

# VIOLENCIA DOMÉSTICA Y MALOS TRATOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ

## SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. VIOLENCIA DOMÉSTICA Y TRATOS INHUMANOS: ¿NUEVOS DERECHOS HUMANOS? O ¿ NUEVAS FORMAS DE ENTENDER LAS TORTURAS Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES? III. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN TEHD. 3.1. Las partes y los hechos. 3.2. Cuestiones de admisibilidad. 3.3. El tercero interviniente. 3.4. Cuestiones de fondo. a) Responsabilidad del Estado por omisión de la diligencia debida frente a la muerte de la madre, en virtud del artículo 2 del Convenio. b) Responsabilidad del Estado por negligencia frente a la violencia doméstica y malos tratos, en virtud del artículo 3 del Convenio. c) Responsabilidad del Estado por discriminación en la administración de justicia, en virtud del artículo 14 en relación con el 2 y 3 del Convenio. IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA REPERCUSIÓN PRÁCTICA DE ESTA SENTENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos es uno de los elementos esenciales de los sistemas democráticos. Junto a la prohibición de injerencia del poder público, la efectiva protección y promoción de los derechos humanos implica obligaciones positivas de los Estados –*Leistungsrechte*<sup>1</sup>–. Desde que en 1950 se firmara en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos, han ido ampliándose formalmente y por la vía jurisprudencial a través de su interpretación de acuerdo con las circunstancias estructurales y sociales de cada momento. Seguro que Eleanor Roosevelt ni René Cassin no imaginaban que la violencia en el hogar fuesen de tal intensidad y gravedad que afectasen a la integridad física, psíquica y a la vida misma y que, por lo tanto, fuesen objeto de protección por las autoridades publicas en un Estado democrático de Derecho, al amparo del Convenio tras una amplia, razonable y necesaria interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. STREUER, W., *Die positiven Verpflichtungen des Staates. Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, 412 p.

El Convenio garantiza los derechos y libertades tradicionales en relación al Estado como detentor del poder público. Esto no implica, sin embargo, que el Estado no esté obligado a proteger a los individuos a través de medios apropiados con ciertas formas de injerencia por otros individuos grupos u organizaciones. El caso *Van Oosterwijck* reforzó la responsabilidad del Estado ante las intrusiones excesivas o anormales de terceros en la vida privada<sup>2</sup>. Pues, en efecto, el Convenio no se contenta con obligar al Estado parte que respete los derechos y libertades que consagra el Convenio, como lo consagra el artículo 14 cuando en la versión inglesa dice textualmente *shall secure*, sino que implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar las violaciones a niveles inferiores, entendiéndose con niveles inferiores, no sólo los entes públicos locales, sino las acciones de particulares. De esta forma, en el respeto de la vida privada y familiar, por ejemplo, el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias, sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas inherentes a cada derecho<sup>3</sup>. De esta forma, las injerencias contrarias a los derechos fundamentales y libertades garantizados en el Convenio pueden ser el resultado de la acción directa del Estado, pero también de la omisión de su debida diligencia en la ejecución de las normas nacionales de protección. No cabe imputar al Estado toda violación de los derechos fundamentales que sean consecuencia de la actuación de un particular, sino dependerá en cada caso de la acción del particular y de la acción de la autoridad pública frente ese particular.

En la sentencia *Opuz v. Turquía*, de 9 de junio de 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condena por primera vez en su historia a un país miembro por violencia doméstica y malos tratos. Los aspectos más complejos de esta sentencia se centran, en la calificación de la violencia doméstica como una forma más de violación de los derechos humanos y libertades fundamentales amparadas por el Convenio Europeo; la cuestión de la naturaleza de las obligaciones positivas del Estado y su cumplimiento por el Estado para proteger a la mujer frente a la violencia doméstica y, por último, cómo asegurar estos derechos de forma no discriminatoria en la aplicación y ejecución del derecho nacional. El Tribunal se enfrenta en esta demanda a la cuestión si existe una obligación concreta de protección frente a la violencia doméstica al amparo del Convenio y, en tal caso, su efectividad práctica en Turquía.

2. *Van Oosterwijck, v. Bélgica*, asunto nº 7654/76, de 6 de noviembre de 1980, p. 24.

3. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "El alcance de las obligaciones (art. 1 CEDH)", en *La Europa de los Derechos*, Pablo Santolaya (ed.), 2006, pp. 49-65, p. 55.

## II. VIOLENCIA DOMESTICA Y MALOS TRATOS: ¿NUEVOS DERECHOS HUMANOS? O ¿NUEVAS FORMAS DE ENTENDER LAS TORTURAS Y LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES?

El Convenio Europeo, como tratado internacional, deber ser interpretado a la luz de las normas internacionales sobre interpretación de tratados para que sirva como instrumento eficaz en la protección de los derechos humanos. Desde 1950 hasta nuestros días, el Tribunal ha entendido de forma amplia el alcance de sus derechos, reforzando –en consecuencia– la responsabilidad de protección de los Estados<sup>4</sup>.

En la sentencia *Irlanda v. el Reino Unido*, de 1978, el Tribunal se vio enfrentado, entre otros aspectos, a dilucidar si una serie de actos degradantes, malos tratos y actos inhumanos podían considerarse “tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes”, en el sentido del artículo 3 del Convenio. En su opinión disidente, el juez EVRIGENIS hace referencia a que toda interpretación de la Convención ha de considerar no sólo la situación presente sino también su historia anterior<sup>5</sup>. Por su parte, el juez FUTZMAURICE añade:

It would be reasonable to suppose that, at the date when the Convention was framed, during the aftermath of war and atrocity, it would have been the severer forms of ill-treatment that the Parties would have had in mind, those that, as I have said, amount recognisably to torture or inhuman treatment, etc. These were, at the time, well known, within contemporary experience, easily discerned. To have gone further would have necessitated much more careful and detailed consideration – and also drafting. Provision was made for “degrading treatment”, but this involves another order of concept entirely<sup>6</sup>.

Los malos tratos y otro tipo de violencia contra el individuo estarían protegidos por el Convenio, si su gravedad se manifiesta de forma clara y no hacen faltan grandes deliberación para apreciar que viola el espíritu y la letra del Convenio<sup>7</sup>, como se recoge su jurisprudencia posterior<sup>8</sup>. En materia de interpreta-

4. JENKINS, D., “The European legal tradition against torture and implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Public Law* (2007), pp. 5-22, p. 17

5. *Irlanda v. el Reino Unido*, asunto nº 5310/71, de 18 de enero de 1978, p. 124.

6. *Ibid.*, p. 107

7. GRDINIC, E., “Application of the elements of torture and other forms of ill-treatment, as defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the incidents of domestic violence”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 23 (2000), pp. 217-260, p. 255

8. *A. y otros v. el Reino Unido*, asunto nº 3455/05, de 19 de febrero de 2009, párr. 161; *Moldavan y otros v. Rumania*, asunto nº 41138/98 y 64320/01, de 30 de noviembre de 2005, párr.

ción el Tribunal despeja cualquier tipo de duda en otra sentencia de 1979, en el caso, *Tyrer v. Reino Unido* al considerar,

The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field<sup>9</sup>.

En la actualidad existe una *opinio iuris* internacional de que la violencia doméstica es una forma más de violación de los derechos de la mujer como individuo, como nuevas formas de tratos degradantes, inhumanos y que, según la intensidad, pueden ser calificados como tortura. Además, el Convenio no puede interpretarse de forma aislada, sino que ha de hacerse de forma teleológica y de acuerdo con el conjunto del derecho internacional actual, del cual forma parte<sup>10</sup>. El TEDH considera que,

the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies<sup>11</sup>.

En el caso, *Opuz v. Turquía* el TEDH, a modo de preámbulo, asume este nuevo contexto internacional y comparte, esta *opinio iuris*, ya que en su respuesta al caso concreto, trae a colación en sus párrafos 72-90, diversos instrumentos internacionales vinculantes, la práctica internacional contra esta violencia y algunos informes de instituciones especializadas, así como la normativa de derecho comparado. Es cierto que alguno de estos informes podría calificarse de *soft law*, pero obviamente estos instrumentos manifiestan la gravedad de la violencia doméstica y cómo se entiende en el contexto internacional actual. De ahí que sirvan de marco general para la interpretación del Convenio como instrumento vivo, de acuerdo con el contexto social actual dentro una sociedad democrática pluralista y tolerante.

94: Moiseyev, v. Rusia, asunto n° 62936/00, de 8 de octubre de 2008, párr. 134; *Vlasov v. Rusia*, asunto n° 78146/01, de 12 de septiembre de 2008, párr. 97.

9. *Tyrer v. Reino Unido*, asunto n° 5856/72, de 25 de abril de 1978, párr. 3

10. *Al-Adsani v. Reino Unido*, asunto n° 35763/97, de 21 de noviembre de 2001, párr. 55; *Loizidou v. Turquía*, de 18 de diciembre de 1996, párr. 43.

11. *Ócalan v. Turquía*, asunto n° 46221/99, de 12 de mayo de 2005, párr. 163; *Selmouni v. Francia*, asunto n° 25803/94, de 28 de julio de 1999, párr. 101.

La violencia doméstica puede ser definida como el conjunto de actos coercitivos, de carácter sexual, psicológicos y físicos, ejercidos contra las mujeres contra su voluntad, cometidos habitualmente en el entorno familiar o en el equivalente al familiar, según el Secretario General<sup>12</sup>. En 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una declaración sobre la violencia contra la mujer, en cuyo artículo 4 c) urge a los Estados “to exercise due diligence to prevent, investigate and, in accordance with national legislation, punish acts of violence against women, whether those acts are perpetrated by the State or private persons”. Y en este contexto, el TEDH recuerda además, la Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979, ratificada por Turquía el 19 de enero de 1986. Además, recuerda la Recomendación General n° 19 de Comité de la citada convención –Comité CEDAW–. En su artículo 24 contiene un catálogo de obligaciones de los Estados para que “a) adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo... y g) medidas preventivas y punitivas para acabar la trata de mujeres y la explotación sexual, ...r) medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia, mediante sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar e incluso que modifiquen la legislación nacional y elimine la defensa del honor como justificación para atacar a las mujeres de la familia o darles muerte”. Recomienda que los Estados adopten tres tipos de medidas: i) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo; ii) medidas preventivas, entre ellas programas de información y educación para modificar las actitudes relativas al papel y la condición del hombre y de la mujer; y iii) medidas de protección, entre ellas refugios, asesoramiento, rehabilitación y servicios de apoyo para las mujeres que son víctimas de violencia o que se encuentren en peligro de serlo”<sup>13</sup>. De la jurisprudencia y demás recomendaciones del Comité se desprende que los Estados han de poner la debida diligencia tanto en la adopción de las medidas como en su aplicación.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha reconocido que la violencia doméstica es una de las mayores causas de muerte

12. UN Doc. A/61/122/Add.1, de 6 de Julio de 2006, párrs. 112-113, informe titulado, *In depth study on all forms of violence against women*. En el párrafo 113, el Secretario General resalta que ente el 40-70 % de las víctimas mortales han sido por causa de la violencia domestica.

13. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15, párr. t) del artículo 24 de la Recomendación General n° 19.

y de discapacidad de entre las mujeres de entre 16 y 44 años<sup>14</sup>. El Comité de Ministros ha recordado a los Estados en su Recomendación (2002) 5, de 30 de abril de 2002, su obligación de desarrollar y mejorar, cuando sea necesario, las políticas nacionales contra la violencia basadas en la máxima seguridad y protección de las víctimas, prestado apoyo y asistencia, garantizando el enjuiciamiento civil y criminal de los agresores como cosa pública, y formando a los profesionales que se enfrente a estas cuestiones para que puedan prevenir eficazmente la violencia contra la mujer. Igualmente matiza que se debe tipificar como delito todas las formas de violencia en la familia y que la justicia adopte medidas cautelares de protección a las víctimas, como por ejemplo, órdenes de alejamiento, prohibición de comunicación con la víctima y que se penalicen el incumplimiento de estas medidas, así como se aprueben protocolos de actuación para la policía y los servicios médicos y sociales<sup>15</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos ha ido más allá al considerar la responsabilidad internacional de los Estados por sus actos directos contrarios a los derechos humanos y por la omisión de la debida diligencia en la prevención de la violación o por la omisión de una respuesta adecuada<sup>16</sup>. Sobre la base de esta diligencia debida, se condenó a Brasil por un doble incumplimiento de su responsabilidad, por una parte por no perseguir judicialmente al agresor de forma efectiva y, por otra, por la omisión de la diligencia debida en la prevención<sup>17</sup>. En aquel caso, la Corte Interamericana, estimo además, que la ineficacia del sistema judicial era discriminatoria, en el entendido que la sociedad y la autoridad competente carecían de la voluntad para hacer frente a este tipo de violencia.

Por último, en este preámbulo contextual, el TEDH recuerda algunos informes de organización turcas sobre la situación de la mujer y la violencia doméstica<sup>18</sup>,

14. Recomendación 1582(2002), de 27 de septiembre de 2002, Asamblea Parlamentaria, párr. 2.

15. *Opuz v. Turquía*, párrs. 80-82.

16. Asunto, *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos humanos (ser. C) n.º 4, párr. 172. citado en la sentencia de Estrasburgo, *Opuz v. Turquía*, de 9 de junio de 2009, párr. 83

17. Sentencia *Maria da Penha v. Brazil*, párrs. 55 y 56, asunto n.º 12.051, de 20 de diciembre de 2000.

18. En concreto, el informe del Purple Roof Women's Shelter Foundation (Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı) sobre la aplicación de la Ley turca n.º 4320, de 7 de julio de 2007; el informe de Women's Rights Information and Implementation Centre of the Diyarbakır Bar Association (KA-MER), sobre la aplicación de la Ley turca n.º 4320, de 25 de noviembre de 2005; el informe sobre los Honour Crimes, del Diyarbakır Bar Association's Justice For All Project and the Women's Rights Information and Implementation Centre; y el informe de 2004 de Amnistía Internacional, titulado, Turkey: Women Confronting Family Violence.

así como otro de Amnistía Internacional. En todos ellos, de una forma u otra, se observa que existen normas nacionales frente a la violencia doméstica, como la Ley nº 4320 de Turquía, si bien ésta es de difícil aplicación práctica por razones sociológicas, ya que la sociedad en general no percibe su gravedad y desconfía de las fuerzas de seguridad del Estado. El hecho de que el gobierno turco aprobara en enero de 1998 la Ley nº 4320, *Family Protections Act* implica que reconoce su responsabilidad frente a la violencia doméstica y garantiza los derechos humanos, en el entendido de que violencia doméstica supone una nueva manifestación de tratos inhumanos y degradantes en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos humanos. Otra cuestión distinta será la eficacia de la administración de justicia, ya que hasta marzo de 2008 no se aprueba la normativa necesaria para la aplicación de la ley turca nº 4230.

### 3. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN TEDH

#### 3.1. *Las partes y los hechos*

El 15 de julio de 2002, la señora Nahide Opuz presentó su escrito de demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que las autoridades turcas no le habían protegido a ella ni su madre de los malos tratos y violencia de su marido H.O., hasta causar la muerte de la madre.

Los hechos alegados por la demandante son incontestados por el gobierno turco. Desde 1995 hasta marzo de 2002, tanto la demandante como su madre sufrieron malos tratos y violencia doméstica de forma continuada por parte de H.O. hasta causar la muerte por atropello de la madre de la demandante. Las diversas acciones de violencia durante este tiempo fueron atestiguadas y documentadas tanto por la policía, como por los informes médicos tras el reconocimiento a las víctimas que en más de una ocasión motivaron su ingreso en urgencias y por las que ambas obtuvieron bajas laborales de seis y siete días respectivamente. A lo largo de estos años la demandante denunció a su marido en varias ocasiones para que se iniciase el correspondiente proceso criminal, de acuerdo con el artículo 456 párr. 4 del código penal turco. Tanto en abril de 1995, como en julio de 1996 la demandante retiró las demandas contra el marido, aludiendo que el matrimonio había hecho las paces. En cambio, en marzo de 1998 el fiscal decidió sobreeser el caso, ya que –en su opinión– la acusación de que había sido atacada con un cuchillo carecía de pruebas suficientes.

Tras el atropello de la madre de la demandante y su posterior ingreso inconsciente en el hospital, el juez turco dictaminó custodiar a H.O.

Ante esta situación la demandante solicitó en marzo de 1998 la tramitación civil de divorcio de H.O.; suspendida posteriormente a instancia de parte y reiniciada de nuevo en diciembre de 2001, poco después de que la demandante se trasladara a vivir con su madre en octubre de 2001. Este mismo mes, la demandante volvió a ser ingresada en el hospital con siete heridas de arma blanca por todo su cuerpo, aunque los informes médicos estimaron que las heridas no hacían temer por su vida. Estos hechos fueron denunciados penalmente de acuerdo con el artículo 456 párr. 4 y el artículo 457 párr. 1 del código penal turco, hasta que en mayo de 2002 H.O. fue condenado a pagar una pequeña multa en ocho cómodos plazos<sup>19</sup>.

Mientras se tramitaba este procedimiento penal, la madre de la demandante –y suegra de H.O.–, interpuso una querrela criminal contra H.O., según el artículo 191 párr. 1 del código penal turco por sus amenazas de muerte desde que la demandante se había trasladado a vivir con ella. Durante las investigaciones policiales, se llevaron a cabo diligencias de investigación sobre los hechos, pero limitadas al rastreo de las llamadas de teléfono. Ante esta situación y a la espera de las resoluciones de ambos procesos judiciales –el divorcio y la querrela criminal– la demandante y su madre decidieron mudarse de ciudad. El 11 de marzo de 2002 mientras hacían el traslado, H.O., disparó a muerte a la madre de la demandante. Al día siguiente se inició el procedimiento criminal por asesinato premeditado de acuerdo con el artículo 449. 1 del código penal turco. En marzo de 2008, H.O. fue condenado a cadena perpetua por tenencia ilícita de armas de fuego y asesinato. Durante el juicio H.O., alegó en su defensa que había sido provocado por la situación. El tribunal turco, no obstante, teniendo en cuenta la buena conducta de H.O. durante el proceso, conmutó la pena originaria por 15 años y 10 meses de prisión y al pago de una multa de 180 nuevas liras turcas. Esta sentencia ha sido apelada por H.O., y –a la fecha de la sentencia de Estrasburgo, junio 2009– aún sigue pendiente ante el tribunal de casación turco.

En abril de 2008, la demandante volvió a solicitar a las autoridades turcas protección y medidas cautelares contra su ex-marido H.O., ya que éste al salir de la cárcel e interponer el recurso de casación, pero sin terminar de cumplir la condena, volvió a amenazar a la demandante y a su novio. Cuando en mayo de 2008, el Ministerio de Justicia turco recibió la solicitud de Estrasburgo de presentar alegaciones al caso, dio orden al Fiscal General de que adoptara medidas de protección para la demandante. En respuesta al alto Tribunal se limitó a

19. *Opuz v. Turquía*, párr. 44.

señalar que la puesta en libertad de H.O., repondría a la legalidad turca vigente para no extralimitar el tiempo máximo de detención provisional, hasta que la sentencia de condena fuese firme.

En la demanda del 15 de julio de 2002, la señora Nahide Pouz alegó que las autoridades turcas habían incumplido su obligación de proteger el derecho a la vida de su madre, por la negligente actuación frente a los malos tratos, amenazas de muerte y delitos a la que se vio sometida ella misma durante años. Apoyaba su demanda en el artículo 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes), 6 (derecho a un juicio justo en plazo razonables) y 13 (derecho a un recurso efectivo). Igualmente alegaba la falta de protección contra esta violencia y malos tratos en la aplicación de las normas turcas para la salvaguarda del derecho a la vida y la prohibición de torturas en contradicción con principio de no discriminación del artículo 14 del Convenio.

### 3.2. *Cuestiones de admisibilidad*

El artículo 35 del Convenio establece los requisitos para la admisibilidad de la demanda. El párrafo 1º recoge que el “Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. Esta disposición establecen dos condiciones ineludibles, que a lo largo de la jurisprudencia han sido matizadas y ampliadas por el Tribunal<sup>20</sup>.

Por una parte, el límite temporal de los seis meses para la presentación de la demanda busca la seguridad jurídica en todos los casos. La verificación del cumplimiento de este requisito no presenta dificultades, cuando a nivel nacional existe un sistema de protección de los derechos humanos que permita establecer con certeza el inicio de este plazo. Tal es el caso, por ejemplo, de nuestro recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o en Alemania con la *Verfassungsbeschwerden* ante *Bundesverfassungsgericht*, de acuerdo con el artículo 93.4 a) del *Grundgesetz*. Cuando no existan recursos internos (eficaces), el plazo de seis meses comenzaría a contar desde que los demandantes tomen conciencia, o hubieren debido tomarla, de las circunstancias que convierten

20. VILLIGER, M., “Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the case –law of the European Court of Human rights”, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte – Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag* am 21. Januar 2005, 2005, pp. 317-330, p. 327.

un recurso en ineficaz<sup>21</sup>, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH<sup>22</sup>. Para el gobierno turco, en este caso, el imperativo de este límite temporal significa que los hechos comprendido desde 1995 hasta 2001 no se pueden tener en cuenta en las deliberaciones del Tribunal. En cambio, el Tribunal considera que las amenazas y los malos tratos a las que fueron sometidas la demandante y su madre desde 1995 no son casos aislados, sino que han de considerarse todos juntos, como una cadena de actos conexos<sup>23</sup>. Es este sentido, estima que la demandante interpuso la demanda dentro de los seis meses desde la muerte de su madre, puesto que en ese día se hizo palpable la ineficacia de los recursos nacionales y la de las autoridades públicas para impedir o frenar aquellos actos de violencia. Por lo que el Tribunal considera que a efectos de los seis meses del artículo 35.1 del Convenio se puede tomar como fecha más lejana el 13 de marzo de 2002, ya que el enjuiciamiento criminal contra H.O., por el asesinato no impidió que continuase con las amenazas y actos de violencia con la demandante<sup>24</sup>. Por consiguiente, el Tribunal constata el cumplimiento de este requisito temporal.

Por otra parte, el artículo 35.1 del Convenio, impone la obligación de utilizar antes los recursos normalmente disponibles en el sistema jurídico de su país y suficientes para permitirles obtener la reparación de las violaciones que alegan. Estos recursos deben existir en un grado suficiente de certeza, tanto en teoría como en la práctica, a saber que sean efectivos, accesibles y ofrezcan unas perspectivas razonables de éxito. De esta forma se garantiza el principio de subsidiariedad y se ofrecer al Estado la oportunidad de ejercer sus obligaciones y proteger o corregir posibles abusos. Es preciso agotar todos los recursos accesibles, eficaces y no discriminatorios. Sin embargo, la jurisprudencia de los órganos de control del Convenio entiende que no constituye recurso que deban agotarse las reclamaciones ante el Defensor del Pueblo<sup>25</sup>, las solicitudes de medidas de gracia ni los recursos de revisión<sup>26</sup> o, en general, cualquier recurso extraordinario que dependa de un poder discrecional<sup>27</sup>. Tampoco exige que se utilice un nuevo recurso interno, si éste ha entrado en vigor en menos de seis meses y si con él se introducen cambios importantes con la práctica an-

21. MORTE, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 244, p. 63.

22. Asunto n° 62566/00-62577 y 62579-62581/00, decisión de inadmisión, de 10 de enero de 2002.

23. *Opuz v. Turquía*, párr. 112.

24. *Ibid.*, párrs. 108-113.

25. *Lehtinen v. Finlandia*, asunto n° 39076/97, de 14 de octubre de 1999,

26. MORTE, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo...*, *op. cit.*, p. 57.

27. *Tumilovich v. Rusia*, asunto n° 47033/99, de 22 de junio de 1999.

terior<sup>28</sup>. En cambio, exige el agotamiento de los recursos internos del Estado, aún cuando éstos sean largos y costosos<sup>29</sup>.

La demandante y su madre demandaron en varias ocasiones por la vía penal a H.O., pero en casi todas ellas retiraron las demandas, por lo que se sobreesían los procedimientos, al no haber norma nacional que facultase la persecución de oficio, cuando los daños causados a las víctimas no fuesen superiores diez días de baja laboral. El proceso civil de divorcio no podía entrar a conocer de las amenazas de muerte. En cuanto a la idoneidad de la ley 420 nacional, como recurso eficaz de defensa de los derechos humanos, las partes difieren en cuanto a su aplicación. El gobierno insistió que debió utilizar esa vía para hacer valer sus derechos y la demandante alegó que la citada norma entró en vigor en 1998, cuando ya se habían producido parcialmente los hechos y anteriormente no existía un recurso eficaz de protección<sup>30</sup>. El Tribunal, en cambio, va más allá y afirma la estrecha relación entre la eficacia y accesibilidad de los recursos nacionales de protección y la gravedad del fondo del asunto, relativo a la efectividad del sistema jurisdiccional turco en la protección de la demandante y su madre frente a la violencia y los malos tratos. De ahí, que se cuestione si se deberían continuar con un proceso penal, incluso, aunque la demandante hubiera retirado su demanda. El Tribunal estima que estas cuestiones han de sopesarse en la parte sustantiva del proceso y no en la fase de admisibilidad (párr. 116). No es la primera vez, que el Tribunal considera esta convergencia de admisibilidad y fondo<sup>31</sup>. Por lo que, en principio, estima admisible la demanda.

### 3.3. *El tercero interviniente*

El artículo 36 párrafo 2 del Convenio permite la participación de un tercero en un proceso, a modo de *amicus curiae*, si dicha participación es “en interés de la buena administración de la justicia”. En tal caso, “el presidente

28. *Depauw v. Bélgica*, asunto n° 2115/04, de 10 de junio de 2008, párr. 97; *Stanková v. Eslovaquia*, asunto n° 7205/0, 31 de marzo de 2008, párrs. 43-44.

29. *Pindstrup Mosebrug A/S v. Dinamarca*, asunto n° 34943/06, de 3 de junio de 2008, párr. 109

30. *Opuz v. Turquía*, de 9 de junio de 2009, párrs. 114-115.

31. *Şemsi Önen v. Turquía*, asunto n° 22876/93, párr. 77, de 14 de mayo de 2002, pues en esta sentencia la cuestión era semejante, ya que también se trataba de una situación de violencia continuada, al igual que en *Jordache v. Rumania*, asunto n° 6817/02, párr. 112; *Paladi v. Moldavia*, asunto n° 39806/05, de 10 julio de 2007.

del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista”. Las reglas de procedimiento del Tribunal, concreta las obligaciones de este tercero interviniente. El artículo 44, párr. 2 a) señala que la participación de un tercero en un proceso es una participación puntual, bien presentando comentarios por escrito o, excepcionalmente, participando en la vista oral. En ningún caso sus alegaciones son vinculantes ni predeterminan el fondo del asunto. Al contrario, son opiniones de cierta autoridad que sirven de orientación sobre el estado de la cuestión.

En el párrafo 4 se señala que esta participación quedará supeditada a las condiciones fijadas por el presidente. Si no se cumplen, el presidente decidirá si los comentarios escritos formarán parte o no del dossier del caso. En todo caso el tercero asume la obligación de cooperar con el TEDH como si de la parte litigante se tratara. No se trata de una práctica muy habitual, pero tampoco es la primera vez que el presidente de la sección correspondiente autoriza a una organización no gubernamental a presentar un informe escrito en caso de difícil solución ante la novedad de algunos de sus aspectos<sup>32</sup>. Con palabras del juez COSTA, la importancia de esta figura radica en que “put before the Court broader views and other legal approaches, and which can be beneficial in giving the Court’s interpretations of the Convention the richest possible basis, in instances where I have felt that the court might be assisted by my input on a particular point of international human rights law”<sup>33</sup>.

En este caso, participa *Interights*, un Centro Internacional para la protección judicial de los derechos humanos, compuesto por jueces, abogados y ONGs que prestan sus servicios y asesoramiento en esta materia. *Interights* presentó su escrito y estuvo en la vista oral de 7 de octubre de 2007, aportando información sobre el bloque normativo de derecho comparado que obliga a los Estados a una particular vigilancia para la protección de la mujer frente a la violencia doméstica. En su opinión, la falta de una respuesta eficaz del Estado contra la violencia de género puede suponer entre otras cosas una discriminación en la administración de justicia. Todas estas aportaciones se aprecian sobre todo en la parte sustantiva de la sentencia, en los párrafos, 125-127, 157, y 182.

32. *Saramati v. Francia, Alemania y Noruega*, asunto nº 71412/01 y 78166/01, de 2 de mayo de 2007, en el que participó el Departamento de Asuntos Jurídicos de las Secretarías Generales de las Naciones Unidas.

33. Informe Anual de 2008, sobre la labor del Tribunal, palabras del juez Costa, p. 46.

### 3.4. *Cuestiones de fondo*

En la demanda se alega que las autoridades turcas habían incumplido su obligación de proteger el derecho a la vida de la madre, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio. Asimismo, se estima que los malos tratos y la violencia sufridos por la demandante se debían, entre otros causas, a la negligencia de la autoridad pública, por lo suponía una violación del artículo 3, 6 y 13 del Convenio. Por último, la falta de de protección jurisdiccional frente a la violencia domestica contradecía el principio de no discriminación del artículo 14 del Convenio.

#### a) *Responsabilidad del Estado por omisión de la diligencia debida frente a la muerte de la madre, en virtud del artículo 2 del Convenio*

La protección jurídica de la vida es un derecho de defensa de toda persona frente a los poderes públicos del que se deriva una prohibición y una obligación: los Estados están vinculados de modo negativo, pues el artículo 2 prohíbe causar la muerte. Pero muy particularmente los poderes públicos están obligados en un sentido positivo a establecer sistema efectivos de protección jurídica de la vida en sus respectivos ordenamientos. Esta última dimensión permite a las instituciones garantizadoras del Convenio examinar no sólo las acciones estatales, sino también sus omisiones, con lo que se amplía su ámbito de control. El artículo 2 pertenece al denominado *núcleo duro* del Convenio, es decir, al conjunto de derechos que, por efecto de la reserva contenida en el artículo 15.2 del Convenio, no puede ser derogado en ningún supuesto. Junto al artículo 3 del Convenio, el derecho a la vida constituye uno de los valores básicos de las sociedades democráticas; de ahí que el examen judicial del Tribunal sobre la eventual violación de este derecho sea de lo más estricto.

Es habitual en la jurisprudencia del Tribunal que se enjuicie las acciones de los poderes públicos sobre la vida de los ciudadanos<sup>34</sup>, por ejemplo, ante situaciones de desaparecidos tras su detención por las fuerzas de seguridad<sup>35</sup>; casos

34. *McCann v. Reino Unido*, asunto nº 17/1994/464/545, de 27 de septiembre de 1995; *Andronicou y Constantinou v. Chipre*, asunto nº 86/1996/705/897, de 9 de octubre de 1997; *Ergi v. Turquía*, asunto nº 66/1997/850/1057, de 28 de julio de 1998, *Ogur v. Turquía*, asunto nº 66/1997/850/1057, de 28 de julio de 1998; *Gül v. Turquía*, asunto nº 22676/93, de 14 de diciembre de 2000.

35. *Çakici v. Turquía*, asunto nº 23657/94, de 8 de julio de 1999; *Timurtas v. Turquía*, asunto nº 23531/94, 13 de junio de 2000; *Demiray v. Turquía*, asunto nº 27308/95, de 21 de noviembre de 2000; *Cicek v. Turquía*, asunto nº 25704/94, de 5 de septiembre de 2001; *Bilgin v. Turquía*,

de un uso desproporcionado de la fuerza por parte de los agentes de seguridad<sup>36</sup>; por torturas y muertes en dependencias policiales<sup>37</sup>, así como las acciones del Estado al comienzo o final de la vida<sup>38</sup>. Incluso se considera la responsabilidad del Estado ante la vida por riesgos y daños procedentes de la gestión ambiental<sup>39</sup>, o ante sistemas penales que no siempre protegen la vida adecuadamente<sup>40</sup>. En cambio, también hay que considerar la responsabilidad del Estado por riesgos serios sobre la vida ante acciones graves de los particulares<sup>41</sup>.

En el caso de *Opuz contra Turquía*, el TEDH tomando en consideración su jurisprudencia anterior, se cuestiona si las autoridades turcas han violado su obligación positiva de proteger la vida de la madre y si en el caso concreto, las autoridades conocían o debía conocer su obligación de prevenir –como parte esencial de su obligación de proteger– ante la existencia de una amenaza real e inmediata de atentado contra la vida de la madre. Además, el Tribunal se plantea si las autoridades hicieron todo lo razonablemente esperable y factible para evitar el riesgo real e inminente de la muerte de la madre, ya que la naturaleza jurídica del derecho protegido del artículo 2 del Convenio no admite derogación ni excepciones<sup>42</sup>. Ambas cuestiones sólo se pueden responder a luz

asunto n.º 25659/94), de 17 de julio de 2001 o la sentencia *Orak v. Turquía*, asunto n.º 24936/94, de 10 de julio de 2001.

36. *Yasa v. Turquía*, asunto n.º 63/1997/847/1054, de 2 de septiembre de 1998; *Güleç v. Turquía*, asunto n.º 54/1997/838/1044, de 27 de julio de 1998; *Hugh Jordan v. Reino Unido*, asunto, n.º no. 24746/94, de 4 de agosto de 2001; *McKerr v. Reino Unido*, asunto n.º 28883/95, de 4 de agosto de 2001, *Kelly y otros v. Reino Unido*, asunto n.º 30054/96, de 4 de agosto de 2001; *Finucane v. Reino Unido*, asunto n.º 29178/95, de 1 de octubre de 2003, *Shanaghan v. Reino Unido*, asunto n.º 37715/97, de 4 de agosto de 2001; *Tepe v. Turquía*, asunto n.º 27244/95, de 9 de agosto de 2003.

37. *Velikova v. Bulgaria*, asunto n.º 41488/98, de 4 de octubre de 2000; *Aktas v. Bulgaria*, asunto n.º 24351/94, de 24 de abril de 2003; *Tanli v. Turquía*, asunto n.º 26129/95, de 10 de julio de 2001.

38. *Keenan v. Reino Unido*, asunto n.º 27229/95, de 3 de abril de 2001; *Vo v. Francia*, asunto n.º 53924/0, de 8 de Julio de 2004.

39. *L.C.B. v. Reino Unido*, asunto n.º 14/1997/798/1001, de 9 de junio de 1998; *Guerra y otros v. Italia*, asunto n.º 116/1996/735/932, de 19 de febrero de 1998; *Öneryildiz, v. Turquía*, asunto n.º 48939/99, de 30 de noviembre de 2004.

40. *Calvelli y Ciglio v. Italia*, asunto n.º 32967/96, de 17 de enero de 2002 y *Mastromatteo v. Italia*, asunto n.º 37703/97, de 24 de octubre de 2002.

41. *Osman v. Reino Unido*, asunto n.º 87/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998; *Akkoc v. Turquía*, asunto n.º 22947/93 y 22948/93, de 10 de octubre de 2000; *Paul y Audrey Edwards v. Reino Unido*, asunto n.º 46477/99, de 14 de marzo de 2002; *Mahmut Kaya v. Turquía*, asunto n.º 22535/93, de 28 de marzo de 2000; *Kilic v. Turquía*, asunto n.º 22492/9, de 28 de marzo de 2000.

42. *Irlanda v. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, asunto n.º 25-A, párr. 163; *Tomasi v. Francia*, asunto n.º 241-A, de 27 de agosto de 1992, párr. 115; *Shameyev y otros v. Georgia y Rusia*, asunto n.º 36378/02, de 12 de octubre de 2005, párr. 335.

de los hechos aducidos y no discutidos por las partes. La cuestión nuclear – que se deriva de las argumentaciones enfrentadas de las partes<sup>43</sup> –es, si las autoridades actuaron con la debida diligencia para prevenir la muerte de la madre. Para objetivar la cuestionada diligencia, el Tribunal se plantea si el resultado de muerte era previsible, si se activaron medidas preventivas y la efectividad de las investigaciones y procedimiento criminal.

A la luz de los hechos, y de la escala de violencia de H.O., desde 1995 contra su mujer y la madre que fueron ingresadas en el hospital por heridas causadas pro H.O. y el riesgo de su continuación al amenazar de muerte a ambas, el Tribunal estima que las autoridades deberían haber previsto un desenlace fatal. El Tribunal no se pronuncia si el desarrollo de los acontecimientos hubiese sido distinto de haber mediado la autoridad pública, pero recalca que al no haber adoptado medidas de ningún tipo, la autoridad ni se planteó la posibilidad, a pesar de que era razonablemente previsible, de algún tipo de desenlace. Por ello, estima que la situación era lo suficientemente relevante como para apelar a la responsabilidad y previsión de la autoridad (párr. 136).

Ahora bien, se cuestiona qué tipo medidas se deberían haber adoptado para que desde una perspectiva razonable se hubiese prevenido la muerte de la madre. En concreto, si las autoridades turcas deberían haber continuado los procesos judiciales iniciados por la demandante, a pesar de que hubiese retirado las demandas. Sobre esta cuestión, el TEDH hace primero un planteamiento de principios sobre la base del derecho comparado. Llega a la conclusión de que no existe un consenso generalizado en la práctica de los Estados que permita afirmar la obligación de continuar con un proceso criminal, cuando se retira la acusación. En cambio, no teme señalar –como si de un legislador se tratase– diez factores concretos que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptar tal decisión. Señala la gravedad del delito; si las lesiones son físicas o psicológicas; si existe premeditación; las repercusiones en terceros, como por ejemplo, los hijos; así como si el agresor tiene antecedentes penales y su relación con la víctima (párr. 138). A modo de conclusión extraída de la práctica subraya que cuanto más grave sea el delito, existen mayores razones de peso para afirmar la incriminación de oficio. Además, los factores recopilados anteriormente sirven a la hora de sopesar si el procesamiento de oficio es compatible con el respeto a la vida privada y familiar, garantizada en el artículo 8 del Convenio.

El TEDH se plantea la proporcionalidad de las obligaciones que se derivan del derecho a la vida y de las que se derivan del respeto a la vida privada y

43. *Opuz v. Turquía*, párrs. 119-130.

familiar en el caso concreto de las normas turcas. Según las normas turcas, no existe obligación de continuar con un proceso si la víctima retira la demanda de malos tratos, si estos no le causaron más de diez días de baja laboral. Y a la luz de los hechos alegados y constatados, duda de la diligencia de la autoridad turca, ya que nunca se cuestionó los motivos de la retirada de las demandas, a pesar de que H.O. llevaron años amenazando y maltratando a la demandante y a su madre y que incluso llegó a utilizar armas letales, como cuchillos y escopetas. Además, estima que H.O. debió planificar sus acciones ya que nunca fueron pacíficas sus relaciones con la demandante y su madre.

La defensa del Gobierno de que se trataba de “asuntos familiares” no convence al alto Tribunal quien recuerda, que bajo determinadas condiciones, pueden ser necesarias las injerencias en los asuntos familiares para proteger la vida y la salud de otros y prevenir la comisión de actos criminales (párr. 144)<sup>44</sup>. En este caso, afirma la concurrencia de tales circunstancias de gravedad frente a la vida de la madre, por lo que considera que la autoridad turca debería haber perseguido de oficio a H.O., a pesar de la retirada de la correspondiente denuncia, de acuerdo con la Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En términos generales, el Tribunal estima que la legislación turca en materia de enjuiciamiento criminal por violencia doméstica no se acomoda a las obligaciones positivas que han asumido los Estados. A su juicio, la norma turca que permite el enjuiciamiento de oficio contra un agresor sólo cuando sus heridas causen daños superiores a diez días de baja laboral de la víctima no es un mecanismo eficaz para castigar todas las formas de violencia doméstica, ya que deja sin coberturas ni garantías a muchas víctimas, como es el caso de esta demandante. Subraya aquello que ya apuntase el Comité contra la discriminación de la mujer, que ante situaciones de violencia doméstica, la protección de los derechos del agresor no pueden reemplazar la debida protección de los derechos de las víctimas<sup>45</sup>. A la luz de las obligaciones positivas del Estado de adoptar medidas preventivas para proteger la vida, también ante situaciones de riesgo, el alto Tribunal considera que las autoridades turcas hubiesen tenido que adoptar medidas preventivas reales, pues conocían el historial de H.O. y en cambio, tardaron semanas en activar el mecanismo de la ley 4230, cuando ya era tarde. En última instancia,

44. *SK.A. y A.D. v. Bélgica*, asunto nº 42758/98 y 45558/99, de 17 de febrero de 2005, párr. 81.

45. *Fatma Yildirim v. Austria*, decisión de 1 de octubre de 2007; y *A.T. v. Hungría*, decisión de 26 de enero de 2005, ambas adoptadas por el Comité CEDAW (contra todas las formas de discriminación contra la mujer).

el alto Tribunal reitera que las autoridades al conocer la situación de H.O., no podían ampararse en la actitud de la víctima para justificar su omisión en la prevención y protección, por lo que podían haber impedido la muerte de la madre<sup>46</sup>. Por ello, a juicio del Tribunal, el sistema criminal turco, tal y como se había aplicado en este caso, tiene un efecto contraproducente, pues no es capaz de asegurar una efectiva prevención frente a actos ilícitos de particulares y, en cambio, parece proteger los derechos del agresor.

b) *Responsabilidad del Estado por negligencia frente a la violencia doméstica y malos tratos, en virtud del artículo 3 del Convenio*

El artículo 3 del Convenio garantiza que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Prohíbe de forma absoluta la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y no contempla posibles restricciones bajo ninguna circunstancia. Conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal, el artículo 3 del Convenio ampara los malos tratos que presenten un mínimo de gravedad<sup>47</sup>. La apreciación de este mínimo es relativa por definición, que dependerá del conjunto de los datos de la causa, concretamente, de la duración del maltrato y de sus efectos físicos y mentales, así como, en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima<sup>48</sup>, incluso del tipo de arma que emplee el agresor<sup>49</sup>. Se considera que la calificación de “inhumano”<sup>50</sup> tiene estrecha relación con la premeditación y la alevosía<sup>51</sup>. Y tales tratos son

46. Párr. 153 recordando además su jurisprudencia anterior de la sentencia *Osman v. Reino Unido*, asunto nº 87/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998, párr. 116.

47. *Moiseyev v. Rusia*, asunto nº 62936/00, de 8 de octubre de 2008, párr. 134; *Nyanzi v. Reino Unido*, asunto nº 21878/2006, de 8 de abril de 2008, par. 57; *Yankov v. Bulgaria*, asunto nº, 39084/97, de 11 de marzo de 2004 párr. 106; *Jalloh v. Alemania*, asunto nº 54810/2000, de 11 de julio de 2006, párr. 67; *Mouisel v. Francia*, asunto nº 67263/2001, de septiembre de 2002, párr. 37; *Chahal v. Reino Unido*, asunto nº 70/1995/576/662, de 15 de noviembre de 1996, párr. 79; *Price v. Reino Unido*, asunto nº 33394/1996, 10 de octubre de 2001, párr. 24.

48. *Irlanda v. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, párr. 162; *Assenov y otros v. Bulgaria*, asunto nº 90/1997/874/1086, de 28 de octubre de 1998, párr. 91.

49. *Herczegfalvy v. Austria*, asunto nº 10533/8, de 24 de septiembre de 1992; *Raninen v. Finland*, asunto nº 152/1996/771/972, de 16 de diciembre de 1997.

50. *Tyler v. Reino Unido*, de 25 de abril de 1975, párr. 30; *Soering v. Reino Unido*, asunto nº 14038/88, de 7 de julio de 1989, párr. 100; *V. v. Reino Unido*, asunto nº 24888/94, de 16 de diciembre de 1999, párr.71; *Valasinas v. Lituania*, asunto nº 44558/98, de 24 de octubre de 2001, párr. 117.

51. *Moiseyev v. Rusia*, asunto nº 62936/00, de 8 de octubre de 2008, párr. 134.

“degradantes”<sup>52</sup> en el sentido que humilla a las víctimas, las angustia y les inculca un sentimiento de inferioridad y miedo<sup>53</sup>.

Como se ha visto anteriormente, el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales, y debe tener en cuenta los cambios estructurales. Ahora bien, a partir de 2003 en dos asuntos concretos<sup>54</sup>, el Tribunal aplica este criterio interpretativo, pero “rebajando” la gravedad del maltrato con respeto a la prohibición de torturas del artículo 3 del Convenio. Bajos los supuestos hechos prohibidos del artículo 3 del Convenio, se puede entender que implica,

“... certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies. As that statement applies to the possibility of a harsher classification under Article 3, it follows that certain acts previously falling outside the scope of Article 3 might in future attain the required level of severity”<sup>55</sup>.

De esta forma, el Tribunal entiende que el nivel de exigencia creciente en materia de protección de derechos humanos implica, paralela e ineluctablemente, que ciertos actos, otras veces excluidos del campo de aplicación del artículo 3, pueden presentar actualmente el grado mínimo necesario para su enjuiciamiento.

Desde hace años el Tribunal, al recordar la interpretación evolutiva del Convenio a la luz de las *present day conditions* y que no podía dejar de estar influenciada por los desarrollos y estándares comúnmente aceptados hoy, subraya que a la hora de la interpretación del artículo 3 del Convenio se han de considerar las políticas criminales de los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>56</sup>. Nótese que no se limita a señalar como criterio interpretativo del Convenio para un caso concreto a la política criminal del Estado demandante por su supuesta violación del artículo 3, sino que toma en consideración al conjunto de los Estados miembros del Consejo de Europa como orientación para su interpretación,

52. *Peers v. Grecia*, asunto nº 28524/95, de marzo de 2001, párr. 74; *Kalashnikov v. Rusia*, asunto nº 47095/99, de 10 de octubre de 2002, párr.101.

53. *Kudla v. Polonia*, asunto nº 30210/96, de 26 de octubre de 2000, párr. 92.

54. *Hénaf v. Francia*, asunto nº 65436/01, de 27 de noviembre de 2003; *Yankov v. Bulgaria*, asunto nº 39084/97, de 11 de diciembre de 2003.

55. *Hénaf v. Francia*, asunto nº 65436/01, de 27 de febrero de 2004, párr. 55.

56. *Tyrer v. Reino Unido*, asunto nº 5856/72, de 25 de abril de 1975, párr. 31.

por lo que en un momento estructural determinado –como en la actualidad– la violencia doméstica puede ser considerada una forma más de trato inhumano amparada por el artículo 3 del Convenio.

La prohibición de torturas y tratos degradantes ha de entenderse a la luz del artículo 1 en el sentido que su efectiva protección impone obligaciones positivas a los Estados. En consecuencia, los Estados han de adoptar medidas para asegurar que ningún individuo bajo su jurisdicción sea torturado o tratado de forma vejatoria, incluso aún cuando los malos tratos provengan de particulares<sup>57</sup> y adquieran especial intensidad<sup>58</sup>.

A lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal ha constatado la obligación de investigar, perseguir y castigar a los autores<sup>59</sup>, y en particular, en relación con los grupos vulnerables, como los niños y las mujeres<sup>60</sup>. También ha acuñado unos principios generales sobre la responsabilidad del Estado frente a los actos contrarios al Convenio realizados por sus órganos, entendidos éstos en un sentido amplio, cuando sus acciones repercutan de forma suficiente y probada en los derechos garantizados por el Convenio<sup>61</sup>. En este sentido, ha constatado la violación de este derecho al detectar malos tratos a personas privadas de libertad en centros de detención cometidos por la autoridad pública<sup>62</sup>; cuando

57. *A. v. Reino Unido*, asunto nº 100/1997/884/1096, de 23 de septiembre de 1998, párr. 22; *H.L.R. v. Francia*, de 29 de abril de 1997, párr. 40.

58. *Tyrell v. Reino Unido*, asunto nº 5856/72, de 25 de abril de 1978.

59. *Osman v. Reino Unido*, asunto nº 23452/94, de 28 de octubre de 1998, párr.116; *A. v. Reino Unido*, asunto nº 100/1997/884/109623 de septiembre de 1998, párr. 22; *Z y otros v. Reino Unido*, asunto nº 29392/95, de 10 de mayo de 2001, párr. 73.

60. *Okkali v. Turquía*, asunto nº 52067/99, de 12 de febrero de 2007, párr. 70; *X e Y v. Países Bajos*, asunto nº 91, de 26 de marzo de 1995, párr. 23-24 y 27; *August v. Reino Unido*, asunto nº 36505/02, de 21 de enero de 2003.

61. *Ilaşcu y otros v. Moldavia y Rusia*, asunto nº 48787/99, de 8 de julio de 2004, párrs. 317, 382, 384-85 y 393.

62. *Ramishvili y Kokohreidze, v. Georgia*, asunto nº 1704/06, de 27 de enero de 2009; *Valašinas v. Lituania*, asunto nº 44558/98, de 2001, párr. 102; *Kudla v. Polonia*, asunto nº 30210/96, de 26 de octubre de 2000, párr. 94; *Sunal v. Turquía*, asunto nº 43918/98 de 25 de enero de 2005; *Biyani v. Turquía*, asunto nº 56363/00, de —; *Gültekin y otros v. Turquía* asunto nº 52941/99, de —; *Dalan v. Turquía*, asunto nº 38585/97, de 7 de junio de 2005; *Hasan Kılıç v. Turquía*, asunto nº 35044/97, de 28 de junio, de 2005; *Karakaş y Yeşilirmak v. Turquía*, asunto nº 43925/98, de 28 de junio de 2005; *S.B. y H.T. v. Turquía*, asunto nº 54430/00, de 5 de julio de 2005; *Soner Önder v. Turquía*, asunto nº 39813/98, de 12 de julio de 2005; *Dizman v. Turquía*, asunto nº 27309/95, de 20 de septiembre de 2005; *Frik v. Turquía*, asunto nº 45443/99, de 20 de septiembre de 2005; *Sevgin y İnce v. Turquía*, asunto nº 46262/99, de 20 de septiembre de 2005; *Baltaş v. Turquía*, asunto nº 50988/99, de 20 de septiembre de 2005; *Karayiğit v. Turquía*, asunto nº 63181/00, de 20 de septiembre de 2005; *Cangöz v. Turquía*, asunto nº 28039/95, de 14 de octubre de 2005; *Günaydın v. Turquía*, asunto nº 27526/95, de 13 de octubre de 2005; *Orhan Aslan v. Turquía*, asunto nº 48063/99, de 13 de octubre de 2005; *Hüsniye Tekin v. Turquía*, asunto

sus agentes actúan *ultra vires* e incluso cuando actúan en contra de las instrucciones recibidas<sup>63</sup>; ante malos tratos ejercidos por las fuerzas de seguridad<sup>64</sup>; ante condiciones inhumanas de la detención<sup>65</sup>; sin asistencia médica a los detenidos<sup>66</sup>; por la imposición de penas judiciales corporales<sup>67</sup>, e incluso, ante malos tratos durante las vistas judiciales e interrogatorios<sup>68</sup>. Igualmente considera que del artículo 3 del Convenio se derivan obligaciones positivas de carácter normativo y ejecutivo que se extienden hasta el extremo de imputar al Estado la responsabilidad por la (in)efectividad de las investigaciones criminales para el enjuiciamiento del agresor<sup>69</sup>, ante procedimientos irregulares<sup>70</sup>, e incluso, si por tolerancia o aquiescencia el Estado no impide actos contrarios al Convenio cometido por *particulares*, pero bajo su jurisdicción<sup>71</sup>.

nº 50971/99, de 25 de octubre de 2005; y *Afanasyev v. Ucrania*, asunto nº 38722/02, de 5 de abril de 2005.

63. *Irlanda v. Reino Unido*, 1978, párr. 159

64. *Gäfgen v. Alemania*, asunto nº 22978/05, de 30 de junio de 2008, párr. 109 y 113; y en cuanto al traslado de prisioneros, *Moiseyev v. Rusia*, asunto nº 62936/00, de 9 de octubre de 2008, párr. 112; y *Sheydayev v. Rusia*, asunto nº 65859/01, de 7 de diciembre de 2006, párr. 92.

65. *Rodić y otros v. Bosnia-Herzegovina*, asunto 22893/05, de 27 de mayo de 2008, párr. 108; *Dedovski y otros v. Rusia* asunto nº 7178/03, de 15 de mayo de 2008; *Kehayov v. Bulgaria*, asunto 41035/98, de 18 de enero de 2005; *Mayzit v. Rusia*, asunto nº 63378/00, de 20 de enero de 2005; *Novoselov v. Rusia*, asunto nº 66460/01, de 2 de junio de 2005; *Labzov v. Rusia*, asunto nº 62208/00, de 16 de junio de 2005; *Fedotov v. Rusia*, asunto nº 5140/02, de 25 de octubre de 2005; *Khudoyorov v. Rusia*, asunto nº 6847/02, de 8 de noviembre de 2005; *Becciev v. Moldavia*, asunto nº 9190/03, de 4 de octubre de 2005; *Alver v. Estonia*, asunto nº 64812/01, de 8 de noviembre de 2005; *Karalevičius v. Lituania*, asunto nº 53254/99, de 7 de abril de 2005; *Ostrovar v. Moldavia*, asunto nº 35207/03, de 13 de septiembre de 2005; *I.I. v. Bulgaria*, asunto nº 44082/98, de 9 de junio de 2005; y *Georgiev v. Bulgaria*, asunto nº 47823/99, de 15 de diciembre de 2005.

66. *Popov v. Rusia*, asunto nº 26853/04, de 11 de diciembre de 2006, párr. 88; y *Boicenco v. Moldavia*, asunto nº 41088/05, de 17 de junio de 2006, párr. 88.

67. *Castello-Roberts v. Reino Unido*, asunto nº 48/1994/495/577, de 5 de marzo de 1993, *Soering v. Reino Unido*, 14038/88, de 7 de julio de 1989; *Oçalan v. Turquía*, asunto nº 46221/99, de 12 de mayo de 2005; *Tyrar v. Turquía*, asunto nº 5856/72, de 25 de abril de 1975.

68. *Maslova y Nalbandov v. Rusia*, asunto nº 839/02, de – 2008, párr. 104; *Gorodnichev v. Rusia*, asunto nº 52058/99, de 25 de mayo de 2007, párrs. 105-109.

69. *Vladimir Romanov v. Rusia*, asunto nº 41461/02, de 26 de enero de 2009, párr. 110; *Šečić v. Croacia*, asunto nº 40116/02, de 31 de mayo de 2007, párr. 97; *Ataman v. Turquía*, asunto nº 46252/99, de 27 de abril de 2006, párr. 85; *Mikheyev v. Rusia*, asunto nº 77617/01, de 26 de enero de 2006, párr. 82; *Menesheva v. Rusia*, asunto nº 59261/00, de 9 de marzo de 2006, párr. 84; *Hüseyin Esen v. Turquía*, asunto nº 49048/99, de 8 de agosto de 2006, párr. 88; *Osman v. Reino Unido*, asunto nº 87/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998, párr. 128; *Assenov y otros v. Bulgaria*, asunto nº 90/1997/874/1086, de 28 de octubre de 1998, párr. 102.

70. *Hüseyin Esen v. Turquía*, asunto 49048/99, de 8 de agosto de 2006, párr. 88; *Keegan v. Reino Unido*, asunto nº 28867/03, de 18 de octubre de 2006, párr. 88

71. *Assenov y otros v. Bulgaria*, asunto nº 90/1997/874/1086, de 28 de octubre de 1998, párr. 102; *Cypre v. Turquía*, asunto nº 25781/94, de 10 de mayo de 2001, párr. 81; *A. v. Reino*

En el caso de la demandante Nahide Opuz, el Tribunal considera que los daños físicos causado por H.O., constituyen maltrato y trato inhumano en el sentido del artículo 3 del Convenio y se pregunta si las autoridades turcas adoptaron las medidas necesarias para prevenir tales sufrimientos. En el fondo se cuestiona, si los actos ilícitos son imputables al Estado por el incumplimiento de su obligación positiva de proteger y, por tanto, por omisión de la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Analiza esta cuestión, tomando en consideración la interpretación de la Convención en el contexto internacional de no impunidad frente a la violencia domestica. Además, recuerda que a la luz del artículo 19 de la Convención y del principio de que la Convención está para garantizar la obligación del Estado de proteger los derechos de quienes están bajo su jurisdicción, esta obligación no es teórica o ilusoria, sino práctica y efectiva<sup>72</sup>. En este caso, el Tribunal reconoce que la policía turca no ha estado del todo pasiva, pues había abierto investigaciones policiales y llegó a multar la conducta de H.O. Sin embargo, sus actuaciones no fueron suficientes como para frenar los actos de violencia de H.O. A su juicio, las medidas adoptadas contra H.O fueron *manifestamente inadecuadas* frente a la gravedad de los hechos. Además, en las decisiones judiciales nacionales aprecia un cierto grado de tolerancia por parte de la autoridad pública<sup>73</sup>, y poca prevención efectiva, ya que, por ejemplo, por buena conducta durante el juicio se le conmuta la pena de cadena perpetua por prisión por 15 años y al pago de una multa, más bien simbólica. Y al igual que en la aplicación del artículo 2, reconoce que las normas nacionales deberían haber permitido una mayor investigación y represión criminal contra H.O, a pesar de la retirada de las demandas, ya que las amenazas de violencia eran reales, serias, persistentes y graves.

c) *Responsabilidad del Estado por discriminación en la administración de justicia, en virtud del artículo 14 en relación con el 2 y 3 del Convenio*

El artículo 14 del Convenio garantiza que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión,

*Unido*, asunto nº 100/1997/884/1096, de 23 de septiembre de 1998, párr. 22; *Z y otros v. Reino Unido*, asunto nº 29392/95, de mayo de 2001, párrs. 73-75; *E. y otros v. Reino Unido*, asunto nº 33218/96 de 26 de noviembre de 2002.

72. *Nikolova y Velichkova v. Bulgaria*, asunto nº 7888/03, de 20 de diciembre de 2007, párr. 61.

73. *Opuz v. Turquía*, de 9 de junio de 2009, párr. 170.

opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación<sup>77</sup>. Es decir, consagra la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio. La aplicación de esta disposición es compleja, puesto que no existe un derecho autónomo a no ser discriminado, sino que esta disposición tiene carácter dependiente. El particular no puede exigir un trato igual en general, sino solo en relación con los derechos concretos protegidos y garantizados en el Convenio, como el derecho a la vida, la prohibición torturas y malos tratos y con ella, ahora también, la prohibición de la violencia domestica equiparable a tratos inhumanos y degradantes. En buena medida se podría decir que el artículo 14 es parte integrante del resto de artículos garantizados en el Convenio<sup>74</sup>.

En este caso, el Tribunal acomete el estudio de la prohibición de discriminación recordando una serie de principios generales asentados en su jurisprudencia anterior<sup>75</sup>. Discriminación significa tratar de forma diferente personas y situaciones semejantes sin un propósito ni justificación razonable<sup>76</sup>; una política general o medidas generales serán discriminatorias si producen efectos perjudiciales y desproporcionales sobre un grupo particular, aún cuando tales medidas no persigan afectar directamente a ese grupo<sup>77</sup>; y la discriminación potencialmente contraria a la Convención puede ser consecuencia de una situación *de facto*<sup>78</sup>. Además, en cuanto a la prueba de la discriminación alegada, el alto Tribunal ha establecido que corresponde a quien lo alegue convencer de su justificación<sup>79</sup>, aunque lógicamente es el Tribunal quien en última instancia valorar libremente las pruebas aportadas. Sin embargo, no siempre se cumple rígidamente el principio *affirmanti incumbit probatio*, ya que por lo general será la autoridad pública quien deba probar de forma satisfactoria y convincente sus afirmaciones, ya que ésta, por lo general, goza de mayor información<sup>80</sup>.

74. SUDRE, F., *Droit International et européen des droits de l'homme*, Press Univeritaires de France, Paris, 5<sup>o</sup> ed. 2001, p. 328.

75. *D.H. y otros v. la República Checa*, asunto n<sup>o</sup> 57325/00, de 13 de noviembre de 2007, párrs. 175-180.

76. *Willis v. Reino Unidos*, asunto n<sup>o</sup> 36042/97, de 11 de octubre de 2002, párr. 48; *Okpiz v. Alemania* asunto n<sup>o</sup> 59140/00, de 25 de octubre de 2005, párr. 33.

77. *Hugh Jordan v. Reino Unido*, asunto n<sup>o</sup> 24746/94, de 4 de mayo de 2001, párr. 154; y *Hoogendijk v. Países Bajos*, asunto n<sup>o</sup> 58461/00, de 6 de enero de 2005.

78. *Zarb Adami v. Malta*, asunto n<sup>o</sup> 17209/02, de 20 de junio de 2006, párr. 76.

79. *Chassagnou y otros v. Francia*, asunto n<sup>o</sup> 25088/94, 28331/95 y 28443/95, de marzo de 1999, párrs. 91-92; *Timishev v. Rusia*, asunto n<sup>o</sup> 18465/05, de 30 de enero de 2008, párr. 57

80. *Salman v. Turquía*, asunto n<sup>o</sup> 21986/93, de 27 de junio de 2000, párr. 100; *Angelova v. Bulgaria*, asunto n<sup>o</sup> 38361/97, de abril de 2004, párr. 111; *Nachova y otros v. Bulgaria*, asunto n<sup>o</sup> 43577/98 y 43579/98) de 6 de julio de 2005, párr:15

Sobre la base de estos principios, el Tribunal se cuestiona en este caso, si se puede afirmar que el sistema judicial turco no tuvo el efecto disuasoria suficiente para prevenir los actos ilícitos de HO. Toma como premisa los informes oficiales del Comité contra toda forma de discriminación contra la mujer referentes a Turquía, así como las aportaciones de estadísticas y otros informes turcos sobre la situación de la mujer que constatan la discriminación judicial contra la mujer por su pasividad (párr. 200), y cómo los malos tratos sufridos por la demandante y su madre son una muestra más de esta discriminación judicial frente a la violencia de género, a pesar de las reformas normativas del Gobierno para atajar la impunidad de los agresores. Las nuevas medidas, como la ley 4230 turca, se han manifestado insuficientes para hacer frente judicialmente a la violencia doméstica en Turquía. En este sentido, el Tribunal no duda en afirmar que “the overall unresponsiveness of the judicial system and impunity enjoyed by the aggressors, as found in the instant case, indicated that there was insufficient commitment to take appropriate action to address domestic violence”<sup>81</sup>.

Llegado este punto, es decir, al constatar la no efectividad de los recursos jurisdiccionales turcos en su función de garantizar una igual protección en la aplicación de la ley a la demandante y su madre en el disfrute de sus derechos, como el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio y la prohibición de malos tratos, del artículo 3, el Tribunal considera que la ineficacia y discriminación, por tanto, del sistema jurisdiccional turco frente a la protección de la mujer, explica que no se le pudiese exigir a la demandante que hubiese agotado los recursos internos del Estado, en la fase de admisibilidad de la demanda según el artículo 35.1 del Convenio<sup>82</sup>. Ante el incumplimiento del artículo 14 en relación con el artículo 2 y 3 del Convenio el Tribunal rechaza la objeción del Gobierno de que no se habían agotado los recursos internos<sup>83</sup>, ya que en el análisis del fondo del asunto queda demostrado que los recursos y medios turcos son discriminatorios en la aplicación de la ley para la protección de la mujer y, por tanto, ineficaces. A la luz de esos argumentos, el Tribunal estima que ya no es necesario entrar si, además, en el presente caso existe una violación de los artículos 6 y 13 del Convenio. Por último, el Tribunal condena a Turquía al pago de 30.000 euros en concepto de daños no pecuniarios a la demandante, así como a las costas del proceso.

81. *Opuz v. Turquía*, párr. 199

82. Cfr. apartado 3.2 *supra*.

83. *Opuz v. Turquía*, párr. 201.

## IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA REPERCUSIÓN PRÁCTICA DE ESTA SENTENCIA

En términos generales, toda sentencia del Tribunal Europeo es obligatoria para las partes, ya que en virtud del artículo 46.1 del Convenio, las Altas Partes Contratantes se han comprometido a acatar sus sentencias. En caso de condena a un Estado por la violación de los derechos protegidos en el Convenio, el Estado deberá pagar a la víctima la satisfacción equitativa acordada en la misma. Si la violación procede, no obstante, del marco normativo del Estado en cuestión, el Tribunal carece de competencia para obligar al Estado a modificar sus normas y menos aún para darle instrucciones de cómo modificarlas.

En este caso concreto, el Tribunal estima que el sistema jurisdiccional turco es discriminatorio en la aplicación de la ley frente a la violencia doméstica, al no poder hacer efectivas las obligaciones que se derivan del artículo 2 y 3 de Convenio. Sin embargo, han de ser las autoridades turcas quienes promuevan los cambios normativos necesarios. Es más, en este caso, por la gravedad de violencia doméstica el Tribunal resulta *vanguardista*, en varios aspectos, por ejemplo, al recopilar criterios que aconsejarían incluir en las normas procesales penales de un Estado la persecución de oficio del agresor de la violencia doméstica, aunque lo hace en el razonamiento de la sentencia, por lo que tales criterios son orientativos y no vinculantes<sup>84</sup>.

Al margen ya de estas cuestiones de estricta técnica jurídica, de esta sentencia se pueden extraer otras reflexiones prácticas generales para todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

Esta sentencia resulta también vanguardista, ya que por primera vez en su historia, el Tribunal se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la obligación de los Estados respecto a la violencia en la familia, reconociendo su gravedad en Europa y haciendo suyos los problemas de este “crimen invisible” para subrayar la responsabilidad de los Estados para hacerles frente con los instrumentos propios de un Estado de Derecho y en el contexto de una sociedad democrática pluralista y tolerante. El Tribunal reconoce la violencia doméstica como una forma más de trato inhumano o tortura y no sólo como algo socialmente inaceptable. El Tribunal Europeo, como órgano judicial importante para la protección de derechos humanos, reconoce que la violencia doméstica es una violación de un derecho fundamental amparable por el Convenio en el contexto actual del derecho internacional. Esta interpretación marca un claro precedente

84. *Opuz v Turquía*, párrs. 137-139 y 147.

para futuros casos y tribunales, al considerar que la violencia doméstica no es una cuestión privada o familiar, sino de interés público. Esto supone un avance importantísimo para las mujeres<sup>85</sup>.

Con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, los Estados reconocen que han asumido obligaciones positivas frente a la vida, la libertad y la seguridad de la mujer, al igual de que no puede ser sometida a tortura o a cualquier otra forma de discriminación. Pero todas estas obligaciones específicas respecto a la mujer corroboran las consignadas en los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes y que en la actualidad forman parte del Derecho internacional consuetudinario<sup>86</sup>. En virtud del artículo 4 de la Declaración de la Asamblea General, los Estados reiteran su obligación de condenar la violencia contra la mujer y a no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Igualmente se comprometen a adoptar políticas encaminadas a erradicarla. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aprobó una recomendación general exhaustiva (Nº 19) en 1992, que ha reconocido formalmente que la violencia contra la mujer constituye una discriminación de género que afecta o anula el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en virtud del derecho internacional<sup>87</sup>. Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos recuerda a los Estados la necesidad de tratar toda forma de violencia contra las mujeres como delito, punible por ley, y el deber de proporcionar a las víctimas medios de reparación justos y efectivos, así como asistencia especializada, en concreto, médica y psicológica, de acuerdo con las resoluciones 1325 (2000) y 1820 (2008) del Consejo de Seguridad<sup>88</sup>.

A partir de esta sentencia, la violencia doméstica es una forma más de tratos inhumanos contrarios al artículo 3 del Convenio. De esta disposición se derivan obligaciones positivas frente a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, al igual que del artículo 1 del mismo. Esto implica que los Estados

85. GRDINIC, E., "Application of the elements of torture and other forms of ill-treatment, as defined by the European Court and Commission of Human Rights, to the incidents of domestic violence", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 23 (2000), pp. 217-260, p. 259

86. UN Doc. A/HRC/4/34, Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, de 17 de enero de 2007, párr. 29.

87. UN Doc. A/47/38, *Forty-seventh Session, Supplement No. 38*, capítulo I, párrs. 6 y 7, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

88. UN Doc. A/HRC/11/L.11, resolución 11/2, en la 27ª sesión, de 17 de junio de 2009, párrs. 2 y 8.

han de asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia domestica. En su última sesión de junio de 2009, el Consejo de Derechos Humanos ha recordado a los Estados que “tienen la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos la mujer y deben actuar con diligencia para prevenir, investigar los actos de violencia contra las mujeres y enjuiciar y castigar a sus autores y ofrecer protección a las víctimas”. De no hacerlo, “subraya, se viola, menoscaba o anula el disfrute de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales”<sup>89</sup>.

En este sentido, las observaciones presentadas por *Interights* durante el proceso del caso *Opuz* ilustran de forma sistemática y ordenada las dos vertientes esenciales de esta protección integral: 1) la prevención y la protección; y 2) la investigación y la persecución criminal. Entre sus sugerencias concretas cabe destacar los mecanismos encaminados a remover las causas que favorecen y aumentan el riesgo de violencia domestica<sup>90</sup>; medidas para frenar y prohibir al agresor que contacte con la víctima<sup>91</sup>; la capacitación de los servicios sociales para la asistencia a las víctimas<sup>92</sup>; que se establezcan mecanismos de alerta temprana<sup>93</sup> y se estudien programas de educación y conciencia en la opinión pública<sup>94</sup>. En cuanto a la investigación y persecución criminal, destaca la necesidad de facilitar la represión de oficio, incluso

89. UN Doc. A/HRC/11/L.11, resolución 11/2, en la 27ª sesión, de 17 de junio de 2009, párr. 3.

90. Recomendación (2002) 5, párr. 58 a) del Consejo de Europa y la decisión de la Asamblea Parlamentaria 1582(2002) párr. 7, i), así como el Informe de la Relatora Especial de las Naciones sobre la violencia en la mujer, Radhika Coomaraswamy, E/CN.4/1996/53, 5, de 16 de febrero de 1996. Así, por ejemplo en Alemania la policía es competente para someter a custodia o vigilancia a un sospechoso bajo determinadas circunstancias sin autorización judicial, de acuerdo con la ley de protección contra la violencia, de 11 de diciembre de 2001 (BGBl. I S. 3513, p. 7). En cambio, en Italia, se requiere la orden judicial que se puede tramitar por vía de urgencia, según la ley 154, de 5 de abril de 2001, sobre medidas contra la violencia en la familia.

91. Recomendación (2002) 5, párr. 58 a) del Consejo de Europa. En Suiza, la orden de medidas cautelares de los tribunales pueden incluir prohibiciones de acceso a la vivienda o la prohibición de contacto con la víctima, según el artículo 28 b) del código civil suizo, enmendado de 23 de junio de 2006, y en vigor desde el 1 de julio de 2007. En Noruega, el artículo 222 a) del código penal permite una orden de alejamiento para el agresor hasta de un año de vigencia en caso de amenazas graves e inminentes.

92. Recomendación (2002) 5, párr. 41 del Consejo de Europa; Recomendación nº R (85) 4, de 26 de marzo de 1985, párr. 3 del Comité de Ministros; la Recomendación nº CR 85(11), de 28 de junio de 1985, párr. 1 y la Recomendación General nº 19, párr. 24b).

93. Desde 1997 el sistema de alerta de Noruega avisa en la comisaría de policía más cercana de la casa de la víctima, y estos avisos son tratados con prioridad. Cfr. *Legislation in the Member States of the Council of Europe in the Field of Domestic Violence*, Consejo de Europa, EG (2004) 2, p. 75 (COE Legislation)

94. Recomendación General nº 19, párr. 24 t).

tras la retirada de la demanda de la víctima, si existen sospechas fundada de delito<sup>95</sup>.

4. Si la violencia doméstica es contraria al Derecho internacional de los derechos humanos y ha de tratarse como cuestión de interés público, serán necesarios cambios normativos en los sistemas jurisdiccionales nacionales. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos “exhorta a los Estados a promulgar y, cuando sea necesario, reforzar o modificar la legislación nacional, incluidas las medidas para mejorar la protección de las víctimas; a investigar, enjuiciar, castigar y reparar los daños que sufran las mujeres y las niñas sometidas a cualquier forma de violencia, ya sea en el hogar, en el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad, en detención o en situaciones de conflicto armado; a asegurar que dicha legislación se adecue a los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y al derecho humanitario internacional; a abolir las leyes, normas, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra la mujer; a poner fin al sexismo en la administración de justicia, y a tomar medidas para investigar y castigar a las personas que cometan actos de violencia contra la mujer<sup>96</sup>. Para facilitar estos cambios, la oficina de la Relatora Especial de las Naciones Unidas dispone de un modelo de regulación que pueda servir de guía a los Estados<sup>97</sup>. Este reto legislativo persigue crear nuevos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas a través procedimientos judiciales rápidos y sencillos, que concentre una acción cautelar de naturaleza civil y penal, para dar respuesta a la eventual dualidad y posible incompatibilidad entre las medidas cautelares y las civiles en los procesos de familia y divorcio respecto, por ejemplo, la vivienda familiar, el régimen de custodia y el de visitas. Una de las mayores dificultades consiste en asegurar la debida coordinación entre la jurisdicción civil y la penal a estos efectos, e incluso procurar una actuación unitaria de ambas jurisdicciones que garantice eficazmente dicha protección. En este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 6 de enero de 2003, relativo a la *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*, señala expresamente que hay que “convencer a los Estados para que acepten las normas in-

95. Como es el caso de Alemania (el procedimiento criminal de de 1 de enero de 1977 enmendado y en vigor desde 1 de agosto de 2006, p. 87) y el Reino Unido (CPS Policy 6.4).

96. UN Doc. A/HRC/11/L.11, resolución 11/2, en la 27ª sesión, de 17 de junio de 2009, párr. 4.

97. UN doc. E/CN.4/1996/53/Add.2, de 2 de febrero de 1996, párr.12, *Framework for Model Legislation on Domestic Violence*, informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy (U.N. Model Legislation).

ternacionales, promulguen leyes apropiadas y establezcan mecanismos para combatir la violencia contra la mujer, mediante una legislación que debería combinar los recursos penales y los civiles, siendo éstos fundamentales”<sup>98</sup>. También desde el Consejo de Europa y las observaciones del Comité contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, invitan a los Estados a unificar los mecanismos jurisdiccionales civiles y penales en un órgano único competente para acordar a instancia de parte algunas medidas cautelares de naturaleza civil, previas a un procedimiento de familia y las relacionadas con hijos menores. Pero también se aconsejan otras vías de persecución de oficio frente al agresor como medidas de alejamiento o restrictivas de la libertad del agresor, en relación con la víctima que se proporcione a ésta y a su familia protección jurídica, sin necesidad de esperar a plantear un proceso civil<sup>99</sup>.

En este contexto, la sentencia *Opuz contra Turquía* supone un impulso más para el desarrollo de esta incipiente nueva obligación –consuetudinaria o no– de proteger a la mujer frente la violencia doméstica.

98. UN Doc. E/CN.4/2004/66, de 26 de diciembre de 2003, Consejo Económico y Social, párr. 32.

99. En el caso de España, respecto a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; cfr. DE LAMO RUBIO, J. “La nueva Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio”. *Actualidad Penal*, núm. 42, noviembre 2003, pp. 1056 y 1058. Con el objetivo de optimizar el Derecho al máximo, algunas comunidades autónomas españolas han incorporado en sus leyes supuestos de ejercicio de acción popular, haciendo incluso una interpretación un tanto libre de la competencia en materia de legislación procesal según el artículo 149.1.6ª de nuestra Constitución. Un caso reciente, lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2008, de 21 de enero, relativa ala denegación al Gobierno de Cantabria en ejercicio de acción popular, confirmando así la doctrina de la STC 311/2006, que consiente una interpretación del artículo 125 CE (los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...) en sentido manipulador al considerar que el término ciudadanos engloba a los poderes públicos, de tal suerte que también los gobiernos autonómicos pueden ejercitar o ser titulares de la acción popular.

**Resumen:**

La sentencia *Opuz v. Turquía* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una especial transcendencia. Es la primera vez que este tribunal califica la violencia doméstica y de los malos tratos como tortura y actos degradantes contrarios al artículo 3 Convenio. En este caso se condena al Estado por el incumplimiento de la debida protección jurisdiccional de acuerdo con los estándares de protección reconocidos por el Derecho internacional general y aplicables también en Europa.

**Abstract:**

The case of *Opuz v. Turkey* has special significance. It is the first time that the European Court of Human Rights takes into consideration, that domestic violence is a new form of torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in contravention of article 3 of the Convention. In this case, the Court found a violation of the right to an effective remedy, according to general international law and as it is applied in Europe too.

