**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GENERO**

*En memoria de María Belén Quiñones y de la innumerable víctimas de femicidio y abuso.*

***TITULO PRELIMINAR***

El Estado es una persona jurídica de derecho público, y, tal como la concebimos hoy día, ya no se admiten poderes personales, todo el poder deriva de la Ley.

Se trata del principio de legalidad, en virtud del cual solo en nombre la Ley se puede exigir obediencia.

La Ley otorga, y a la vez limita[[1]](#footnote-2) la autoridad de los agentes, que, como tales, son sólo servidores de la Ley.

El principio de la libertad, como garantía jurídica, se convierte en el derecho público subjetivo que comienza configurándose como un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley, a resistirse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales, si no es por disposición expresa de la Ley.[[2]](#footnote-3)

Por todo ello es que la principal característica del Estado es que su capacidad está dada por la ley – en sentido amplio, es decir la Constitución, los tratados internacionales, la ley, los reglamentos-, lo cual su vez constituyela garantía de los administrados.

De modo que el origen de los poderes del Estado está dado por la Ley, es decir que el Estado está obligado en la medida que la Ley (en el sentido reseñado) lo obligue.

Se trata del principio inverso que rige la vida de las personas: ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 C.N).

Lo que trato de explicar, es que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento lo autorice en forma expresa o razonablemente implícita. Frente al principio que rige toda la vida civil:*“debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido”, respecto de los órganos del Estado,* el principio es el inverso:*“debe entenderse prohibido todo lo no permitido”*

Tal es el sentido que cabe atribuir al principio de legalidad según el cual la Administración ha de actuar conforme al ordenamiento constitucional y legal que determina su competencia al tiempo que los ciudadanos no pueden ser obligados a hacer lo que no se encuentra prescripto en las leyes (art. 19, CN).[[3]](#footnote-4)

Por lo tanto el objetivo del presente trabajo es analizar la posibilidad de involucrar al Estado Argentino, en sus distintos estadios (nacional, provincial, municipal) en el orden de la responsabilidad jurídica por daños, por omisión, particularmente en los casos de violencia de género.

La pregunta que intentaré responder a través del presente trabajo es, si el Estado está obligado a proteger a las víctimas de violencia de género y, en su caso, cuál/es han de ser el/los estándares de actuación frente a estos casos.

***DE LA NORMATIVA***

El análisis de la problemática de la violencia de género, excede el marco jurídico, e indudablemente requiere del auxilio de otras ciencias, tales como la antropología, la sociología, la psicología, el avance de las nuevas tecnologías, tal como lo refiere el temario de estas distinguidas VII Jornadas.

Sin embargo, el presente es estrictamente jurídico.

De modo que en este marco jurídico, seguidamente procederé a analizar cuáles son las normas que rigen.

A ese fin he utilizado el Método Sistemático de interpretación, que se funda en que los textos jurídicos forman parte de un todo, lo que Cossio ha llamado “La plenitud hermenéutica del derecho”[[4]](#footnote-5)

                 Esto resulta ser de estricto rigor, ya que para arribar al resultado deseado tendremos que analizar las normas vigentes para determinar cuál es la conducta a la que está obligado a cumplir el Estado para no incurrir, o eventualmente, incurrir en su Responsabilidad por Daños.

Al respecto, el principio de validez supranacional de las normas se tornó operativo con la Reforma de la Constitución Nacional en 1.994.

El principio que había tenido su acogida en el ámbito de nuestro país por vía pretoriana, en el caso de la Corte Suprema de la Nación, Ekmekdjian [[5]](#footnote-6)c/ Sofovich de 1992 en ocasión de tratarse el Derecho a réplica y que tuvo acogimiento definitivo de orden constitucional en el año 1994, cuando se incorpora el art. 75 inc. 22 y el 24 de la C.N.

Hoy tiene además, acogida en el nuevo Código Civil y Comercial - Capítulo 1- (art. 16 del anterior Código Civil),que tiene alcance general y por lo tanto incluye, en principio, las cuestiones no penales(en sentido lato), y por lo tanto estas normas son aplicables también al Derecho Administrativo. [[6]](#footnote-7)

Por otra parte, es el mismo texto legal el que funda la extensión interpretativa que hacen los órganos ejecutores de la ley civil y administrativa.[[7]](#footnote-8)

Sin embargo, es de destacar que la norma explicitada por esta vía no es obligatoria para el mismo órgano u otros o para el mismo juez en casos similares, ya que no proviene de órgano legislativo ni de sentencia de casación o plenaria.[[8]](#footnote-9)

Ahora bien, en este marco,nuestro país firmó la "Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, conocida como la “Convención de Belem do Pará”, de fecha 06/10/94 ratificada en nuestro país 05/07/96 que entró en vigor el 03/08/96 (arts. 75 inc. 22 y 24 C.N).

La adopción de esta Convención refleja una preocupación uniforme en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra la mujer, su relación con la discriminación históricamente sufrida y la necesidad de *adoptar estrategias integrales* para prevenirla, sancionarla y erradicarla.[[9]](#footnote-10)

La legislación en la materia en la Nación,es la Número 26.485 (del año 2009) y en la Provincia de Buenos Aires, lleva el número 12.569 (del año 2001, modificada por las leyes 14.509 y 14.657).(No he visto un correlato legislativo en la Provincia de Corrientes).

***RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS DEL ESTADO***

El Estado es quien vela por el interés público, por lo tanto investir de responsabilidad civil al Estado (en cualquiera de los estadios que conforman un país federal como el nuestro) por el accionar entre privados, requiere de una serie de requisitos más exigentesque la responsabilidad privada.

La responsabilidad civil del Estado por falta de servicio resulta más clara cuando existe un mandato legal expreso de hacer.

El problema surge cuando el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible.

La obligación genérica de seguridad surge del Código Civil y Comercial, y constituye una obligación no de evitar todo daño, sino de una protección compatible con las libertades y razonable con la disposición de los medios de los que dispone.

La responsabilidad extracontractual del Estado, como la de toda responsabilidad por daño, debe reunir los siguientes requisitos:

1)daño.

2) antijuridicidad, entendida como la contradicción de un hecho con el ordenamiento jurídico, en violación al deber genérico de no dañar.

3) la relación de causalidad que enlace la acción u omisión con el resultado dañoso cuya reparación se reclama.

4) el factor de atribución de carácter subjetivo u objetivo que permita sindicar al responsable.

Entiendo que no se corresponde un análisis de cada uno de los puntos, sin embargo quisiera detenerme en uno de ellos: el factor de atribución.

Al respecto, es doctrina de nuestro máximo tribunal nacional que dice: “…no debe formularse un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio, por lo cual la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. Por otra parte, esa responsabilidad directa y objetiva entraña una apreciación en concreto que *toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño[[10]](#footnote-11).*

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.[[11]](#footnote-12)

De modo que, conforme a ello, para apreciar la responsabilidad extracontractual del Estado, deberá apreciarse en concreto:

\* La naturaleza de la actividad,

\*Los medios de que dispone el servicio,

\* El lazo que une a la víctima con el servicio y

\* El grado de previsibilidad del daño.

***STANDARS DE ACTUACION***

A finde analizar cuál es el *grado de previsibilidad del daño*, he considerado dos precedentes jurisprudenciales.

*Precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El precedente jurisprudencial que he tomado es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso “Campo Algodonero”[[12]](#footnote-13), del año 2009 que toma la doctrina del *riesgo previsible y evitable.*

Es de mucha importancia el referido fallo, particularmente en el punto 4.2.1.en el que trata el deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas, los precedentes en los que se basa para la sentencia, particularmente la *debida diligencia.*

Allí la Corte Interamericana aplica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belem do Pará” a la cual adhiriera nuestro país mediante ley 24.632/ 96, y aplica el art. 7°para precisar el estándar de *“debida diligencia”* a fin de determinar el alcance del deber estatal de protección de los derechos frente a los actos de particulares.

RIESGO PREVISIBLE Y EVITABLE

Altos Estándares de anormalidad en la prestación del servicio, es lo que refiere el artículo 7 de la Convención.

El decisorio establece que “el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupos de individuos determinado y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo” (Corte Interamericana, “Campo algodonero”).

La doctrina del riesgo previsible y evitable requiere, al menos de la existencia de los siguientes elementos:

1) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato;

2) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado;

3) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo;

4) finalmente que el Estado pueda razonablemente, prevenir o evitar la materialización del riesgo.

La evitabilidad y previsibilidad del riesgo está dado por el deber de diligencia catalogado por el artículo 7 de la Convención, que dice: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

En definitiva, en los casos de violencia basados en el género, el Estado es garante frente a la existencia de riesgo de la violencia ejercida en éste tipo de hechos, en particular.

Que sea garante significa dar una respuesta efectiva en los casos de éste tipo, fortaleciendo las instituciones para amparar a la mujer de este tipo de agresiones.

***Precedente de la Provincia de Córdoba***

El precedente nacional que he tomado para referenciar el presente trabajo es el caso "QUIÑONES”[[13]](#footnote-14)

El fallo da por hecho que la voluntad estatal es poner a disposición los medios necesarios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer al adherir a la “Convención de Belem do Pará” mediante ley nacional 24.632/96, antes de la sanción de ley provincial específica en la materia. Por lo tanto ésas disposiciones son de aplicación inmediata,previo a la ratificación por el Poder Legislador, la Convención establece la responsabilidad del Estado.

El fallo de Córdoba somete a consideración un caso de responsabilidad por omisión del Estado, esto es que frente a una obligación de hacer, el Estado no ha cumplido con la misma, ello así por aplicación del art.1112 del Código Civil (hoy 1766 del C.C. y C).

En el fallo Quiñones, también la obligación incumplida fue la obligación genérica de seguridad.

El decisorio establece que “el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupos de individuos determinado y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo”.

***La doctrina del riesgo previsible y evitable*** requiere, al menos de la existencia de los siguientes elementos:

1) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato.

2) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado;

3) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo;

4) finalmente que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.

Resulta entonces que, en los casos de violencia basados en el género, el Estado es garante frente a la existencia de riesgo de la violencia ejercida en éste tipo de hechos, en particular.

Que sea garante significa dar una respuesta efectiva en los casos de éste tipo, fortaleciendo las instituciones para amparar a la mujer de este tipo de agresiones.

En el caso Quiñones, la sentencia tuvo por acreditado el nexo causal - entre la omisión del Estado y el resultado dañoso-, que en el caso fue la muerte de María Belén Quiñones y su pequeño hijo.

Se tuvo por acreditado que la víctima realizó varias denuncias que no fueron tenidas en cuenta, ante lo cual el estado debió promover inmediatamente la investigación y persecución penal del denunciado y otorgar protección y seguridad a María Belén Quiñones y su hijo, lo que no hizo.

***CONCLUSION***

El Estado tiene responsabilidad en los casos de violencia de género,siempre que:

\* exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato;

\* Que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado;

\* Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo;

\* Finalmente que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo.

Para finalizar, quiero referirme al Informe de la Organización Panamericana de la Salud del año 2013 (“Resumen del Informe “Violencia contra la Mujer” en América Latina y el Caribe- Análisis comparativo de datos poblacionales de 12 países”, de Sarah Botti, AlessandraGuedes, Mary Goddwin y Jennifer Adams Mendoza) que dice: “Hay una necesidad de mejorar la respuesta de instituciones clave de todos los sectores frente a la violencia contra la mujer. Las mujeres que sufren violencia en América Latina y el Caribe no siempre buscan ayuda, a menudo porque no saben dónde ir, o no confían en que recibirán una ayuda eficaz, compasiva y confidencial…” “... *Los tomadores de decisiones y los responsables por políticas y programas deben abordar las normas y actitudes que en la región respaldan las inequidades de género y consideran la violencia contra la mujer como asunto “privado”. Esas normas siguen generalizadas en muchas partes de la Región y pueden desanimar a las mujeres de solicitar ayuda o desalentar a los miembros de la familia y la comunidad de ayudar a las mujeres que sufren malos tratos o abuso. Cambiar estas normas y actitudes pueden contribuir a la prevención y a la respuesta frente a la violencia contra la mujer, así como a promover más ampliamente la igualdad de género…”.-*

*ACILIA*

*BIBLIOGRAFIA*

Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. 9°Ed.

García de Entrerría, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Cuaderno Civitas.3° ed. reimpresa

García de Entrerría y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, con notas de Agustín Gordillo. Thomson-Civitas-La Ley. 1° ed. Argentina.

Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Ed. La Ley . 4° Ed.

Linares, Juan Francisco. Caso Administrativo No Previsto. Ed. Astrea. 1976

Reiriz, María Graciela. Responsabilidad del Estado. La autonomía del Derecho Administrativo y sus instituciones jurídicas.

Reiriz, María Graciela. El Derecho Administrativo Argentino Hoy.

*Rosatti, Horacio, Barra, Rodolfo, García Lema, Alberto, Masnatta, Enrique, Quiroga Lavié, Humberto. La Reforma de la Constitución. Ed. Rubinzal Culzoni.*

***JURISPRUDENCIA***

CSJN. Ekmekdjian c/ Sofovich. Fallos: 315:1492

CSJN. Zacarías v. Córdoba. Fallos 321:1124

CSJN. Mosca, Hugo c/ Buenos Aires Provincia. M 82 XXXV. 6-3-07.

Quiñones, Renato Benito y otro c/ Provincia de Cordoba - daños y perj.- otras formas de responsabilidad extracontractual- recurso de apelación- Expte. 200847/36.Cámara 5° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. julio de 2014.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 205. 16/11/2009

1. García de Entrerría, Eduardo. La Lucha contra las inmunidades del poder. Eduardo García de Entrerría. Ed. Civitas. Reimpresión 1995 Pág. 14 [↑](#footnote-ref-2)
2. García de Entrerría, Eduardo. Ob.cit. Pág. 15 [↑](#footnote-ref-3)
3. Cassagne, Juan Carlos.Derecho Administrativo. Tomo I. Juan Carlos Cassagne. 9° ed.Pág. 111. [↑](#footnote-ref-4)
4. Cossio:“plenitud hermética del Derecho”. La plenitud del ordenamiento jurídico. 2ª ed. Bs.As. Losada, 1947 pp.139, 154. (Cita en Reiriz, María Graciela. El Derecho Administrativo Argentino Hoy. Pág.221) [↑](#footnote-ref-5)
5. CSJN. FALLOS 315:1492. 1992 [↑](#footnote-ref-6)
6. Linares, Juan Francisco. Caso Administrativo No previsto. Ed. Astrea. 1976.Pág. 50 [↑](#footnote-ref-7)
7. Linares, Juan Francisco.Ob. cit. Pág. 50. [↑](#footnote-ref-8)
8. Linares, Juan Francisco. Ob. cit. Pág. 66 [↑](#footnote-ref-9)
9. Preámbulo de la Convención de Belén Do Pará. [↑](#footnote-ref-10)
10. CSJN. Fallos 321:1124: ZACARÍAS v. CORDOBA [↑](#footnote-ref-11)
11. CSJN.Mosca, Hugo c/ Buenos Aires Provincia. M 82 XXXV. 6-3-07. [↑](#footnote-ref-12)
12. **Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.** [↑](#footnote-ref-13)
13. "QUIÑONES”RENATO BENITO Y OTRO C/ PROVINCIA DE CORDOBA- ORDINARIO- DAÑOS Y PERJ.- OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL- RECURSO DE APELACIÓN- EXPTE. 200847/36 ”dictado en Córdoba, por la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial en julio de 2014. [↑](#footnote-ref-14)