en definitiva, se está evaluando su compromiso con el derecho humano a la igualdad de género y la no discriminación.

³⁴ CALDERÓN CAMBOA, Jorge, RECINOS, Julie Diane, «La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos *Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala* y *Espinoza González Vs. Perú*», cit., págs. 405-434.

³⁵ *Vid.*, CARMONA CUENCA, Encarna, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pág. 298.

Las vacilaciones jurisprudenciales del TEDH en violencia de género y doméstica traen causa en la ausencia de perspectiva de género hasta la sentencia *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009³⁶. Hasta esta sentencia, el TEDH había afrontado la violencia contra la mujer de un modo individualizado y no como un problema social internacionalizado, sin tener en consideración los factores socioculturales que propician y perpetúan esta clase de violencia³⁷. Hasta ese momento los asuntos sometidos a su conocimiento relativos a violencia doméstica o contra la mujer habían sido vistos desde el estricto desvalor del resultado, esto es, desde el contenido del derecho a la vida (art. 2 CEDH) o la integridad física y moral (art. 3 CEDH), sin relacionar estos dos con el derecho antidiscriminatorio (art. 14 CEDH)³⁸.

Sin embargo, con el logro de incorporar el art. 14 del CEDH al enjuiciamiento de la casuística del género se consigue valorar la responsabilidad de los Estados de un modo bifronte: en primer lugar, desde la exigencia histórica del estricto respeto a los derechos y libertades consagradas en el texto, esto es, a no generar discriminaciones directas o indirectas ya sea a través de sus agentes o con el contenido de sus normas; y, en segundo lugar, y he aquí la novedad, desde las exigencias de la acción positiva a la que están llamados. Es decir, los Estados no solo deben abstenerse de toda posible injerencia, sino que están obligados a establecer sistemas efectivos de protección de las víctimas y prevención y persecución del delito, lo que requiere un esfuerzo reforzado precisamente por la representación de la mujer como parte de un colectivo históricamente discriminado³⁹. A colación de esto último, y pese a que el art. 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 ya mencionaba en su apartado c) que con el fin de eliminar la violencia contra la mujer debían «*proceder con la diligencia debida a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación, nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer [...]*», hay que señalar la gran contribución del TEDH, iniciada en la sentencia *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009, en el desarrollo y positivación de dicho deber, que luego se ha reflejado en la regulación del Convenio de Estambul.

En definitiva, el deber de diligencia que recae sobre los Estados busca eliminar cualquier resquicio de pasividad, omisión o negligencia en las labores de prevención y protección (SSTEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009; *M.G. c. Turquía*, de 22 de marzo de 2016), incluidas las labores de investigación judicial y policial (STEDH *Talpis c. Italia* de 2 de marzo de 2017). Deber que, como reseña la Sentencia del TEDH en el asunto

³⁶ Esta sentencia tiene el mérito de entroncar la violencia de género bajo el paraguas de los derechos humanos, así como insiste en las obligaciones de los Estados de diseñar medidas de protección para las víctimas. Se analiza pormenorizadamente en LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, Eugenia, «Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2009, págs. 383-411.

³⁷ *Cfr.*, CARMONA CUENCA, Encarna, «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, págs. 324-328.

³⁸ En este sentido, SSTEDH *Kontrová c. Eslovaquia*, de 31 de mayo de 2007; *Branko Tomasic c. Croacia*, de 15 de enero de 2009.

³⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, Eugenia, «Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos», *cit.*, págs. 384-389.

Talpis c. Italia, es exigible más allá de toda duda al haber quedado normativizado en el art. 5 del Convenio de Estambul bajo el título «*Obligaciones del Estado y diligencia debida*»⁴⁰. Finalmente, en el recorrido jurisprudencial del TEDH conviene resaltar la sentencia *Volodina c. Russia*, de 9 de julio de 2019, que condena al Estado Ruso tanto por una inadecuada protección a una víctima de violencia doméstica, como por la ausencia de un concepto que defina la violencia doméstica y que, a mayor abundamiento, reconozca el carácter sistémico de esta violencia que sufren, con connotaciones propias, las mujeres en exclusiva. Hay que subrayar que hasta ahora no se ha localizado una sentencia que con tanta rotundidad considere que conculca derechos humanos una legislación nacional que no acoja un concepto específico y adecuado de violencia de género.

3.4. Recepción española

En los últimos tiempos se observa una tendencia favorable en el ámbito de la determinación de la responsabilidad del Estado español por actuaciones negligentes de sus agentes institucionales, policiales o judiciales en situaciones de violencia contra la mujer, para lo que trae a colación todo el constructo teórico internacional de los derechos humanos del género. Además, esta buena evolución no solo se percibe en la esfera judicial, sino que algunas de las reformas que en la actualidad se discuten inciden en mejorar estos aspectos, muchos de los cuales hasta ahora erraban en su configuración, como ha sido ya advertido, entre otros organismos, por el Comité de la CEDAW⁴¹, que reprocha a España la regulación del concepto de violencia de género, al circunscribirse al ámbito familiar y de la relación de pareja, dejando fuera otras manifestaciones de esa violencia que normalmente se reproducen por parte de desconocidos o con los que existen vínculos distintos a los de parentesco y/o afectividad. Esta crítica, en puridad, conecta con las tradicionales⁴² a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Integrales contra la violencia de género, lo que pone de manifiesto que hasta este momento el legislador no se ha esforzado por corregirlos. No obstante, estos defectos han recibido respuesta en el ámbito del Pacto de Estado Español contra la violencia de género firmado en 2017, cuyas propuestas 84, 85 y 86⁴³ preconizan una posible ampliación del concepto de violencia contra las mujeres en sintonía con el mandato que desprende el

⁴⁰ Artículo 5 — Obligaciones del Estado y diligencia debida: «1. Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta legislación. 2. Las partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de la aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales».

⁴¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 de 29 de julio de 2017, párr. 20,

⁴² En este sentido, MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006, págs. 4 y ss.

⁴³ Pueden verse las propuestas 84, 85 y 86 del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 8 de agosto de 2017, núm. 200, o en el documento refundido del Ministerio de Igualdad.

Disponible en: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/igualdad/ficheros/PactodeEstado.pdf>

Convenio de Estambul y el derecho internacional de los derechos humanos. Empero se ha echado en falta la incorporación, precisamente, de medidas expresas de diligencia debida en violencia de género. De hecho, la representante de Amnistía Internacional, en su comparecencia ante la Subcomisión del Pacto de Estado el 9 de mayo de 2019, advirtió de esta escasa y errática regulación con omisiones normativas especialmente en el ámbito de la reparación.

Con mayor optimismo se asiste a la tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual presentado por el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España el pasado marzo de 2020. Este proyecto reconoce la violencia sexual como una de las múltiples caras de una violencia de género poliédrica⁴⁴. Son muchos los cambios que propone el texto, pero en los términos que aquí interesan resulta muy novedosa la positivación expresa de la diligencia debida frente a la violencia contra la mujer. La Exposición de Motivos apoya la justificación de esta medida en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España⁴⁵.

A continuación, el art. 2.2 establece que uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos es el de «diligencia debida», para lo que «la respuesta ante las violencias sexuales se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional tales como la prevención, protección, asistencia, reparación a las víctimas y promoción de la justicia, y estará encaminada a garantizar el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos». En definitiva, la necesidad de abordar el fenómeno de la violencia sexual desde la óptica que en este anteproyecto se procura responde a uno de los deberes de diligencia debida de España con los derechos humanos. Así lo tiene asentado el TEDH cuando en el asunto *MC c. Bulgaria*, de 4 de diciembre de 2003, determinó la obligación de los Estados de tipificar e investigar adecuadamente la violencia sexual en el sentido que ahora se ofrece.

Se comienza así a encajar en las nuevas regulaciones las exigencias tradicionales internacionales en materia de derechos humanos, avances que coinciden con el reconocimiento que ya vienen incorporando paulatinamente los Tribunales españoles. En este sentido, resultan de interés algunos recientes pronunciamientos que visibilizan la recepción de la diligencia debida en nuestro país. La primera resolución que en este

⁴⁴ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, «La visibilización de la violencia sexual como una modalidad de violencia de género», en BUSTOS RUBIO, Miguel, ABADÍAS SELMA, Alfredo (Dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años en el Código Penal (2010-2020)*, ed. Bosch, Barcelona, 2020, págs. 341-355.

⁴⁵ «Esta ley orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales integrándose también en la política exterior española, y siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia».

sentido hay que mencionar es la STC 87/2020, de 20 de julio, en la que el Constitucional ha dictaminado a favor de considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de una víctima de violencia de género por una deficiente investigación en el curso de un proceso penal por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Madrid que desembocó en un sobreseimiento provisional prematuro. Esta sentencia es muy importante al abordar un extremo procesal sobre el que hasta ahora no había doctrina constitucional —núcleo de la especial trascendencia constitucional— como es la necesidad de establecer un deber reforzado de investigación judicial y motivación en las resoluciones judiciales recaídas en procedimientos relacionados con violencia de género. Lo más llamativo de esta sentencia es que el TC, para fundamentar su postura, acoge todo el conglomerado jurídico de los derechos humanos del género —tanto de orden internacional como europeo— y con esa vocación lleva a cabo el estudio del caso. Desde el entendimiento del TC de que «*su erradicación [de la violencia de género] desencadena obligaciones positivas para los Estados, que deben tomar las medidas necesarias para proveer una protección efectiva de quienes sufran violencia basada en su género, incluyendo sanciones penales, remedios civiles y provisiones compensatorias para su protección frente a todo tipo de violencia*», se señala que no se agota el compromiso de los Estados con la implementación y supervisión de los instrumentos, sino que también se exige actuar con un deber de diligencia reforzado en las tareas de investigación, persecución y protección de las víctimas. Es por ello por lo que considera que esas exigencias son extensibles a sus agentes —judiciales, policiales, asistenciales, etc.— y organismos y que su actuación ha de ser reforzadamente diligente en violencia de género, precisamente por tratarse de una cuestión que compromete la propia pervivencia de los derechos humanos.

Por su parte, la STS, Sala Cuarta, 1263/2018, de 17 de julio, condena al Ministerio de Justicia del Gobierno de España como administración pública patrimonialmente responsable del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por el incumplimiento de la resolución emitida por el Dictamen del Comité de la CEDAW⁴⁶. En efecto, esta sentencia casa y anula la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 que desestimaba la pretensión de la víctima de hacer efectivo el Dictamen de la ONU que da por acreditado la vulneración de sus derechos por no haber sido debidamente restituida después del asesinato de su hija a manos del marido de aquella y padre de esta, y que se perpetró como consecuencia de la falta de diligencia debida por parte de las autoridades españolas en un contexto de violencia doméstica prolongado en el tiempo. Esta sentencia tiene la virtualidad de poner a disposición de las víctimas un canal *extra legem* por la que hacer efectiva las resoluciones del organismo supremo de la CEDAW. La Audiencia Nacional basa su rechazo, fundamentalmente, en la ausencia de un procedimiento que posibilite la eficacia ejecutiva de los dictámenes de la CEDAW. El TS reprocha esta argumentación y hace válida toda la normativa internacional en materia de violencia contra la mujer por ser, en definitiva, una violación de derechos humanos y, en consonancia, dice el Alto

⁴⁶ Muy detalladamente, HERNÁNDEZ LLINÁS, Laura, «Hijos e hijas de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018», en DEL POZO PÉREZ, Marta (Dir.), BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.), GONZÁLEZ MONJE, Alicia (Coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, ed. Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 171 y ss.

Tribunal, «*La conculcación de [los] derechos humanos, también puede constituir una lesión de [los] derechos fundamentales que debe ser examinada y en su caso reparada por los Jueces y Tribunales españoles*». El TS avala lo que ya se apuntaba con anterioridad y es que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España y los dictámenes y resoluciones dimanantes de órganos creados por estos tienen plena eficacia y vinculación en el ordenamiento jurídico interno receptor; y no solo eso, sino que además prevalece respecto a aquellas otras normas que omitan o incumplan las obligaciones derivadas de aquellos⁴⁷. Concluye el Supremo, en este sentido, que habida cuenta de la delicada materia de que se trata no puede perpetuarse una violación de derechos humanos y, por ende, de derechos fundamentales bajo el inane argumento de la ausencia de cauces procedimentales tendentes a lograr su eficacia —lo que ya supone una grave infracción del Estado español de la diligencia debida en violencia de género— y que, por tanto, la declaración de la CEDAW es título bastante para completar las exigencias de una declaración patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En otro orden de cosas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2020 (núm. Recurso 2187/2019) condena al Ministerio del Interior como órgano administrativo patrimonialmente responsable del error cometido por la Guardia Civil en la valoración del riesgo de una víctima de violencia de género que motivó la denegación de la orden de protección y que resultó un factor decisivo en el asesinato un mes después de la interposición de la denuncia. La víctima, dominicana, madre de dos hijos pequeños y sin alternativa socioeconómica ni familiares, interpuso denuncia después de haber soportado vejaciones, amenazas de muerte, agresiones físicas y verbales continuadas y violaciones en distintas ocasiones. Presentaba parte de facultativo de lesiones y solicitó una orden de protección, que fue denegada judicialmente después de que la Guardia Civil valorara el riesgo como «*no apreciado*». La Audiencia Nacional, que conocía del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que desestimaba la reclamación en vía administrativa por el funcionamiento anormal de la Guardia Civil, consideró que, en efecto, una adecuada valoración de la situación de violencia habría motivado la prestación de una orden de protección que con alta probabilidad habría evitado el resultado de muerte, dando lugar a la relación de causalidad entre la actuación negligente de la Guardia Civil y el asesinato. Reprocha la Audiencia Nacional a la Guardia Civil la falta de sensibilidad y, especialmente, la errática decisión, pues había información objetiva suficiente, dice la sentencia, para que el «*riesgo hubiera sido, no ya “medio”, sino “alto” o “extremo”*»⁴⁸. Finaliza la sentencia asegurando que la Guardia Civil ha incumplido sus propios protocolos que reclaman tener en cuenta una serie de factores referidos a las particularidades de esta clase de violencia⁴⁹, lo que «*resulta tanto más grave*

⁴⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, «La aplicación en España de los dictámenes de los comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10-2, págs. 836 y ss.

⁴⁸ Crítico con la falta de formación, capacitación y sensibilización de las unidades de policía y guardia civil VÁZQUEZ SALGADO, Inspector-Jefe de la Brigada de Policía Judicial de Santiago de Compostela («Protocolos de actuación policial ante la violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M.^a Ángeles (Coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2011, pág. 206.

⁴⁹ Así, entre otros, Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

considerando una muy preocupante realidad que, fruto de la alarma social que provoca y el firme compromiso de la sociedad para combatir la lacra de la violencia de género, reclama una particular diligencia de todos los operadores involucrados», concluye la Sala.

4. REFLEXIÓN FINAL

NURIA VALERA, en su ampliamente divulgado *Feminismo para principiantes*, afirma que «Transformar el concepto de derechos humanos desde una perspectiva feminista pasar por una afirmación tan obvia como utópica: los derechos de las mujeres son derechos humanos»⁵⁰. En efecto. Y es que la incorporación del carácter “reforzado” a la tradicional diligencia debida que se exige en todo aquello que afecte a derechos humanos es el resultado de la integración de la perspectiva de género, es decir, de la aceptación de la especial vulnerabilidad de este sector de la población por razones que escapan a su control, y esa potencial exposición a la lesión de sus derechos necesita de medidas especiales y de una atención reforzada y cuidada por parte de las instituciones.

Esto ha llegado como una exigencia normativa proveniente de instancias internacionales como la CEDAW⁵¹, a la que posteriormente se le han agregado organismos como la OIE, la CIDH, el Consejo de Europa y el TEDH. El que haya pasado a ser una obligación jurídica con trascendencia internacional trae causa en la desconfianza generada tras años de tratamiento sesgado y sin tener en consideración los roles sociales y culturales que abocaban a las mujeres a pasar por el hecho violento y, luego, por la violencia institucional⁵². Afortunadamente, como este estudio ha puesto de manifiesto, algunas de esas deficiencias han sido detectadas y se han puesto en marcha las medidas necesarias para su solución. No obstante, aún falta mucho por hacer, especialmente en la fase de ejecución de las resoluciones que determinan la responsabilidad de los Estados o de las Administraciones Públicas, como bien se ha podido ver con las emitidas por la CEDAW o el TEDH. Una normativa cuyo estricto carácter vinculante y obligatorio no va acompañada de un mecanismo de garantía de dicho cumplimiento difumina el contenido de aquellas, por lo que es ahí dónde han de concentrarse los esfuerzos.

La obligatoriedad en la ejecución de las sentencias del TEDH asumida por Tribunal Constitucional junto con la vinculación a las resoluciones de la CEDAW a la que aludía el Tribunal Supremo son muy esperanzadoras. En esta línea se puede caminar hacia el reforzamiento de lo que debe ser un sistema a la vanguardia del *checks and balances* en

⁵⁰ VALERA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, ed. Peguin Random, Barcelona, 2019, pág. 252.

⁵¹ La Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer ya obligaba a los Estados en su art. 4.c) a proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se tratar de actor perpetrados por el Estado o por particulares. En concreto, la Recomendación General núm. 19 y 28 advirtió de la posibilidad de atribuir responsabilidad a los Estados en caso de omitir la adopción de medidas con diligencia debida para impedir, investigar, castigar y reparar la violencia contra la mujer.

⁵² Esto de la violencia institucional por un inadecuado tratamiento de la violencia de género sucede hoy en día con el reconocimiento de derechos procesales a las víctimas, como la dispensa del deber de declarar. En este sentido, se ha discutido mucho sobre el alcance de la revictimización que en el proceso puede darse. Me detengo en la cuestión en DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, «A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 23, 2020, págs. 45-66.

materia de derechos humanos. En definitiva, avanzar hacia lo que ya alguna CARMONA CUENTA⁵³ preconizaba como un auténtico *Ius Publicum Europeum* en materia de derechos y libertades, para lo que a su vez puede resultar muy útil la fertilización cruzada jurisprudencial con la CIDH⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006

- «Aspectos penales del Pacto de Estado español contra la violencia de género», en *Rivista di Diritto penale contemporaneo*, núm. 1, 2018
- *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, ed. Reus, Madrid, 2019
- «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (Dir.), PARRILLA VERGARA, Javier, (Coord.), *Mujeres y Derecho: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. Bosch editor, Barcelona, 2020
- «El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, OLAIZOLA NOGALES, Inés, TRAPERO BARREALES, María Anunciación, ROSO CAÑADILLAS, Raquel, LOMBANA VILLALBA, Jaime Augusto, (Dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, ed. Reus, Madrid, 2020
- «La visibilización de la violencia sexual como una modalidad de violencia de género», en BUSTOS RUBIO, Miguel, ABADÍAS SELMA, Alfredo (Dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años en el Código Penal (2010-2020)*, ed. Bosch, Barcelona, 2020

CALDERÓN CAMBOA, Jorge, RECINOS, Julie Diane, «La perspectiva de género en casos de violencia sexual en conflicto armado: aportes de las Sentencias de la Corte IDH en los casos Las Masacres de las dos Erres Vs. Guatemala y Espinoza González Vs. Perú», en PARRA VERA et al. (Eds.), *La lucha por los Derechos Humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

CARMONA CUENCA, Encarna, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015

- «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», en *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018

⁵³ CARMONA CUENCA, Encarna, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., pág. 299.

⁵⁴ Ampliamente, MACULAN, Elena, «La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana», en GIL GIL, Alicia, (Dir.), MACULAN, Elena, (Coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacional*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 69-144

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, ed. Trotta, Madrid, 1999

CÁSTOR VÁZQUEZ SALGADO, Juan, «Protocolos de actuación policial ante la violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M.^a Ángeles (Coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2011

DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio, «A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 23, 2020

— «La intervención estatal en la erradicación de la violencia contra las mujeres como un compromiso con los Derechos Humanos: el caso de España», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. Especial 7, 2021

DE LEÓN, Guisela, KRSTICEVIC, Viviana, OBANDO, Luis, *Debida diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, ed. CEJIL, Argentina, 2010

EDWARDS, Alice, *Violence against women under International Human Rights Law*, ed. Cambridge University Press, 2011

FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, ed. Tecnos, Madrid, 2003

GIL RUIZ, Juana María (Dir.), VV.AA., *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminación*, ed. Dykinson, Madrid, 2018

GÓMEZ RESTREPO, Alejandro, HERRERA TOVAR, Diana Fernanda, «La debida diligencia judicial y la protección de los derechos humanos de las mujeres en contextos de violencia», en *Revista Iustitia*, núm. 16, 2018

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, «La aplicación en España de los dictámenes de los comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10-2

HERNÁNDEZ LLINÁS, Laura, «Hijos e hijas de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018», en DEL POZO PÉREZ, Marta (Dir.), BUJOSA VADELL, Lorenzo (Dir.), GONZÁLEZ MONJE, Alicia (Coord.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, ed. Aranzadi, Navarra, 2019

LÓPEZ-JAICOSTE DÍAZ, Eugenia, «Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2009

LOUSADA ARCOCHENA, José Fernando, «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género», en *Femeris*, vol. 4, núm. 2

LOZANO CONTRETAS, José Fernando, *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, ed. Atelier, Barcelona, 2007

MACULAN, Elena, «La fertilización cruzada jurisprudencial y los modelos de responsabilidad. Acordes y desacuerdos en la jurisprudencia latinoamericana», en GIL GIL, Alicia, (Dir.), MACULAN, Elena, (Coord.), *Intervención delictiva y derecho penal*

internacional: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacional, ed. Dykinson, Madrid, 2013

MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Tecnos, Madrid, 2015

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 2006

MARTÍNEZ VARGAS, Juan Ramón, VEGA BARBOSA, Giovanni, «La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género», en *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2019

MESTRE CHUST, José Vicente, *Los derechos humanos*, ed. UOC, Barcelona, 2007

VALERA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, ed. Peguin Random, Barcelona, 2019

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coord.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentario a la Ley 4/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

VOLGELFANGER, Alan Diego, «El deber de prevención en casos de violencia de género: desde “Campo Algodonero” hasta “Veliz Franco”», en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016