

## La violencia contra las mujeres como discriminación

### Violence against women as discrimination

María José AÑÓN\*

**RESUMEN:** Este artículo trata de dar respuesta a las siguientes cuestiones, por qué conceptualizar la violencia contra las mujeres como discriminación y qué concepción sobre la discriminación es idónea para explicar y comprender la violencia contra las mujeres desde el prisma de los derechos humanos. El objetivo es reflexionar sobre dos aspectos. En primer lugar, que la discriminación puede tener dos lecturas o puede ser entendida de acuerdo con dos modelos distintos. Sintéticamente, discriminación como ruptura de la igualdad de trato, como trato diferenciado e injusto y discriminación como resultado de una estructura social, como un sistema de subordinación. Segundo que ambas concepciones están presentes, no sin tensiones, en los sistemas de protección jurídica internacional de los derechos humanos. Así examinaré (i) el sistema de protección universal de derechos humanos de Naciones Unidas para mostrar como la violencia sobre las mujeres se inserta en la categoría de discriminación y (ii) el sistema del Consejo de Europa, este último a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** discriminación estructural; igualdad de trato; derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; obligación de proteger.

---

\* Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València (España). Contacto: <mariaj@uv.es>. Fecha de recepción: 18/03/2021. Fecha de aprobación: 20/06/2021.

**ABSTRACT:** This paper seeks to answer the following questions: why conceptualise violence against women as discrimination, and what conception of discrimination is suitable for explaining and understanding violence against women from a human rights perspective? The aim is to reflect on two aspects. Firstly, that discrimination can have two readings or can be understood according to different models. Briefly, discrimination as a rupture of equal treatment, as differentiated and unfair treatment, and discrimination as the result of a social structure, as a subordination system. Secondly, both conceptions are present, not without tensions, in the international legal protection orders of human rights. Thus, I will examine (i) the United Nations system of universal human rights protection to show how violence against women falls within the category of discrimination and (ii) the Council of Europe system, specifically the jurisprudence of the European Court of Human Rights on this issue.

**KEYWORDS:** structural discrimination; equal treatment; human rights; European Court of Human Rights; obligation to protect.

## I. INTRODUCCIÓN

No es novedoso vincular violencia y discriminación y este artículo se propone volver sobre esta tesis. Examinaré cual es la concepción sobre la discriminación que considero más adecuada para explicar y comprender la violencia contra las mujeres, adoptando como marco de referencia los derechos humanos. Me aproximaré a ello desde dos sistemas jurídico-internacionales. El sistema de protección universal de derechos humanos para explicar el *iter* de este reconocimiento y el sistema del Consejo de Europa, este último a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para analizar cómo se interpreta y qué papel se asigna a la discriminación en este ámbito.

La noción de violencia contra la mujer es una categoría muy amplia y con diversas manifestaciones. Lo que la dota de unidad es que se trata de una violencia ejercida sobre las mujeres que constituye una violación de derechos humanos y una discriminación. La violencia contra las mujeres adopta distintas formas, entre ellas, violencia física, sexual, psicológica, intimidación, de control, a través de comportamientos que producen sometimiento, opresión y dominación.

Junto a los desarrollos teóricos multidisciplinares, las categorías jurídicas en la materia se han ido articulando a través del desarrollo jurídico que ha tenido lugar en esta última década tanto legislativa como jurisprudencialmente a nivel internacional y estatal. Allí se configuran normas concretas que tipifican las conductas que se consideran prohibidas en relación a las distintas formas de violencia, se establecen obligaciones para los poderes públicos y privados y se institucionalizan garantías, formas de protección y reparación. En ello han influido decisivamente las concepciones críticas del derecho, en especial las teorías feministas<sup>1</sup>, una

---

<sup>1</sup> \* Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto GVPROMETEO2018-156 del programa de investigación científica, desarrollo tecnológico

visión que atribuye al derecho una función transformadora de la sociedad, un ámbito adecuado para ofrecer respuestas a problemas sociales complejos, propiciatoria del cambio social, que tiene un campo privilegiado en el terreno de las desigualdades complejas a las que trata de dar respuesta a través de diversas técnicas jurídicas. No encontramos ante un fenómeno social que se puede y se debe afrontar desde muchas vertientes -educación, formas y ámbitos de socialización, protección social, acceso a derechos básicos como la salud, la vivienda o el trabajo, garantías procesales y en último término la respuesta del derecho penal respecto a las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos susceptibles del control punitivo del estado<sup>2</sup>.

Comenzaré la exposición en el sistema jurídico de protección universal de derechos humanos con el fin de dar cuenta de la inclusión de los derechos de las mujeres y de la violencia contra las mujeres en el marco jurídico de los derechos humanos, lo que nos proporciona una perspectiva prometedora para identificar la violencia como discriminación. En segundo lugar, responderé qué hemos de entender por discriminación cuando tratamos de comprender la violencia sobre las mujeres. En la última parte enlazaré

---

e innovación del gobierno de la Comunidad Valenciana (España)

GIL RUIZ, Juana María, "The Woman of Legal Discourse: a contribution from de Critical Legal Theory", *Quaestio Iuris*, vol. 8, núm. 3, 2015, pp. 2114-2148.  
SMART, Carol "La mujer del discurso jurídico", *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, LARRAURI, E., (comp), Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 167-177.

<sup>2</sup> En este sentido son muy coherentes las llamadas de atención de la doctrina penal sobre el exceso de punitivismo presente en las últimas décadas, no solo en este ámbito. Al respecto resulta de gran interés la obra reciente de Paz Lloria, *Violencia sobre la mujer en el siglo xxi. Violencia de control y nuevas tecnologías*, Iustel-Generalitat valenciana, 2020; que aborda nuevas formas de violencia contra la mujer -violencia de control- las posibilidades de su tratamiento penal y sus límites, tanto aquellos derivados del bien jurídico protegido y del fundamento de la violencia contra las mujeres como de los principios del estado de derecho y del derecho penal garantista.

los análisis anteriores con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del momento en que introduce la discriminación en el examen de la violencia (doméstica) para comprender lo que se puede considerar avances y también los límites de su interpretación.

## II. LA INSERCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Me parece un buen punto de partida prestar atención a la evolución de esta noción en el plano jurídico internacional, puesto que podemos hablar de una progresión clara sobre la inclusión de los derechos humanos de las mujeres en el sistema internacional de derechos humanos, así como sobre la visibilización de la violación de los derechos en las mujeres y la consideración de la violencia sobre las mujeres como discriminación. Esta lucha por la integración de la perspectiva de género y la efectividad de tales derechos en la producción legislativa a escala internacional se ha mostrado especialmente sensible a las aportaciones o a la perspectiva de las corrientes del feminismo, en particular el feminismo jurídico<sup>3</sup>. Al introducir la violencia contra la mujer en la agenda, escribe Barrère “la presión de las mujeres había hecho saltar a nivel internacional un enorme muro de contención introduciendo

---

<sup>3</sup> Palacios, Patricia *El tratamiento de la violencia de género en la organización de Naciones Unidas*, Universidad de Chile, 2011. Weldon, Laurel y Mala Htun sitúan la clave para las reformas legislativas y de políticas públicas sobre violencia contra las mujeres en el papel que desempeña el movimiento feminista y su activismo. Para ello analizan políticas contra la violencia en 70 países de 1975 a 2005. “Feminist mobilization and progressive policy change: what governments take action to combat violence against women”, *Gender & development*, vol 21, Issue 2, 2013, pp. 231-247.

en la cultura jurídica dominante la palabra discriminación para designar precisamente la violencia contra las mujeres”<sup>4</sup>

El estándar internacional y los documentos jurídicos internacionales más significativos de derechos humanos han contribuido a desarrollar un marco conceptual sobre la violencia contra las mujeres y a comprender esta violencia como discriminación. Un reconocimiento que ha tenido algunos impulsos básicos donde encontramos los principales hilos conductores para articular esta cuestión.

El primer impulso, la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer* de 1979. En ella no se menciona expresamente la noción de violencia contra la mujer, pero si está presente la de discriminación, así como la prescripción de luchar contra las barreras estructurales y los estereotipos de género. La Convención contiene disposiciones que permiten interpretar la discriminación con mayor o menor alcance, como veremos en el segundo apartado. El artículo 1 define la discriminación y los artículos 2 y 5 ofrecen una visión más compleja sobre la noción de discriminación directamente relacionada con el enfoque de derechos humanos. De entrada, destaca distintas vertientes del concepto: igualdad formal, material y transformadora<sup>5</sup>-, y también establece las pautas para su erradicación en cualquiera de sus formas. El artículo 5 representa, con palabras de Holtmaat

---

<sup>4</sup> Para profundizar en la violencia sobre las mujeres como discriminación me parece necesario acudir a los trabajos de M<sup>a</sup> Ángeles Barrère y la categoría de “subdiscriminación” por ella acuñada. A lo largo de este artículo haré referencia a su obra. Ahora quiero destacar una de sus contribuciones pioneras al tema que nos ocupa: “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en *Género, violencia y Derecho*, P. Laurenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords); Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 27-48

<sup>5</sup> CEDAW, artículos. 2.f y 5. Un interesante comentario a este respecto en Cusac, Simone y Lisa Pusey «CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality», *Melbourne Journal of International Law*, 14 (1), 2013, pp. 1-39

una norma jurídica única en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos en la lucha contra la discriminación sobre las mujeres.<sup>6</sup> El objetivo de eliminar –no solo prohibir la discriminación– supone adoptar una visión comprehensiva de los obstáculos a la igualdad, de los efectos perjudiciales que ésta impone, interpretados no de una forma aislada e individual, ni como resultado de acudir a modelos comparativos que asimilan las necesidades y las preocupaciones de las mujeres a las de los hombres, dejando intactos los patrones masculinos existentes, como denuncia Holtmaat.<sup>7</sup> Además, prescribe un compromiso activo de las autoridades estatales en la erradicación de todas las formas de discriminación actuando sobre las causas y origen de la opresión o la subordinación de las mujeres, que no son otros que puntos de vista estereotipados acerca de lo que es masculino y femenino. De ahí las obligaciones orientadas a abolir estereotipos de género en todos los espacios y aquellas encaminadas a examinar las propias normas, políticas y prácticas desde estos parámetros. Contamos así con unas bases que más tarde adquieren mayor protagonismo.

El segundo impulso está representado por la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de 1993 y las contribuciones que están en la base de su elaboración<sup>8</sup>. El tránsito de la *Convención* a la *Declaración* es de un interés extraordinario

---

<sup>6</sup> CEDAW, Artículo 5: Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

<sup>7</sup> Holtmaat Rikki, “Equal Treatment to Equal Right”, E. BODELÓN and D. HEIM (coord.), *Law, Gender and Equality*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 203-204

<sup>8</sup> Entre esas contribuciones destacaría el Informe “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” presentado ante la Asamblea General de UN, A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006

al catalogar la violencia contra las mujeres como discriminación, cuyo contenido se atisbó en las Estrategias de Nairobi<sup>9</sup> y fue abordado en la Cuarta Conferencia Mundial celebrada en Beijing por primera vez en términos de “violencia género específica”<sup>10</sup>. Una identificación no exenta de tensiones, las mismas que afectan al concepto de discriminación.

En definitiva, y a pesar de carecer de fuerza jurídica vinculante, la *Declaración* es el texto que aborda la con mayor detalle la violencia contra las mujeres como violación género específica de los derechos humanos universales. Su propia existencia, como subraya Merino, es buena prueba de las insuficiencias del sistema general de derechos humanos, y de cómo la labor de los organismos especializados consigue introducir la perspectiva de género en la agenda de los órganos generales de derechos humanos y, por lo tanto, en el marco de referencia de los derechos humanos<sup>11</sup>. La *Declaración* vincula violencia y discriminación como subordina-

---

<sup>9</sup> Estos documentos se conciben como “un marco de compromisos renovados de la comunidad internacional para el avance de las mujeres y la eliminación de la discriminación por género” y por primera vez se habla de género y no de sexo. *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi del 15 al 26 de julio de 1985, e incluye la Agenda and the Nairobi Forward-looking Strategies for the Advancement of Women. A/CONF. 116/28/Rev.1.

<sup>10</sup> La valoración sobre el cambio que supuso utilizar esta nomenclatura no es unánime. Sobre ello véase Barrère. “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, cit., p. 43. Por otra parte, es el momento en el que algunos Estados empiezan a adoptar políticas para combatirla y las epistemologías feministas se incorporan a distintas disciplinas científicas, como la antropología, la psicología e incluso la criminología o el derecho.

<sup>11</sup> MERINO, Víctor “Tensiones entre el proceso de especificación de los derechos humanos y el principio de igualdad respecto a los derechos de las mujeres en el marco internacional», *Derechos y Libertades*, núm. 27, Segunda Época, 2012, pp. 345 y ss

ción de las mujeres y se expresa así: “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”. Una concepción que es comúnmente aceptada en sede nacional e internacional.

El tercer impulso vino de la mano del *Comité de la Convención para la eliminación de toda discriminación contra la mujer*<sup>12</sup>. Una de las primeras definiciones sobre violencia la ofrece el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres* en su Recomendación General número 19, aprobada en el lapso entre la Reunión de Expertos y la Conferencia Mundial de Viena que establece la violencia sobre la mujer como una modalidad de discriminación. Esta recomendación general es de 1992 y se ha visto completada por la Recomendación general 35 de 2017. El tránsito de una a otra es crucial en el entendimiento del tema que nos ocupa.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Junto al Comité CEDAW hay que reconocer la gran contribución de las relatoras y relatores especiales en esta materia. La creación de este mecanismo en 1994 y el alcance de su mandato fue una victoria duramente ganada por los movimientos de derechos de las mujeres en todo el mundo. Recomiendo la lectura del informe: *15 Years of the United Nations Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences (1994-2009). A critical review*. A las relatorías debemos el desarrollo del concepto de diligencia debida como principio clave para sostener la responsabilidad jurídica sobre la prevención, investigación y castigo de las violaciones de agentes estatales y no estatales. El uso de este concepto ha cambiado considerablemente la naturaleza de las obligaciones estatales especialmente sobre la prevención, como veremos en el punto 3.

<sup>13</sup> Comité CEDAW *Recomendación general n.º. 35 “Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general*

En el orden jurídico internacional regional de los derechos humanos destaca sin duda la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer Belem do Pará* (1994)<sup>14</sup> y en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia de la mujer y la violencia doméstica*, conocido como Convenio de Estambul, especialmente tardío aprobado en 2011 y que entró en vigor en 2014. Ambos textos, a diferencia de la *Declaración*, son vinculantes y en particular el primero ha tenido una importancia trascendental en la interpretación y alcance de la violencia contra la mujer en el sistema jurídico interamericano. Pues bien, del examen conjunto de estos textos normativos se desprenden una serie de presupuestos básicos:

El primero, aunque parezca obvio, es que todos ellos son textos de derechos humanos y reconocen claramente la vinculación entre la violencia contra las mujeres y el conjunto de los derechos humanos. La violencia como vulneración de derechos, tanto en el ámbito privado como en el público, los supuestos de grave viola-

---

nº. 19º, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio 2017, §9.

<sup>14</sup> Los derechos humanos de las mujeres y, en particular, la protección y la prevención de la violencia dirigida contra ellas por motivos de género están anclados en los principios de diligencia debida y no discriminación. La combinación de ambos, junto con la especial atención a las políticas integradas y la fortaleza de las previsiones penales y procesales han auspiciado –especialmente en el Sistema Interamericano de derechos humanos– la configuración del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, entendido como un derecho complejo que integra distintas posiciones normativas protegidas del que derivan para el estado un conjunto de obligaciones positivas de erradicar la violencia: prevenir, impedir, proteger, investigar, imputar, garantizar el acceso a la justicia, articular las garantías judiciales necesarias para alcanzar reparaciones adecuadas. Cfr. *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer Belem do Pará* (1994)

ción de los mismos, así como la trascendencia de las obligaciones del estado y otros sujetos con responsabilidad en este ámbito.<sup>15</sup>

Segundo, el mantenimiento de la categoría género como herramienta metodológica y epistémica pertinente y necesaria para la teoría jurídica y política<sup>16</sup>. Como instrumento de análisis para comprender los procesos persistentes de construcción de relaciones de desigualdad, necesario para alumbrar supuestos todavía invisibilizados, y clave, por ejemplo, para comprender la singularidad de la violencia contra las mujeres frente a la violencia doméstica, o la identificación de acciones que hoy se consideran como violencia institucional. La expresión “violencia por razón de género contra la mujer” subraya precisamente que se trata de una violencia basada en el género, “como un término más preciso para poner de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia”<sup>17</sup>.

En tercer lugar se asume como un eje vertebrador de esta aproximación la relación entre los espacios público y privado (público-social y privado-doméstico). Lo que impele a revisar esta dicotomía tradicional para pensarla como un presupuesto unitario y mutuamente condicionado, para comprender su incidencia no sólo en el acceso y configuración de los derechos, el reconoci-

---

<sup>15</sup> Sobre las obligaciones relativas a derechos humanos puede verse Añón, María José “Derechos humanos y deberes: efectividad y prohibición de regresividad”, en *Repensar los derechos humanos*, RÓDENAS, Á. (ed), Perú, Pa-lestra, 2018, pp. 263-316.

<sup>16</sup> ÁLVAREZ, Silvina, “Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2021, n° 40, pp. 557-585.

<sup>17</sup> Comité CEDAW, *Recomendación general n°. 35 “Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n°. 19”*, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio 2017, § 9.

miento de los espacios de exclusión para las mujeres y también la persistencia de la violencia<sup>18</sup>.

Tomar en consideración este eje tiene implicaciones importantes en todos los ámbitos. Así en el espacio privado doméstico para determinar la responsabilidad de los poderes públicos respecto a este proceso a través de la fijación de obligaciones. El hecho de que la violencia deje de considerarse un asunto privado y estemos ante un problema social y político, permite identificar la relación de desigualdad inter-géneros. De otro lado, revisar la dicotomía autoriza a valorar el impacto negativo de la violencia contra las mujeres en el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, también los derechos de ciudadanía, la participación, la autonomía y la agencia de las mujeres<sup>19</sup>.

Finalmente, la idea de que esta violencia forma parte de un sistema de subordinación o de opresión de las mujeres. Se trata de un presupuesto conceptual y metateórico compartido por las teorías feministas que vinculan violencia y discriminación, dado que aquel sistema constituye la manifestación de una estructura social desigual y opresiva contra las mujeres, la forma más profunda de perpetuar la posición subordinada de la mujer y sus papeles estereotipados en el ámbito social, político, económico, doméstico y personal. El feminismo, escribe Mestre, “conceptualiza la violencia contra las mujeres como discriminación porque parte de un concepto de discriminación en términos de jerarquización

---

<sup>18</sup> La dicotomía es causa y a la vez obstáculo para eliminar la violencia contra las mujeres a través de la adopción de medidas jurídicas. La persistencia de esta dicotomía refuerza la violencia y obstaculiza la adopción de acciones efectivas en su eliminación. AÑÓN, María José y MESTRE, Ruth, “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y Derecho”, *cit.*, pp. 36,43. Gil, Juana María *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2007, cap. 1.

<sup>19</sup> MESTRE, Ruth, “Mujeres, derechos y ciudadanías”, *op. cit.*, pp. 25-33. RASHIDA Manjoo, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, A/67/227, 3 de agosto de 2012

injusta del poder (dominio-subordinación) basado en el sistema sexo-género: la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación porque representa una manifestación de la ruptura de la regla de igualdad intergrupala<sup>20</sup>. Por ello es preciso que nos adentremos en el significado de esta discriminación.

### III. ¿QUÉ DISCRIMINACIÓN?

Veamos ahora el significado de la violencia contra las mujeres como forma -la más grave- de discriminación. Como ya he advertido previamente podemos tener en mente dos modelos o dos concepciones sobre la discriminación.

Un primer modelo, dominante en la cultura jurídica, interpreta la discriminación desde el enfoque de la igualdad de trato y entiende la discriminación como ruptura de esa igualdad, como trato diferenciado. El derecho antidiscriminatorio tradicional considera la exclusión de las mujeres de determinados ámbitos o derechos como una ruptura del principio de igualdad de trato o como una falta de acceso a recursos y oportunidades. En este sentido, esta noción de discriminación muestra sus insuficiencias al individualizar el problema y responder al mismo identificándolo con una cuestión de personas excluidas, de mujeres como víctimas aisladas. El punto de vista del derecho antidiscriminatorio así entendido examina las situaciones en términos interpersonales en atención al principio de igualdad de trato y, para juzgar si el trato es diferente e injusto -discriminación como ruptura de la igualdad de trato-, recurre al razonamiento comparativo entre dos sujetos, uno de los cuales se convierte en el término de com-

---

<sup>20</sup> MESTRE, Ruth, “Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre, 29, 2017, pp. 207-208.

paración. Este recurso, que ha sido sometido a diversas críticas<sup>21</sup>, es insuficiente para comprender la idea de discriminación en el caso de la violencia basada en el género.

El uso de esta noción de discriminación se corresponde con los estándares normativos más tradicionales en los que la discriminación se aplica e interpreta a partir de tres elementos: (i) un trato o un acto de discriminación, (ii) una razón o motivo (catalogado como prohibido) y (iii) un resultado en términos de lesión de derechos<sup>22</sup>. En este sentido, como escribe Bodelón “es un concepto que individualiza el problema y lo convierte en un problema de las personas excluidas...trata a las mujeres como víctimas de situaciones individuales y no como el ejemplo del fracaso del modelo, como ejemplo de las insuficiencias de la ciudadanía liberal y de la existencia de opresiones no abordadas”<sup>23</sup>. Por ello, como advierte Holtmaat<sup>24</sup>, aunque se hayan introducido en el derecho antidiscriminatorio categorías como opresión, violencia, subordinación, explotación, desvalorización de las mujeres como personas y de su aportación social; la traducción de estas catego-

---

<sup>21</sup> GOLBERG, Susan, «Discrimination by comparison», *Yale Law Review*, 120 (4), 2011, pp. 742 y ss. Añón, María José “Ant

<sup>22</sup> Así, el artículo 1 de la Convención Internacional de la Eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer. Podemos afirmar que la Convención contiene elementos para interpretar el concepto de discriminación en los dos sentidos que aquí señalamos. El artículo 1 propicia una interpretación como ruptura de la igualdad de trato. Pero una lectura conjunta del artículo 2 y 5 contiene elementos que pueden identificar la discriminación desde las estructuras de subordinación y poder.

<sup>23</sup> BODELÓN, Encarna, “Las leyes de igualdad de género en España y Europa ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2010, p. 85-106

<sup>24</sup> HOLTMAAT Rikki, “Equal Treatment to Equal Right”, cit., pp. 194-195. Añón, María José “Transformations in Anti-discrimination Law: progress against subordination”, *Revus. Journal form Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 40, 2020, p.

rías en términos jurídicos las ha redefinido automáticamente en términos de igualdad e igualdad de trato. La cuestión entonces no es la opresión de las mujeres o las relaciones de poder, sino su desigualdad. Coherentemente con ello, las reformas jurídicas se han orientado a reconocer que mujeres y hombres merecían igual tratamiento sobre la base de ambos sexos al ser comparados uno con el otro. Si bien un fenómeno como la violencia contra las mujeres, como sostiene Barrère no se puede atajar con un concepto de discriminación basado en la ruptura de la lógica comparativa, como mera ruptura individualista de la igualdad de trato.<sup>25</sup>

En distintos ámbitos de los sistemas jurídicos, por ejemplo: relaciones familiares, derechos sexuales y reproductivos, libertad personal y seguridad, violencia contra las mujeres, derechos laborales y condiciones de trabajo, ciudadanía, se cuestiona reiteradamente por qué a pesar de logros en la igualdad formal, y del despliegue de normas específicas sobre igualdad entre mujeres y hombres, seguimos encontrando fuertes limitaciones para superar la discriminación. Y suele ser un serio inconveniente para la cultura jurídica dominante superar la versión individual de las relaciones discriminatorias. Esto es, como advierten Clérico y Martín<sup>26</sup>, procesos en los que la discriminación no es puntual, individual, sino que responde a un patrón o una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos para las personas afectadas individualmente consideradas. Es decir, discriminación de acuerdo con una concepción distinta.

El segundo modelo o concepto de discriminación sobre el que insiste la teoría feminista interpreta el estatus de las mujeres en términos de subordinación. La igualdad y la violencia contra la

---

<sup>25</sup> BARRÈRE, M<sup>a</sup> Ángeles, “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, *op. cit.*, p. 34

<sup>26</sup> CLÉRICO Laura, ALDAO, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, 2011, p. 149 y ss.

mujer no es solo una cuestión de derechos, sino también de estructuras y relaciones de poder. Incidir en esta idea significa que se trata de factores con capacidad suficiente para estructurar las relaciones sociales. El sistema sexo-género no es el único sistema social desde luego, pero tiene un alcance muy amplio puesto que atraviesa todas las dimensiones sociales y cruza con todas las variables. La estructura de dominio-subordinación recibe diversos nombres<sup>27</sup>: subalternidad (Mackinnon), opresión (Young), desigualdad estructural (Clérico), subdiscriminación (Barrère) o discriminación estructural. Estas categorías, aun no siendo enteramente coincidentes, pueden ser consideradas, en línea con Barrère<sup>28</sup> dispositivos adecuados para identificar en los sistemas jurídicos el tipo de desigualdades que encuentran su significado en una o más estructuras de poder, los “actos” discriminatorios son “individualizables” como epifenómenos de procesos sociales subyacentes. Lo significativo es que tales estructuras tienen capacidad para ordenar las relaciones sociales, para atribuir o asignar estatus (subordinados o inferiores, privilegiados o superiores) y sobre todo para establecer dinámicas e inercias para reproducir estas relaciones de subordinación. La perspectiva para examinar

---

<sup>27</sup> MacKinnon reconduce la pregunta por la igualdad a una cuestión de redistribución del poder. “el género ni siquiera designaría diferencias, podría incluso no significar distinción epistemológicamente, si no fuera por sus consecuencias en el poder social”. De ahí que señale, que la prohibición de discriminación se dirige a eliminar la inferioridad social de un sexo sobre otro y dismantelar una estructura social que mantiene prácticas acumulativas sobre las mujeres que consolida su situación de exclusión o desventaja. Young, Iris Marion “La justicia y la política de la diferencia”, Cátedra, 1999, capítulo 2, CLÉRICO, Laura, “Análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía de imparcialidad estándar”, *Revista Derecho del Estado*, 2018, núm. 41, pp. 74-80, BARRÈRE, M. Ángeles, “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, *Anuario Filosofía del Derecho*, XXXIV, pp. 11-42.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 32.

los obstáculos que impiden el ejercicio de derechos y el no sometimiento a violencia no puede ser individual. Las causas de la opresión, en terminología utilizada por Young, “están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas colectivas y en las consecuencias de seguir esas reglas”<sup>29</sup>. Por supuesto en este marco, hay personas individuales que dañan intencionalmente a otras personas de un grupo oprimido. La violencia que caracteriza la opresión es sistemática en tanto que recae sobre mujeres con la finalidad de dañar, humillar, degradar, dominar y mantener la opresión y el control<sup>30</sup>.

La violencia entendida como un problema estructural tiene su origen en las relaciones de poder articuladas con base en el género. Ahora bien, esta perspectiva sistémica permite considerar, con Mestre<sup>31</sup>, que, aunque todo orden social y político tiene un sistema sexo/género, tal sistema y «las categorías que de él derivan (hombres y mujeres) no son puras, absolutas ni naturales y hemos de comprender y teorizar cómo las relaciones patriarcales se articulan con otras formas de relación y dominación social en un contexto histórico determinado». Por tanto, las formas de dominación no se construyen sobre identidades estáticas, sino sobre relaciones de jerarquía y poder que definen o establecen qué diferencias son significativas

Ante esta situación, el feminismo -también el feminismo jurídico- propone, como es sabido, eliminar la subordinación y hacerlo desde sus raíces, esto es, tratando de dismantelar sus condiciones de posibilidad que suelen mantenerse ocultas o invisibles y trata de hacerlo en un sentido crítico y emancipatorio. En este punto es donde adquiere su importancia el valor que el feminismo

---

<sup>29</sup> YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia... op. cit.*, p. 75.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 106-110

<sup>31</sup> MESTRE, Ruth, “La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del Derecho antidiscriminatorio y la participación política”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, p. 149.

atribuye a la comprensión adecuada de la interacción entre la vida en el espacio público (social) y en el espacio privado (doméstico) y la revisión de la categoría de autonomía. La autonomía adquiere un mayor protagonismo en la medida en que se considera fundamental poner de manifiesto su trasfondo contextual y relacional, porque la autonomía es relacional<sup>32</sup>, los procesos sociales vinculados a la recursividad entre lo público-privado en definitiva, las realidades en las que las mujeres deciden. Por ello se considera que la experiencia de las mujeres y la resolución de los problemas cotidianos a los que han de responder constituye un espacio fértil de estudio para el feminismo jurídico como evidencia, por ejemplo, la forma de aproximarse a los derechos sexuales y reproductivos. Asimismo se impone atender a la capacidad de los sistemas jurídicos para establecer instrumentos de recuperación de la autonomía y para responder ante el impacto de la violencia en el ejercicio efectivo de derechos humanos –especialmente, los derechos sociales, pero también los derechos políticos–. El objetivo es lograr que, en el menor plazo de tiempo posible, la mujer que ha experimentado una situación de violencia se encuentre en una posición caracterizada por la mayor autonomía posible que evite un persistente estado de supervisión y vigilancia. En caso contrario, se alimentaría la idea de que realmente las mujeres son

---

<sup>32</sup> Álvarez señala a estos efectos que, si se pretende fortalecer la autonomía personal y reproductiva, abordar los derechos sexuales y reproductivos no puede hacerse al margen de esta realidad ni con independencia del contexto en el que las mujeres deciden, por tanto “sin atender a las relaciones de género, maternidad, paternidad, cuidado, trabajo, filiación y justicia”. ÁLVAREZ, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Madrid, CEC 141, 2018, pp. 42 y ss. GARCÍA PASCUAL, Cristina, “Liberazione senza autonomia”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2013, pp. 339-352. Véase asimismo FAERMAN, Romina, “Atención al contexto en los casos de violencia de género. Las decisiones de las mujeres en estos escenarios” en *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto*, S. ÁLVAREZ y P. BERGALLO (coords.); EdicionesDidot, 2020, pp. 74-75

seres permanentemente necesitados de la tutela masculina o estatal y de que, por tanto, no son seres iguales ni autónomos, que es precisamente la tesis que pretende combatir la legislación en la materia. En suma, para el feminismo jurídico la autonomía de las mujeres no ha de tener protagonismo solo en el ámbito jurídico privado, también ha de ser el corazón del derecho público.

En coherencia con los argumentos examinados, puede sostenerse que la discriminación así concebida transforma el enfoque de los derechos humanos, y, como apunta Choudhry<sup>33</sup>, lo hace favoreciendo una perspectiva más sustantiva de la igualdad de género, como propone Mackinnon<sup>34</sup> que tiene en cuenta las estructuras de poder existentes y los roles de género enquistados dentro de ellas para comprender la base de la violencia contra la mujer<sup>35</sup>. Por ello se afirma, como hace Barrère que la violencia contra las mujeres como forma de discriminación transforma la concepción misma de la violencia y la discriminación. Esta última deja de ser

---

<sup>33</sup> CHOUDHRY, S., “Towards a Transformative Conceptualisation of Violence Against Women...”, *op. cit.*, pp. 434-436.

<sup>34</sup> MACKINNON, Catherin, “Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman”, *International Journal of Constitutional Law*, 14 (3), 2016, pp. 739-746.

<sup>35</sup> Los derechos humanos de las mujeres y, en particular, la protección y la prevención de la violencia dirigida contra ellas por motivos de género están anclados en los principios de diligencia debida y no discriminación. La combinación de ambos, junto con la especial atención a las políticas integradas y la fortaleza de las previsiones penales y procesales han auspiciado –especialmente en el Sistema Interamericano de derechos humanos– la configuración del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, entendido como un derecho complejo que integra distintas posiciones normativas protegidas del que derivan para el estado un conjunto de obligaciones positivas de erradicar la violencia: prevenir, impedir, proteger, investigar, imputar, garantizar el acceso a la justicia, articular las garantías judiciales necesarias para alcanzar reparaciones adecuadas. Cfr. *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer Belem do Pará* (1994).

una cuestión de trato para convertirse en una cuestión de estatus. “La violencia se tipifica como discriminación porque constituye la manifestación directa de la ruptura de la regla de justicia que se basa en la igualdad de estatus de hombres y mujeres. La inaplicabilidad de la lógica comparativa de este (nuevo) concepto de discriminación hace que su introducción tenga resultados prácticamente performativos o constitutivos”<sup>36</sup>.

#### IV. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Vulneración derechos humanos y discriminación estructural en una concepción unitaria de la violencia contra la mujer no es el resultado de un proceso evolutivo lineal. En este sentido, cabe afirmar que el Convenio de Estambul representa o consolida, especialmente en el espacio europeo, un avance respecto a los textos y las políticas precedentes, dado que aún la perspectiva de los derechos humanos con la perspectiva de género, identifica la violencia con la discriminación partiendo de una noción de igualdad sustantiva, y establece un marco inclusivo para abordar las diferentes formas de violencia contra la mujer<sup>37</sup>. Este reconocimiento constituye, sin duda, un enfoque cargado de posibilidades para la categoría objeto de análisis y sienta algunas bases fundamentales que han generado una interesante evolución en la materia.

El lenguaje de los derechos es, por tanto, ineludible, especialmente en relación con la protección de las víctimas y la errad-

---

<sup>36</sup> BARRÈRE, M.A., “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, P. LAURENZO, M.L, MAQUEDA y A. RUBIO (coords.), *Género, violencia y Derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 30

<sup>37</sup> MESTRE, Ruth, «Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul», *op. cit.*, p. 206.

icación de la violencia<sup>38</sup>, así como en la fundamentación de las obligaciones estatales al reconocer la violación de derechos en el espacio privado doméstico como un espacio con relevancia social. Los derechos humanos se erigieron, así, en parámetro de valoración de las prácticas de las sociedades que eventualmente promueven la violencia en los supuestos en que la esta aparece como tolerada o legitimada, constituyéndose en un resorte capaz de aportar una orientación hacia el cambio normativo y práctico. Sin duda, es posible analizar la violencia contra las mujeres como violación del derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía y el respeto de sí<sup>39</sup>. Todos estos derechos han sido invocados y protegidos en casos de violencia de género. Sin embargo, la tesis aquí sostenida mantiene que es la discriminación la que explicita cómo son violados estos derechos y donde reside la fundamentación de tal vulneración.

La perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) me parece significativa a este respecto. Me interesa examinar en concreto las posibilidades interpretativas que la jurisprudencia de un sistema internacional de derechos humanos atribuye al concepto de discriminación. El uso que el Tribunal hace de esta categoría no es uniforme, pero es posible analizar argumentos propios de la discriminación estructural.

Antes de llevar a cabo este análisis es importante trazar algunos de sus límites. Un primer punto a considerar es que, a pesar de que el TEDH ha juzgado distintas dimensiones de la violencia contra las mujeres –y se ha pronunciado sobre casos relativos, por

---

<sup>38</sup> CALVO, Manolo, «El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género», en DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ URIBES, J.M. (coords.), *Derechos humanos y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 673 y 684.

<sup>39</sup> COOMARASWAMY, Radhika, “Women and Children: The Cutting Edge of International Law”, *American University International Law Review*, vol. 30 (1), 2015, pp. 6-9.

ejemplo, a la violencia contra la mujer en el ámbito familiar, a las mutilaciones genitales, al acoso y los abusos sexuales y violaciones, a la violencia sufrida cuando alguien está a disposición de la autoridad pública o a las esterilizaciones forzadas -supuestos todos ellos que de acuerdo con la Convención de Estambul serían considerados formas de violencia de género-. Sin embargo, cuando se refiere a la violencia de género o sobre las mujeres habla exclusivamente de la violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja que engloba bajo el concepto de “violencia doméstica”, en el que incluye también la violencia sobre los menores en el entorno familiar.

Se trata de una limitación de relevancia puesto que el TEDH en cierto modo diluye el fundamento de la violencia contra la mujer en la violencia intrafamiliar. Por otra parte, tampoco capta la importancia de valorar las violencias contra los menores cuando se trata de una violencia vicaria, esto es cuando tiene lugar una agresión sobre una persona (los hijos) en sustitución de otra (la madre) con objeto de causar un daño y un dolor agravado a la esta<sup>40</sup>, a diferencia de otras violencias que pueden sufrir los hijos u otros miembros de la familia por otras causas.

Pues bien, cuando el TEDH determinó que la violencia contra las mujeres es discriminatoria y vulnera la prohibición de discriminación, lo hizo en casos de violencia doméstica. Aunque constituyó un avance examinar la violencia en el ámbito doméstico y la relación de pareja desde la perspectiva de los derechos humanos fue un avance limitado. Es cierto que inicialmente esta violencia ha sido considerada fundamentalmente desde el punto de vista de los actos individualizados y no como una cuestión con dimensión

---

<sup>40</sup> El Caso *Ángela González c. España* sobre el que decidió el Comité CEDAW es un ejemplo paradigmático de esta violencia y de los estereotipos que subyacen. Por ejemplo, decisiones judiciales que mantienen el régimen de visitas no vigiladas con los hijos a hombres maltratadores de sus mujeres bajo el presupuesto de que la relación padres e hijos hay que salvarla por encima de todo.

social –ni política– con un trasfondo sistémico de poder y desigualdad<sup>41</sup>. La sentencia que marcó el punto de inflexión es la dictada en el caso *Opuz c. Turquía*<sup>42</sup>. Hasta ese momento, la violencia contra las mujeres (violencia doméstica) se había juzgado como una violación de derechos: en especial, se consideran afectados el derecho a la vida (art. 2 *Convención Europea de Derechos Humanos*), la prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3) y, en algunos casos, el derecho a la vida privada y familiar (art. 8)<sup>43</sup>.

A partir del caso *Opuz c. Turquía*, la discriminación como criterio interpretativo tiene trascendencia en dos cuestiones fundamentales que serán examinadas a continuación. Por un lado, en la determinación de la obligación estatal de proteger a las personas en situación de riesgo<sup>44</sup>. En segundo lugar, en la contextualización de la consideración jurídica que recibe la violencia de género. Aunque ambos aspectos, como veremos tienen vínculos de interés.

El primero se refiere a los argumentos de la relación entre discriminación y determinación de las obligaciones positivas. El caso *Opuz contra Turquía*, como he señalado, parte del test fijado en el caso *Osman c. Reino Unido*, conocido como test Osman<sup>45</sup>. De

---

<sup>41</sup> QUERALT, Argelia, “La violencia contra las mujeres. El sistema europeo”, en CARMONA, E. (ed.), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 2016 y ss.

<sup>42</sup> TEDH, *Caso Opuz c. Turquía* (sentencia de 4 de junio de 2009). Considero de referencia el análisis que realiza A. Queralt sobre esta sentencia y que sigo en buena medida. Queralt, Argelia “La violencia contra las mujeres. El sistema europeo”, cit., p. 217 y 234

<sup>43</sup> TEDH, *Caso Kontrová c. Eslovaquia* (sentencia de 31 de mayo de 2007).

<sup>44</sup> Esta misma interpretación tiene continuidad en el caso *Tomasic c. Croacia*. TEDH, *Caso Tomasic c. Croacia* (sentencia de 15 enero 2009).

<sup>45</sup> TEDH, *Caso Osman c. Reino Unido* (sentencia 28 de octubre de 1998), parágrafo 116. Doctrina reiterada en *Opuz c. Turquía* (§129): «Teniendo

acuerdo con el cual, las autoridades tienen una obligación positiva de proteger a las personas en riesgo si se cumplen las siguientes condiciones (a) si las autoridades sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona identificada a causa de los actos delictivos de un tercero (b) no adoptaron medidas en el ámbito de sus competencias y (c) podrían haber evitado ese riesgo, actuando de acuerdo con todas las garantías procesales y de otro orden que limitan legítimamente el alcance de su acción para investigar el delito y enjuiciar a los delincuentes.

La aplicación de estos criterios enderezados a determinar si el estado tiene una obligación de proteger o si se ha comportado de acuerdo con la diligencia debida está directamente relacionada con la prueba de los hechos y con la valoración de tal prueba. Los casos a los que se ha aplicado prueban una relación de pareja prolongada en el tiempo donde se ejerce violencia de diversas formas del varón hacia la mujer y en algunos casos también a los hijos o

---

en cuenta las dificultades de la vigilancia de las sociedades modernas, la imprevisibilidad de la conducta humana y las opciones operativas que deben adoptarse en términos de prioridades y recursos, el alcance de la obligación positiva debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades. Por lo tanto, no todos los riesgos de vida alegados pueden implicar para las autoridades un requisito del Convenio de tomar medidas operativas para evitar que se materialice ese riesgo. Para que surja una obligación positiva, debe establecerse que las autoridades sabían o debían haber sabido en el momento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona identificada a causa de los actos delictivos de un tercero y que no adoptaron medidas en el ámbito de sus facultades que, a juicio de las autoridades, podrían haber evitado ese riesgo. Otra consideración pertinente es la necesidad de garantizar que la policía ejerza sus facultades de control y prevención del delito de manera que se respeten plenamente las garantías procesales y de otro tipo que limitan legítimamente el alcance de su acción para investigar el delito y enjuiciar a los delincuentes, incluidas las garantías contenidas en los artículos 5 y 8 de la Convención».

hacia la madre de la mujer como ocurre en el caso *Opuz*. Situaciones cotidianas de violencia con lesiones, amenazas, vigilancia y control. En general llega un punto de tensión en el que la mujer presenta una o varias denuncias que con posterioridad retira, incluso acompañada de su pareja (*Kontrová c. Eslovaquia* 2007). Por otra parte, los hechos probados también muestran que la policía bien disuade a la mujer o le indica como minimizar los cargos contra su marido o pareja, o los tribunales nacionales aceptan que la policía no es responsable porque se limitó a no hacer nada ante la retirada de la demanda contra el agresor. El resultado final es la muerte de los hijos (*Kontrová c Eslovaquia*), o la muerte de la mujer y la hija (*Tomasic y otros contra Croacia*) o la muerte del hijo y la mujer herida grave (*Talpis c Italia*).

El Tribunal como he señalado ha aplicado el test *Osman* para determinar cuando la responsabilidad por la muerte de una persona puede ser imputada a las autoridades estatales. Por tanto, cuando las autoridades tenían conocimiento del riesgo grave e inminente y no hubiesen adoptado las medidas necesarias. En el caso *Opuz c. Turquía*, el Tribunal considera que el estado debe valorar una serie de hechos antes de decidir no continuar con las investigaciones y no basta únicamente que se produzca una retirada de la denuncia por parte de la mujer como ocurrió en este caso. Entre los factores a considerar el TEDH propone valorar: la gravedad de la infracción, si las lesiones son físicas o psicológicas, si se ha utilizado un arma, si ha habido amenazas, si hubo planificación, si hay posibilidades de reincidencia, el estado actual de la relación del acusado y la víctima, así como la historia de la relación y si ha habido violencia en el pasado. En el caso, el TEDH entiende que las autoridades turcas no tuvieron en cuenta ninguno de estos factores y la razón de fondo era la tesis de no intervención por considerarlo “un asunto familiar”.

El estándar *Osman* ha recibido diversas valoraciones. En el caso *Valiulienė c. Lituania* (2013), el juez Pinto de Albuquerque expresó un voto particular en el que se mostró crítico respecto a la adecuación del estándar *Osman* en situaciones de violencia

doméstica. Consideró entonces y lo ha reiterado en su voto particular al *Caso Volodina c. Rusia*<sup>46</sup> que exigir el conocimiento de un “riesgo grave e inmediato” hacia imposible la intervención del estado en muchos casos. A su juicio “la recurrencia y la escala inherentes a la mayoría de los casos de violencia doméstica [hacían] en cierto modo artificial, incluso perjudicial, exigir una inmediatez del riesgo”. A su juicio, la presencia del riesgo desencadenaba el deber de los poderes públicos de actuar.

Estas preocupaciones prepararon el terreno para un ligero, pero crucial, cambio en el enfoque del Tribunal sobre la aplicación del estándar Osman en casos de violencia doméstica<sup>47</sup>. En *Talpis contra Italia* (2017), en relación con las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 2 para proteger la vida, el Tribunal, añadió a la fórmula Osman que el riesgo de amenaza real e inminente tenía que ser evaluado “teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica”, así como la “repetición de episodios sucesivos de violencia dentro de la unidad familiar”.<sup>48</sup> Razonamiento que repitió en *Volodina c. Rusia* (2019) al señalar que “el riesgo de amenaza real e inmediata debe ser evaluado, teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica”. Declaró que, “por encima de todo”, era

---

<sup>46</sup> TEDH *Caso Volodina c. Rusia* (sentencia de 9 de julio de 2019)

<sup>47</sup> RATNIECE, Zane, “A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: Kurt v. Austria”, Strasbourg Observer Blog, 13 de Agosto de 2019. Consultado en:  
<<https://strasbourgobservers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/>>.

<sup>48</sup> TEDH *Caso Talpis c. Italia* (sentencia de 18 de septiembre de 2017, párrafo 122). De Vido, Sara señala que esta interpretación radica en que Talpis es un caso en el que el TEDH aplica la Convención de Estambul, “The ECtHR Talpis v. Italy Judgment Challenging the Osman Test through the Council of Europe Istanbul Convention?”, *Ricerche giuridiche*, vol. 6, núm. 2, Diciembre 2017, pp. 7-15.

una obligación “tener en cuenta la recurrencia de episodios sucesivos de violencia en el seno de una familia”<sup>49</sup>.

El interés de la sentencia dictada en el caso *Talpis c. Italia* (2017)<sup>50</sup> radica en que reconoce la vulneración de derechos –que se admite por unanimidad– y la discriminación –que sin embargo se reconoce por mayoría–. Los votos parcialmente discrepantes cuestionan precisamente que en este caso exista discriminación. El Tribunal determina que se han violado el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la Sra. Talpis (mujer moldava-rumana residente en Italia) y su hijo. El resultado de largos años de maltrato es la muerte del hijo y las lesiones graves de la mujer. El TEDH, por mayoría, aplica el parámetro de la discriminación en dos ámbitos. En primer término, reconoce que es la situación de discriminación la que sustenta la violencia de género y que, por tanto, esto no solo justifica la intervención de los poderes públicos, sino que hace ineludible su actuación para acabar con una situación de vulnerabilidad social que tiene consecuencias trágicas para muchas mujeres. En segundo lugar, el tribunal entiende que se han dado supuestos de pasividad policial y judicial, y que se ha subestimando por inercia la gravedad de la violencia; por tanto, considera que, en esencia, las autoridades italianas la han tolerado<sup>51</sup> y que han incumplido su deber de diligencia debida generando una violencia contenciosa. En este sentido, podría decirse que, aunque la mayoría del tribunal no lo expresa de este modo, reconoce que se ha incurrido en un supuesto de discriminación institucional<sup>52</sup>. El TEDH dejó establecido en *Opuz* que “la pasividad generalizada y discriminatoria de la policía”, crea “un clima propicio para esta violencia”, comportando una violación del artículo 14 de la

---

<sup>49</sup> TEDH, Caso Volodina c Rusia, §86

<sup>50</sup> TEDH, *Caso Talpis c. Italia* (sentencia de 2 de marzo de 2017).

<sup>51</sup> TEDH *Caso Talpis c Italia* § 145

<sup>52</sup> Sobre el concepto de violencia institucional véase BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional de género”, *Anales Cátedra Francisco Suarez*, 2015, vol. 48, pp. 131-155.

Convención<sup>53</sup>. Adicionalmente constató que tal tratamiento discriminatorio se puede establecer porque no se trata de un simple incumplimiento o un retraso por parte de las autoridades, sino en una tolerancia repetida con respecto a los hechos que “refleja una actitud discriminatoria hacia la interesada en tanto que mujer”<sup>54</sup>. En suma, generalmente se determina la discriminación a partir de la finalidad y el contexto de la violencia y el abuso intrafamiliar, así como de la inacción de las autoridades<sup>55</sup>.

Frente a esta posición, encontramos una valoración distinta sobre el test Osman que condensa el voto discrepante del juez Spano en el caso *Talpis c. Italia*. El juez pone reparos a identificar este caso con un supuesto de discriminación y cuestiona el límite más allá del cual las obligaciones estatales han de asumir cargas poco realistas. No comparte la tesis de que se ha vulnerado el art. 14 en relación con el derecho a la vida y la prohibición de malos tratos. Partiendo de la doctrina establecida en *Osman vs UK* (§16) y más tarde en *Opuz* (§129), el juez disidente subraya que las autoridades estatales deben tener lo que denomina un “conocimiento constructivo”, esto es hay que probar que conocían o “debían haber conocido el riesgo real e inminente” y que “no tomaron medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgados razonablemente, se podría haber esperado evitar ese riesgo” (La cursiva es del juez Spano) (§2). El razonamiento del juez Spano pone el acento en la necesidad de “estar a los hechos concretos y ver exactamente si la policía, la fiscalía o el juez tuvieron conocimiento “constructivo” es decir las autoridades deberían haber sabido de un riesgo real e inmediato”. Entiende correctamente que la obligación positiva respecto al artículo 2 (el derecho a la vida) no puede imponer una carga imposible o desproporcionada a las autoridades, la necesi-

---

<sup>53</sup> TEDH Caso *Opuz c. Turquía* §191

<sup>54</sup> TEDH Caso *Eremia contra República de Moldova*, (sentencia de 28 de mayo de 2013) §89.

<sup>55</sup> Van Leewen Fleur, comentario a *Talpis c. Italia* en Strasborug Observes Blog, 25/9/2017.

dad de garantizar que la policía ejerza sus poderes para controlar y prevenir el delito ha de respetar plenamente el debido proceso y otra garantías que limitan legítimamente su acción para investigar el delito y llevara a los delincuentes a la justicia (artículos 5 y 8 Convención). Son impecables las prevenciones del juez Spano en el sentido de que “la doctrina de las obligaciones positivas no puede remediar todas las violaciones de los derechos humanos que se producen en la esfera privada sin las consideraciones del debido proceso, también dignas de protección de la Convención, y obviamente, no pueden realizarse al margen del principio de legalidad<sup>56</sup>.

Dos de los argumentos del juez Spano, me parecen cuestionables. Primero, cuando el Juez se pregunta si la pasividad en la investigación puede generar un “conocimiento constructivo”<sup>57</sup>. Y razona al respecto que “dado que las deficiencias impugnadas no estaban enraizadas en la intención discriminatoria de las autoridades, sino más bien en pura pasividad, no dan lugar a una desviación de las conclusiones del artículo 14 previamente formuladas con respecto a Italia”. Parece sensato sostener que si hay pasividad en quienes tienen capacidad de investigar no se va a obtener información adecuada y tampoco pruebas. En ese caso habrá que responder de esta pasividad en la investigación o en otros actos necesarios para alcanzar el conocimiento exigido.

El segundo, el razonamiento según el cual el juez Spano entiende que el caso *Talpis* no constituye un caso discriminación estructural. De un lado porque, afirma, la discriminación social y los altos niveles de violencia doméstica no son, por sí mismos, suficientes para fundamentar la conclusión de una violación del artículo 14. Los datos estadísticos presentados como indicios de prueba demuestran que la violencia doméstica afecta principalmente a las mujeres y que, aunque se han emprendido reformas,

---

<sup>56</sup> TEDH *Caso Talpis c Italia*, Voto del Juez Spano, § 15 del voto discrepante.

<sup>57</sup> TEDH *Caso Talpis c Italia*, Voto del Juez Spano, § 21 del voto discrepante.

un número importante de mujeres mueren asesinadas por sus compañeros o excompañeros y además persisten las actitudes socioculturales de tolerancia con respecto a esta violencia. Porque para valorar si hay o no discriminación lo relevante es atender al marco legislativo y su aplicación por parte de las autoridades nacionales. En su opinión porque los informes y materiales internacionales sobre los que se basa la mayoría de la corte en su constatación no prueban que el propio sistema sea discriminatorio, ni se desprende que las autoridades no aprecien plenamente la gravedad y la magnitud del problema de la violencia doméstica y su efecto discriminatorio<sup>58</sup>. Un planteamiento que merece reconsiderar de nuevo las insuficiencias de analizar la discriminación de acuerdo con la clasificación tradicional que distingue una modalidad directa y una indirecta de discriminación y ampliar el rango de los argumentos que provienen de la discriminación estructural. Precisamente lo que la mayoría del Tribunal viene a destacar es que la discriminación “social” no es autónoma e independiente del funcionamiento del sistema jurídico, aunque se cuente con una legislación y unos indicadores adecuados. También en esos casos la violencia contra las mujeres es discriminación. Adicionalmente, en este caso ha faltado un análisis más exhaustivo sobre el estatus de la Sra. Talpis en Italia debido a su origen moldavorumano y si esto ha constituido un patrón de discriminación.

De acuerdo con el caso *Opuz*, podemos establecer aquellos criterios que son expresión de la prohibición de discriminación (artículo 14 de la Convención europea). Por una parte, se considera discriminatoria la pasividad policial y judicial, la total falta de respuesta del sistema judicial y la impunidad de los agresores que crea un clima propicio para la violencia doméstica. Se trata de acciones de las autoridades que no dan lugar a una simple demora o error, sino que son conductas de inacción reiteradas y toleradas, por tanto, reflejan una actitud discriminatoria hacia

---

<sup>58</sup> TEDH Caso Talpis c Italia, voto discrepante Juez Spano §§22-23.

la demandante como mujer<sup>59</sup>. De otra, el trato recibido por las mujeres víctimas al ser atendidas en las comisarías de policía, la actitud policial al tratar de convencerlas de que regresaran a sus hogares, o la consideración de los hechos denunciados como un asunto familiar en el que no debían intervenir. Así como el tipo de castigo -no disuasorio- de los autores de la violencia doméstica o la atenuación de la condena por parte de los tribunales considerando motivos de costumbre, tradición u “honor”. Argumentos confirmados en *Halime Kılıç v. Turquía*, donde la Corte subrayó la negativa deliberada de las autoridades a aceptar la gravedad de los hechos de violencia doméstica. Las autoridades crearon un clima propicio para la violencia doméstica al no tomar en consideración las repetidas amenazas de muerte<sup>60</sup>. En ambos casos, el Tribunal consideró que la inactividad, los retrasos y, en especial los intentos de disuadir a las mujeres de presentar denuncias que caracterizan el tratamiento de las denuncias de violencia doméstica en Turquía derivaban directamente de las actitudes discriminatorias de las autoridades. Estos argumentos me parece que van en la dirección correcta de desvelar la discriminación incrustada en los sistemas policiales y judiciales.

El segundo ámbito donde tiene relevancia la perspectiva de la discriminación es la contextualización de la consideración jurídica que recibe la violencia de género. En la valoración del contexto, el TEDH ha incorporado algunos elementos especialmente significativos y que son tomados en consideración para valorar el contexto.

(i) Análisis del tratamiento procesal que se da a este tipo de delitos en el ordenamiento jurídico del estado en cuestión y de los estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(ii) Referencias normativas internacionales y de distinto grado de vinculatoriedad. En primer término la Convención de Estambul, incluso para los estados para los que no es vinculante,

---

<sup>59</sup> TEDH *Caso Eremia c la república de Moldova*.

<sup>60</sup> TEDH *Caso Halime Kılıç v. Turquía* (sentencia 5 de agosto de 2011).

como ocurre con Rusia. Así como, Recomendaciones y otras resoluciones del Comité de la CEDAW, informes de la relatoría especial de las NU sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y la relatoría sobre violencia contra las mujeres como criterios interpretativos de la convención y para comprender hasta que punto las mujeres se ven amenazadas de violencia en el país objeto de denuncia.

(iii) Informes sobre la situación de la violencia de género en el país denunciado. Como hemos examinado, el Tribunal incorporó una exigencia más al test Osman. De acuerdo con ella que el riesgo de amenaza real e inminente tenía que ser evaluado “teniendo debidamente en cuenta el contexto particular de la violencia doméstica”. Los informes contribuyen así a articular el conocimiento sobre los hechos contextualizados. Por ejemplo, los informes sobre Turquía en el caso *Opuz*, describen una sociedad y unas instituciones públicas tolerantes con la violencia machista y propiciatorias de un clima de impunidad de los agresores<sup>61</sup>. En el caso *Volodina c. Rusia* de 9 de julio de 2019, la sentencia tiene en cuenta informes relativos al estado ruso sobre la prevalencia de la violencia doméstica en el país con evidencias claras de que en lugar de tratar de hacer frente a las realidades que ponen a las mujeres en riesgo de sufrir violencia doméstica lo que promueven es la inacción del Estado. Inacción que perpetua la difícil situación de las mujeres y los niños y niñas como víctimas de violencia intrafamiliar. Para ayudar a identificar el problema estructural subyacente a la violencia doméstica en Rusia, el uso de estadísticas ha sido fundamental (§5), a pesar de la falta de estadísticas específi-

---

<sup>61</sup> Por ejemplo, el caso *Opuz* se tuvieron en cuenta informes del comité CEDAW sobre Turquía, de la Asociación de Abogados Diyabarkir y de Amnistía internacional. El caso *A contra Croacia* (sentencia 14 de enero de 2011, § 95) también constata a partir de informes una pasividad judicial generalizada y discriminatoria que afecta fundamentalmente a las mujeres y considera que la violencia sufrida por la demandante puede ser entendida como “as gender-based violence which was a form of discrimination against women”.

cas, los datos se han recopilado de los datos oficiales sobre delitos cometidos dentro de la familia y en el hogar, ponen de relieve la ausencia de registro “de los casos de violencia doméstica y la ignorancia” sobre ellos.

El *Caso Bevacqua c Bulgaria* ilustra una situación de violencia que se mantiene tras la solicitud de demanda de divorcio y de medias cautelares por parte de la mujer que no fueron atendidas. Entre las razones, el tribunal nacional alega que no actuó por respeto a los “periodos de reconciliación” en los conflictos familiares. Así como la constatación por parte del TEDH de una cultura deferente con la violencia contra las mujeres expresada por el propio gobierno búlgaro en sus alegaciones que considera que “este tipo de violencia forma parte de los procesos de divorcio” y, en todo caso, se trata de una cuestión íntima. La violencia con resultado de lesiones en este ámbito solo son perseguidas a instancia de la víctima.

En síntesis, este análisis sirve también para evaluar si las autoridades han demostrado la diligencia debida para evitar la violencia contra las mujeres, especialmente mediante la adopción de medidas preventivas y/o penales contra el agresor, especialmente en los casos en que las denuncias hubieran sido retiradas.

(iv) En estrecha relación con lo anterior se sitúa la valoración que hace el tribunal sobre la acción de la víctima en los casos en que retira la denuncia, o simplemente no denuncia ante situaciones donde el miedo a la violencia sobre ella o sobre los hijos puede paralizar a las mujeres. Es coherente con la línea adoptada en *Talpis* valorar el contexto de violencia doméstica y de vulnerabilidad de las víctimas. Por ejemplo el impacto dramático que los años de abusos pueden tener en la capacidad de la víctima para proteger sus derechos y los de sus hijos. No puede excluirse que años de violencia y abusos provoquen en la víctima sentimientos insuperables de miedo y ansiedad, dificultando su capacidad para emprender una acción inmediata. Ratniece advierte que si la Corte hubiera valorado así la situación de la víctima en *Kurt c Austria* es

posible que hubiera dado mayor peso en la prueba de los hechos a por qué la demandante se demoró en responder a los abusos<sup>62</sup>.

(v) Finalmente, el TEDH valora la gravedad y globalidad de la violencia que sufren las mujeres a manos de sus parejas o exparejas, y caracteriza como vulnerables a las mujeres y los menores que son sujetos pasivos de este tipo de violencia<sup>63</sup>. Como advierte Queralt<sup>64</sup>, en un primer momento no reconoce expresamente la situación de discriminación y, por lo tanto, no singulariza realmente la violencia contra las mujeres. Deriva la obligación de especial protección del artículo 8 que comprende la vida privada y familiar por tratarse de grupos vulnerables.

Sin duda, el reconocimiento de las mujeres y las niñas y niños víctimas de violencia doméstica como grupos especialmente vulnerables forma parte de los criterios que integran la contextualiza-

---

<sup>62</sup> RATNIECE, Zane, “A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: Kurt v. Austria”, Strasbourg Observer Blog. Consulta- do en:

<<https://strasbourgobservers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/>>. De los hechos del caso se desprende que la demandante había sufrido palizas regulares desde su matrimonio en 2003. (§§ 6-7, 14) En relación con los delitos de 2010, ella se había negado a declarar contra el autor. (párr. 10) No se había resistido a la violación en 2012 “por miedo a ser golpeada si lo hacía”. (párr. 13) (párr. 13) No había acudido a la policía por temor a que el autor actuara en base a sus amenazas de muerte en caso de que ella lo hiciera. (párr. 14) Había tenido “mucho miedo de su marido” y “quería protegerse a sí misma y a sus hijos”. (párrafo 15)

<sup>63</sup> TEDH, *Caso Opuz c. Turquía* (§130): «Los niños y otras personas vulnerables, en particular, tienen derecho a la protección del Estado, en forma de disuasión efectiva, contra esas graves violaciones de la integridad persona». TEDH, *Caso Bevacqua c Bulgaria* (sentencia de 12 de junio de 2008)

<sup>64</sup> Queralt, Argelia, «La violencia contra las mujeres. El sistema europeo», cit., p. 224.

ción de la violencia<sup>65</sup>. No contamos aun con suficiente perspectiva para valorar si este reconocimiento ha constituido un puente o un paso hacia la identificación de la violencia como discriminación. Aunque haya tenido un peso argumentativo destacado puesto que ha sido el criterio que, a juicio del tribunal, justifica o permite establecer una protección especial y obligaciones positivas<sup>66</sup>. Se trata de una cuestión fundamental en el enfoque del TEDH porque, por un lado, supone que el Tribunal no considera que la violencia sobre las mujeres, incluso en el ámbito de relaciones familiares o de pareja sea una violencia una entidad autónoma con características y fundamentos propios y la diluye como violencia familiar. Por otro, tampoco autoriza a considerar que no toda violencia en las relaciones familiares puede conceptualizarse como discriminación con la finalidad de mantener la opresión y dominación sobre las mujeres, esto no es per se que no todas las formas de violencia lo son por razones de género

Por otra parte, no parece adecuado –dada su ambigüedad– el reconocimiento de una protección específica a las mujeres en casos de violencia a través de la técnica de los grupos vulnerables, habitualmente asimilados a las minorías<sup>67</sup>. El uso de la noción de

---

<sup>65</sup> TEDH Caso *Volodina c Rusia* (sentencia de 9 de julio de 2019). El tribunal realiza una interpretación y aplicación del Convenio europeo teniendo en cuenta la desigualdad entre hombres y mujeres y se esfuerza por lograr una igualdad sustantiva y efectiva, lo hace teniendo en cuenta o respondiendo a las vulnerabilidades particulares de las víctimas de la violencia doméstica y en consecuencia “desplaza significativamente la carga de la prueba de la víctima al Estado demandado”

<sup>66</sup> TEDH, Caso *Es y otros c. Eslovaquia* (sentencia de 15 de septiembre de 2009). e

<sup>67</sup> Añón, María José “Violencia y discriminación: evoluciones conceptuales”, en *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Susana Quicios y Silvina Alvarez (dir.), Aranzadi (Thomson Reuters), 2019, pp.45-70

vulnerabilidad en general –también en el caso del TEDH– es ambivalente. Es verdad que se aplaudió su recepción por parte de esta corte para subrayar el uso de las nociones de capacidad y vulnerabilidad –herramientas de un análisis contextualizado– y para referirse a los sujetos desprovistos de agencias y resistencias, y que se consideró la vulnerabilidad como una categoría idónea para acoger las críticas al sujeto de derechos humanos abstracto y no situado<sup>68</sup>. Sin embargo, hay que advertir que resulta necesario que, si la categoría ha de jugar un papel en la teoría y la práctica de los derechos humanos, debe integrarse con los elementos estructurales y sistémicos de la igualdad/desigualdades. Esta dimensión sistémica será la que permita ampliar el campo de análisis y valoración de las violencias contra las mujeres.

Finalmente, destacaría el desarrollo argumentativo por parte del TEDH en relación con la obligación de proteger, de diligencia debida y con la valoración de la dimensión contextual de la violencia. Argumentos que introducen precisión y minuciosidad en la prueba de los hechos y en el conocimiento de la violencia contra las mujeres que el propio tribunal considera insuficientemente reconocida como una “violencia real”<sup>69</sup> y considera un problema general que afecta a todos los estados parte<sup>70</sup>. Los indicadores que avanzan en este conocimiento valoran, como se ha visto, si se minusvalora la violencia contra la mujer no solo socialmente, sino y sobre todo institucionalmente, si se constata una pasividad generalizada por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del

---

<sup>68</sup> PERONI, Lourdes y TIMMER, Alexandra, “Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085; BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 14, núm.1, 2016, pp. 139-178.

<sup>69</sup> TEDH, Caso Tölle c. Croacia (sentencia 10 de diciembre 2020)

<sup>70</sup> TEDH, Caso Opuz c Turquía

estado, si se irradia una cultura deferente con esta violencia. Estos y otros indicadores son expresión de la violencia como discriminación estructural. En cuanto a las respuestas pertinentes para la efectividad de los derechos, el TEDH es consciente de la imprescindible amplitud de las mismas y del necesario pero insuficiente desarrollo legislativo<sup>71</sup>. Con todo ello, la jurisprudencia del TEDH está dando pasos hacia el entendimiento de la violencia como discriminación y con ello contribuye a la transformación de “la violencia basada en el género” como una forma de discriminación contra la mujer en un principio de derecho internacional consuetudinario, resultado de la labor decisiva del Comité de la CEDAW y de la importancia que de ahí deriva para que los estados ajusten la legislación nacional y la práctica administrativa a este principio.

---

<sup>71</sup> TEDH, Caso Volodina c Rusia

