

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN EN LA PROTECCIÓN A LAS MUJERES.

DEBIDA DILIGENCIA

La responsabilidad del Estado en los casos de violación de los DDHH de las mujeres a cargo de la Dra. **Marisa Adriana Eisaguirre** quien es abogada, Juez de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Bs.As., miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Jueces y Magistrados de la provincia de Bs.As., magistrando en derecho administrativo y administración pública en la UBA, profesora universitaria exponente y disertante a nivel nacional e internacional.

El presente trabajo está dedicado a la memoria de María Belén Quiñones (quien fue mi referente), y de todas las innumerables víctimas de femicidio y abuso.

PRELIMINAR

El objetivo de este trabajo es analizar cómo se involucra el Estado Argentino en sus distintos estadios (nacional, provincial, municipal), en la responsabilidad jurídica por los daños provocados por su conducta omisiva, particularmente en los casos de violencia de género.

Durante el desarrollo del presente demostraré que el Estado está obligado a proteger a las víctimas de género y cuál/es han de ser el/los estándares de actuación frente a estos casos.

REQUISITOS

Ahora bien, 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

El análisis de cada uno de los requisitos, excede el marco del presente trabajo, sin embargo quisiera detenerme brevemente, 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*¹

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.²

De modo que, conforme a ello, para determinar 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.

LA RESPONSABILIDAD

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

¹ CSJN. Fallos 321:1124: ZACARÍAS v. CORDOBA

² CSJN. Mosca, Hugo c/ Buenos Aires Provincia. M 82 XXXV. 6-3-07.

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 de lo posible.

De modo que para apreciar la responsabilidad del Estado, deberá observarse en concreto, en primer lugar la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

Para responder estos interrogantes, tomaré como referencia el caso conocido como “Campo Algodonero”³ precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que introduce la *doctrina del riesgo previsible y evitable*.

Particularmente el punto 4.2.1 del fallo trata del 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 el de 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 Belém do Pará a la cual adhiere nuestro país mediante la ley 26485, 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 particulares. Esto es así, porque para caracterizar la falta de servicio, es necesario una norma clara que fije qué tiene que hacer el Estado o no hacer en determinadas circunstancias. Es que cuando se habla de una protección genérica, lo que realiza la CIDH es precisar el estándar de la debida diligencia.

Introduce la teoría del riesgo previsible y evitable: altos estándares de anormalidad en la prestación del servicio, es lo que refiere el art.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 determinados y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo”.

³ 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.

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

*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.

En definitiva, en los casos de violencia basados en el género, el Estado es responsable frente a la existencia de riesgo de la violencia basada en este tipo de hechos en particular.

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

PRECEDENTES NACIONALES:

- Quiñones Renato Benito y otro c/provincia de Córdoba-ordinario-Daños y perjuicios-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.

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 Belém do Pará, es interesante porque la Cámara realiza la construcción a través de la ratificación de la ley nacional 26485/96 aún antes de la sanción de la ley

provincial específica en la materia. Por lo tanto esas disposiciones son de aplicación inmediata previo aún a la ratificación por el Poder Legislativo, la Convención establece la responsabilidad del Estado. Realmente un fallo innovador.

El fallo de Córdoba somete a consideración un caso de responsabilidad por omisión del Estado, esto es que frente a una obligación de hacer, no ha cumplido con la misma, ello así por la aplicación del art. 1766 del CCyCN

En el fallo Quiñones, 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.

María Belén Quiñones falleció junto a su hijo a manos de su esposo y padre del menor, no obstante haber realizado innumerables denuncias por violencia...

Otro fallo interesante sobre la doctrina del riesgo previsible y evitable es receptada en los autos “A.R.H. y otra c/ E.N.M. Seguridad- PFA y otros s/ Daños y perjuicios” Expte. 50029/2011 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II”. Este caso es interesante porque además de tomar la doctrina del riesgo previsible y evitable, la obligación de seguridad y la concepción de la debida diligencia, determina rubro por rubro el valor económico que le da a cada uno. Este era un caso conocido como el “caso del portero” en la CABA, cuando la víctima va a recoger su ropa la acompañan dos policías uno se queda en el auto y el otro en la cocina labrando el acta, entonces cuando ella va al dormitorio a buscar sus pertenencias y las de sus hijas, aprovecha el marido y la mata de varias puñaladas.

Es interesante destacar en este último precedente el valor económico otorgado a las tareas de cuidado, que aunque el reconocimiento no es novedoso en cuanto a los beneficios económicos de los trabajos de cuidado se corresponde con los precedentes que

el voto dictado en primer término se encarga de referenciar. “Ponce Gladys Leonarda c/ Seguí Rubén Darío y otros s/daños y perjuicios-acc. tran. c/ les. o muerte” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B. Sentencia 04/05/2017.

Causa A 72474 de la Suprema Corte de la provincia de Bs.As “García Mabel Adriana contra Poder Ejecutivo s/pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Acá la SCJBA dice que frente a la previsibilidad del riesgo basado en género que surgía de una serie de indicios sobre prácticas de agresión del señor Bualo (el victimario), que eran graves, precisos y concordantes, en donde el referido riesgo no era meramente hipotético o eventual, o remoto, sino que tenía la posibilidad cierta de materializarse de inmediato, siendo que además el Estado estaba anoticiado de todo ello.

La solución propiciada de falta de servicio de seguridad está inscrita en el incumplimiento de un deber de protección reforzado que la debida diligencia imponía para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Sra. García y sus hijos. En este caso es interesante destacar el voto del Dr. De Lázzari, al que adhiere la Dra. Hilda Kogan.

Un elemento no menor, que resulta de sumo interés poner de resalto es que tanto el fallo Quiñones, como el dictado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, es el instar al Estado para que realice el pago correspondiente de forma voluntaria, con celeridad y rapidez.

Finalmente, desde la fecha de la actividad organizada por la Asociación de Abogadas y Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha sido dictado el Decreto 679/2020, que aprueba el Acuerdo de Solución Amistosa celebrado con la señora Olga del Rosario Díaz, patrocinada por la Defensoría General de la Nación en el marco de la Comunicación N° 127/2018 del registro del Comité para la Eliminación de la

Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas ⁴ (CEDAW, por sus siglas en inglés).

No quiero abusar de este espacio, pero creo que el Acuerdo amerita el resaltado de lo siguiente: “...2.2 Asimismo, los hechos planteados en la Comunicación N°127/2018 evidencian múltiples incumplimientos de los estándares que surgen de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en particular el deber de debida diligencia reforzado. Son, además, representativos de problemas que en general encuentran en el país las mujeres que denuncian violencia en el ámbito intrafamiliar. Al respecto, entre otras prácticas contrarias a los referidos estándares llevadas a cabo en el presente caso, es posible señalar: (a) la falta de adopción de medidas de protección oportunas, efectivas e idóneas, (b) la deficiencias en el diligenciamiento, ejecución y monitoreo de las medidas de protección ordenadas, (c) la falta de articulación entre las distintas autoridades que intervinieron, (e) el uso de audiencias conjuntas de conciliación o mediación, y (f) fallas en la investigación penal de hechos de violencia de género. 2.3 Como consecuencia de lo antes expresado, el Estado argentino reconoce su responsabilidad internacional por el tratamiento judicial al caso...”

Para concluir, agradezco profundamente a tan prestigiosa institución la invitación a exponer y publicar un tema que me resulta apasionante y espero haber despertado vuestra curiosidad.

M.A.E

Bibliografía

Cassagne, Juan Carlos 2008 “Derecho Administrativo” Novena edición. Avellaneda, Provincia de Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot

⁴ DECRETO NACIONAL 679/2020

García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. 1 edición 2006. “Curso de Derecho Administrativo” Buenos Aires. Ed. La Ley

García de Enterría, Eduardo 1995 “La Lucha contra las inmunidades del poder”. Ed. Civitas. Reimpresión.

Gordillo, Agustín. Fundación de Derecho Administrativo “Tratado de Derecho Administrativo”. www.gordillo.com

Linares, Juan Francisco. “Caso Administrativo No previsto”. Ed. Astrea. 1976.

Marienhoff, Miguel 2001 “Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público” Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot