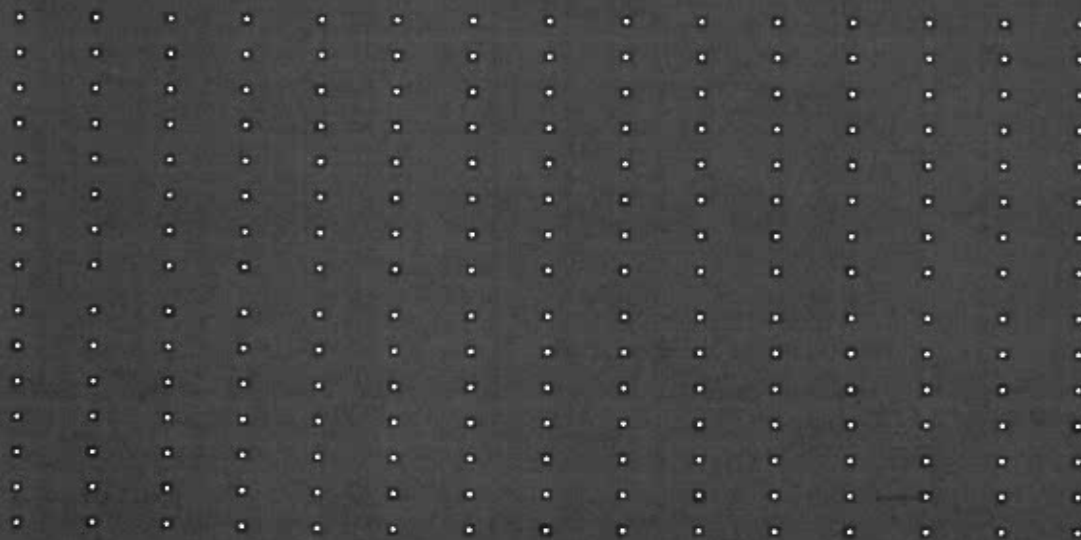


FUENTES Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

—
Cuestiones actuales y perspectivas

Jornadas organizadas por la Universidad Austral
Facultad de Derecho



OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

CUESTIONES ESTRUCTURALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

INSTITUCIONES, BUENA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS
INDIVIDUALES

3, 4 y 5 de julio de 2017
484 páginas - Edición 2018

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

8, 9 y 10 de junio de 2016
560 páginas - Edición 2017
Ediciones Rap

CONTROL PÚBLICO Y ACCESO A LA JUSTICIA

20, 21 y 22 de mayo de 2015
Tomo I y II - 736 páginas - Edición 2016
Editorial Astrea - Ediciones Rap

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. A 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

21, 22 y 23 de mayo de 2014
640 páginas - Edición 2015
Editorial Astrea - Ediciones Rap

EL DERECHO ADMINISTRATIVO HOY. 16 AÑOS DESPUÉS

16, 17 y 18 de mayo de 2012
608 páginas - Edición 2013
Ediciones Rap

CUESTIONES DE ORGANIZACIÓN ESTATAL, FUNCIÓN PÚBLICA Y DOMINIO PÚBLICO

18, 19 y 20 de mayo de 2011
608 páginas - Edición 2012
Ediciones Rap

CUESTIONES DE INTERVENCIÓN ESTATAL SERVICIOS PÚBLICOS, PODER DE POLICÍA Y FOMENTO

12, 13 y 14 de mayo de 2010
800 páginas - Edición 2011
Ediciones Rap

CUESTIONES DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ADMINISTRATIVO, LEGISLATIVO Y JUDICIAL
13, 14 y 15 de mayo de 2009
788 páginas - Edición 2010
Ediciones Rap

CUESTIONES DE ACTO ADMINISTRATIVO, REGLAMENTO Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

21, 22 y 23 de mayo de 2008
872 páginas - Edición 2009
Ediciones Rap

CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

16, 17 y 18 de mayo de 2007
1048 páginas - Edición 2008
Ediciones Rap

Ediciones
rap

Ediciones Rap s.a.
Talcahuano 638 - Piso 4, Of. H.
(C1013AAN) - Ciudad de Buenos Aires - Argentina
(54-11) 4373-6210 / 4373-1703 / 4373-1677
consulta@revistarap.com.ar
www.revistarap.com.ar

ISBN 978-987-694-021-4



9 789876 940214

ADMINISTRATIVO

Fuentes y procedimiento administrativo: cuestiones actuales y perspectivas /
Jorge Albertsen ... [et. al.];
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rap, 2019.
640 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-694-021-4

1. Derecho Administrativo. I. Albertsen, Jorge.
CDD 342

© Ediciones *Rap* S. A.
Talcahuano 638, Piso 4, of. H (C1013AAN)
Ciudad de Buenos Aires - República Argentina
4373-6210/4373-1703/4373-1677
consulta@revistarap.com.ar
www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-021-4

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

Las colaboraciones firmadas incluidas en la presente
publicación no representan necesariamente
la opinión de la Dirección del sello editorial.

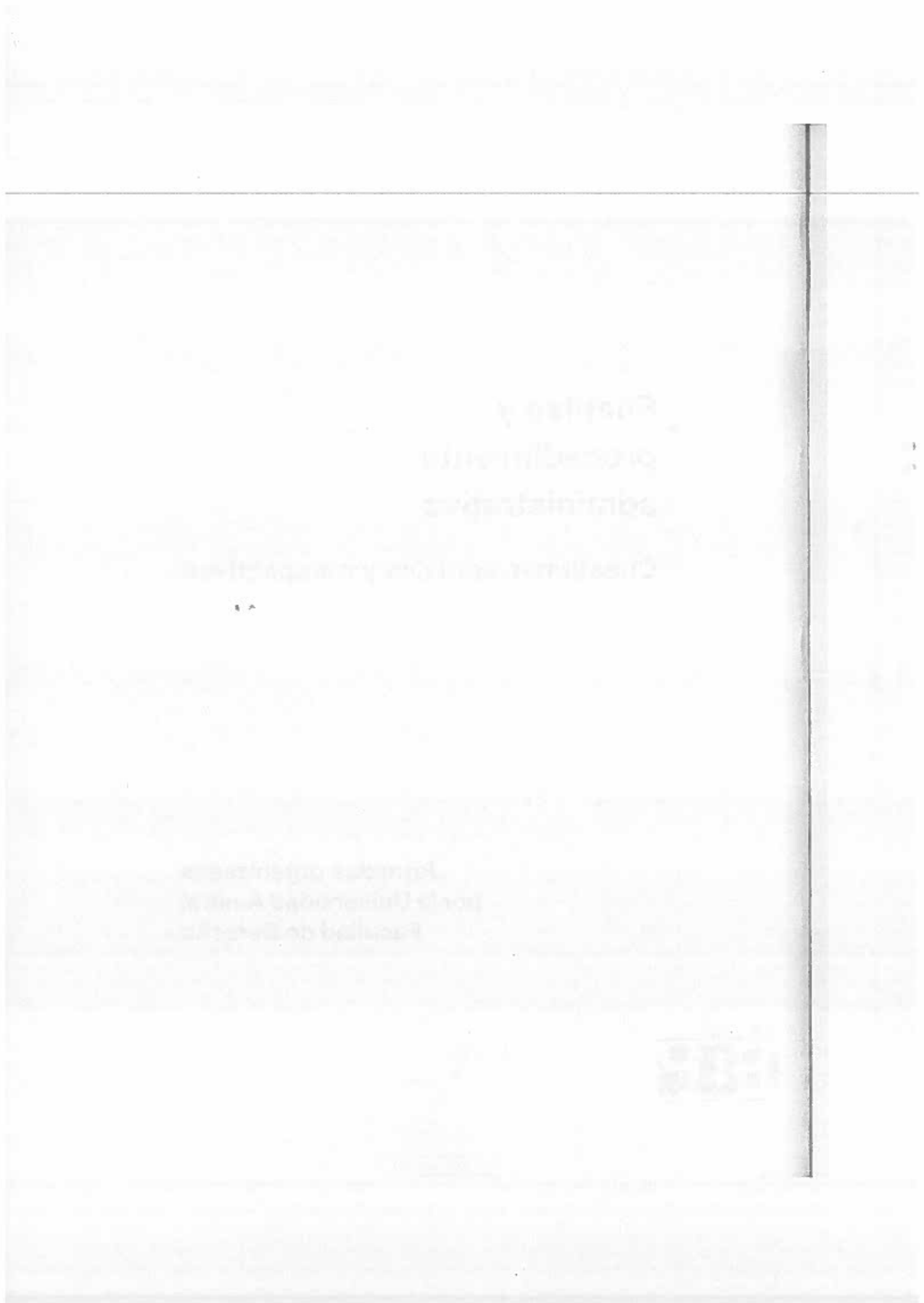
Este libro se terminó de imprimir en junio del año 2019
en los talleres de Latíngráfica s/ta en la calle Rocamora 4161,
Ciudad de Buenos Aires (CP 1872), Tel.: 4867-4777

Jornadas sobre
Fuentes y procedimiento administrativo
Cuestiones actuales y perspectivas

4, 5 y 6 de junio de 2018

Autores

Jorge C. Albertsen - Gabriel M. Astarloa - Rodolfo C. Barra - Alberto B. Bianchi -
Alfonso Buteler - Fabián O. Canda - Armando N. Canosa - Claudia Caputi - Ezequiel
Cassagne - Fernando G. Comadira - Julio Pablo Comadira - Pedro J. J. Coviello -
Isaac A. Damsky - Andrea Danas - Ignacio M. de la Riva - Sandra Eizaguirre -
Ernesto N. Ferreyra Domínguez Ortiz - Juan M. González Moras - Alfredo S.
Gusman - Mirian M. Ivanega - Federico J. Lisa - Leonardo Massimino - Ismael Mata
- Eduardo Mertehikian - Ricardo A. Muñoz (h) - Jorge I. Muratorio - Daniel M. Nallar
- Alejandro Pérez Hualde - Héctor Pozo Gowland - Luis Eduardo Rey Vázquez -
María José Rodríguez - Estela B. Sacristán - José R. Sappa - Gustavo Sa Zeichen -
Gabriela A. Stortoni - Alejandro J. Uslenghi - María Susana Villarruel.



Fuentes y procedimiento administrativo

Cuestiones actuales y perspectivas

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

Ediciones
IRAP

4. CONCLUSIONES

1. La aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a las empresas públicas es un tema confuso y de debate.

2. El origen del problema es la utilización de normas propias del Derecho Privado, como son las de las sociedades comerciales, para entidades en la que el Estado tiene una participación accionaria de control.

3. Para determinar la aplicación de las normas de procedimiento administrativo a las empresas públicas, deben analizarse en primer término las normas de su creación y las que particularmente regulan la actividad que realizan.

4. Dicho análisis debe complementarse considerando si la actividad de la empresa pública significa el ejercicio de potestades públicas, y que puede encuadrarse dentro de la función administrativa. La respuesta afirmativa, genera la aplicación de las normas de procedimiento administrativo, que rigen la relación con los particulares.

5. De todas formas, las empresas públicas están sometidas a las normas de procedimientos administrativos que rigen en materia presupuestaria, de control, de auditoría, y las que regulan la relación con los directores, síndicos y funcionarios jerárquicos.

LOS PROCEDIMIENTOS DE POLICÍA A NIVEL LOCAL Y SU ADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES DE LAS CONVENCIONES DE DERECHOS HUMANOS, PARTICULARMENTE LAS QUE PROTEGEN A LAS MUJERES Y GRUPOS VULNERABLES

CLAUDIA CAPUTI

1. INTRODUCCIÓN

Como hice en otras oportunidades, empezaré por dejar asentado mi reconocimiento y homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, de quien, entre lo mucho que legó a nuestro derecho público, reconozco que forjó este prestigioso evento científico que se reitera y mejora con el paso de los años.

Ingresando, entonces, en la cuestión elegida, señalaré que, en este momento de nuestro desarrollo jurídico, creo que no merecería reparos una afirmación en el sentido de que la mirada que toma en cuenta los derechos fundamentales de las personas es indispensable para estructurar las soluciones que requiere el Derecho Administrativo.

Sobre esta premisa, adelanto que en el encuentro de este año (2018), retomaré y abundaré en precisiones en torno de una cuestión que dejé presentada y planteada en las Jornadas llevadas a cabo durante el pasado 2017, cuando analicé la incidencia que sobre nuestra disciplina tendría el cumplimiento pleno de las normas supranacionales y vernáculas respecto de los derechos de las mujeres¹. En esta oportunidad, y en función del tema marco que inspira a este evento académico, estimo de interés analizar jurisprudencia reciente

¹ El texto respectivo obra en Caputi, M. Claudia: "Institutos del derecho administrativo al servicio de los derechos de las niñas, mujeres y ancianas", versión de la disertación (realizada el 4 de julio de 2017), en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, compiladas en: Buteler, Alfonso, et al., *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo - Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2018, pp. 271 a 287.

—que se habrá de compartir y examinar— en la que se presentan oportunidades para reflexionar en clave local sobre cuestiones vinculadas con la protección (o desprotección) de los derechos de colectivos con vulnerabilidades y, en particular, de las mujeres.

La conexión con la temática general de las Jornadas viene dada porque se trata de analizar cómo la búsqueda de goce efectivo de esos derechos se replica o incide sobre el funcionamiento de las autoridades públicas, a escala local, en particular de los municipios y provincias.

Pues bien, la búsqueda de una mirada paritaria nos conduce a formular una serie de interrogantes, planteos y señalamientos, los cuales formularé en dos escalas: en la global o general, se realizará una revisión a vuelo de pájaro sobre las nuevas demandas de la sociedad sobre el proceder público local; y, en otro plano, dado por la jurisprudencia particular, reseñaré los fundamentos y conclusiones de un fallo que estimo de relevancia, al haberse condenado a una municipalidad al pago de una reparación dineraria, por considerársela transgresora de normas básicas referentes a los derechos de las mujeres. En lo puntual, la sentencia que se comentará consideró a la comuna austral como facilitadora de la perpetración del delito de trata de personas, tildándose de “rufián” al Estado local.

Ahora bien, la brújula que nos puede guiar en este terreno es el concepto de “debida diligencia”. Esencialmente, y en general, hoy en día se reconoce que los Estados tienen el deber de actuar con la *debida diligencia* frente a las violaciones de los derechos humanos. Poco es lo que se afirma sobre la necesidad de reforzar, en la formación de todo buen administrativista, la versación sobre este concepto pivot.

En cuanto a su conceptualización, sabemos que este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad². En concreto, implica que los Estados deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Así, en el ámbito de nuestro continente, deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), además de procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Luego, la vigencia de otros instrumentos como la Convención de Belém do Pará (en especial, por las previsiones de su Art. 7°), agrega a ello un deber reforzado, más específico.

En todo caso, estos conceptos conducen a advertir que un Estado no puede ser considerado responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Ciertamente, los deberes estatales en orden a adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran

² CIDH, Relatoria sobre los Derechos de la Mujer, “Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de violencia en las Américas”, en <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>.

condicionados una serie de factores. Básicamente se trata del conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y de las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

Por ello, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, se entiende que aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. Es que este deber debe ser interpretado de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, se deriva de ello que no todo alegado riesgo a la vida de una persona les impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo se llegue a materializar. Por el contrario, es necesario establecer que al momento de los hechos las autoridades hubieran sabido, o debieran haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, sumado ello a que tales autoridades no hayan tomado las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, pudieron esperarse para evitar dicho riesgo³.

2. LOS DEBERES DE LAS AUTORIDADES LOCALES, UN REPASO IMPRESCINDIBLE

Señalado así el *iter* que ha de seguirse, y comenzando por la primera sección, pasaré a desglosar los interrogantes, tendencias y replanteos que el progreso del movimiento de mujeres y su influencia, puede generar en el derecho público local. De cierto modo, y salvando las distancias, este ejercicio intelectual se asemeja a un "test de Bechdel"⁴, aplicado al objeto de nuestro estudio.

Estos permiten, a su vez, elaborar un listado de cuestiones que deben verificar las autoridades locales, fuesen municipales o provinciales, útil para estas al momento de diseñar y ejecutar sus actividades propias, y de estructurar la agenda y políticas públicas. La utilidad referida, además, también se operativiza respecto de los ciudadanos, en lo que atañe a determinar si el sector o autoridades públicas están obrando conforme a derecho y —en principio— sin causar daños.

³ Sobre la jurisprudencia del sistema interamericano en la interpretación de estos conceptos, véase Encarna Carmona Cuenca (editora), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

⁴ Se trata de un método destinado a evaluar si un guion de película, serie, cómic u otra representación artística cumple con los estándares mínimos para evitar la brecha de género: en otras palabras: si representa a las mujeres adecuadamente, genéricamente y *lato sensu*, puede considerarse como una forma de verificar el sesgo androcéntrico en toda construcción social. Su nombre proviene de Alison Bechdel, una autora de dibujos animados norteamericana, si bien la creación del test se atribuye a Liz Wallace, su amiga. La observación sobre la cual se funda esta prueba ha dado lugar a la creación de otros con cierta analogía, como el Mako Mori y el Sphinx.

Esta es, ciertamente, la historia de un ejercicio consciente que retrotraiga la vigencia de las ideas fundantes de la sociedad, que radicaban en presuponer la inferioridad biológica e intelectual de las mujeres, a quienes, además de dicha inferioridad, se nos consideraba afectadas por una “falla moral”, como ha señalado María Angélica Gastaldi⁵, ideas que van directa y flagrantemente en sentido contrario a las que dan basamento a las normas internacionales y nacionales que garantizan la paridad del género femenino. Estas concepciones, implícitas a toda otra construcción intelectual, política y social, fueron largamente consolidadas, y por conducto de ellas se legitimaba el control y “la protección masculina”, que las relegó exclusivamente al ámbito privado de la familia y el parentesco. Este estado de cosas generó que, como bien advierte Gastaldi, en coincidencia con la generalidad de la doctrina, pese a irrumpir la modernidad, aquellas concepciones tuvieron a las mujeres excluidas del contrato social y de los derechos solo predicados respecto “del hombre y del ciudadano”, consagrados en la Revolución Francesa. De allí el deber del propio Estado para deconstruir ese sistema con acciones concretas.

Como puede advertirse, y retomando aquellos deberes que se deberían plasmar en el obrar de autoridades locales, suscita lo que en doctrina se estudia como “poder de policía” y “policía administrativa”. En otras palabras, se trata de lo atinente a la actividad de índole normativa que tiene por miras la reglamentación de libertades y derechos, para compatibilizarlos entre sí y con los de la comunidad y, por otro lado, de la actividad que cumple la Administración pública para satisfacer de modo directo e inmediato las necesidades colectivas y el logro de los fines estatales, preservando esencialmente el bienestar general y bien común, con el resguardo de la seguridad, la salubridad, la paz y tranquilidad públicas y la propiedad. Sobre estos temas, cabe adelantar que no es esta la oportunidad propicia para recordar y validar todas las objeciones, contraargumentos, crisis y resquemores que en la faz doctrinal han generado estos conceptos, bien conocidos por los especialistas⁶; valga con aceptar que la nomenclatura es usada con generalidad y a ella puede apelarse en aras de facilitar la comunicación, sin que ello importe una toma de postura sobre el *ser* y el *deber ser* de esta problemática que, valga sí decirlo, debe ajustarse siempre a los postulados constitucionales y convencionales vigentes.

Despejado ello, y aunque parezca obvio, es preciso insistir en que el principio de juridicidad le impone a los Estados el deber de cumplir con todas las normas que reconocen derechos a las mujeres en paridad; en especial esto incluye a los compromisos internacionales. Solo por citar uno de ellos, como es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer—ratificada por nuestro Parlamento, y con rango constitucional

⁵ Véase el trabajo de esta pensadora y magistrada, Presidenta de la Red de Mujeres Para la Justicia, titulado “Cuestiones de Género”, cuyo texto puede ser consultado en el siguiente link: <https://redmujeresjusticia.org.ar/site/wp-content/uploads/2019/03/Cuestiones-de-ge%CC%81nero-Gastaldi.pdf>.

⁶ Ver, por todos, la explicación brindada a lo largo del Capítulo X (titulado: “La actividad administrativa de coacción”), de: Comadira, Julio Rodolfo - Escola, Héctor Jorge - Comadira, Julio Pablo (Coordinador, Colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, T. I, pp. 641 y sigs.

en nuestro derecho—, cabe recordar que el Comité de Expertas que monitorea su cumplimiento ha destacado que la obligación de cada Estado en orden a cumplir los compromisos derivados de la Convención, requiere que estos “adopten una amplia gama de medidas para asegurar que la mujer y el hombre gocen *de jure y de facto* de los mismos derechos”⁷.

Apelando, entonces, a la primacía del derecho a la vida e integridad psicofísica, estimo que cabría indagar si la jurisdicción de que se trate adopta resguardos para conducirse con la debida diligencia para ajustarse al principio de juridicidad y, como natural contracara de esa exigencia, evitar incurrir en *violencia institucional*⁸. Es que, ciertamente, la violencia institucional puede manifestarse en un sinfín de situaciones y formatos⁹, y su decidida evitación es crucial para no lesionar los derechos de la población, incluyendo a las niñas, mujeres y ancianas; de otro modo, el Estado puede ser calificado de (segundo) agresor que lesiona los derechos de las mujeres, según se verá más adelante. En particular, también sería pertinente constatar lo atinente a políticas de superación de la discriminación y de empoderamiento a las mujeres, en particular de las que estén en situaciones de vulnerabilidad.

En general, hay consenso en entender que la norma fundante de esta prohibición de incurrir en violencia institucional es el Artículo 2º, inciso d, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en idioma inglés (CEDAW). En dicha disposición, los Estados parte (como lo es la República Argentina, que además erigió a este texto a rango constitucional) condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a una serie de medidas y acciones. En particular, y en lo que aquí interesa, el inciso d manda “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”; una fórmula que se reproduce en el Convenio de Estambul del Consejo de Europa, en su Artículo 5º¹⁰.

⁷ Véase, en tal sentido, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW (16-12-2010), en especial la sección II.9.

⁸ La cuestión ameritaría un trabajo aparte. Una buena reflexión sobre la violencia institucional en clave de equidad de género puede leerse en Blotta, María Florencia, “Algunas aproximaciones acerca de la violencia institucional contra las mujeres a la luz de la Ley 26.485”, en Urrutia, Liliana Aída Beatriz (Directora), Prunotto, Mariana (Coordinadora), Trucco, Marcelo (Coordinador), Gastaldi, María Angélica (Prologuista), *La protección integral de las mujeres contra la violencia de género: Ley 26.485 - Análisis a nivel nacional e internacional*, Rosario, Juris, 2015, pp. 453 a 465.

⁹ Una enumeración donde se enuncian estas manifestaciones del fenómeno puede verse en la “Guía para la caracterización de hechos y/o situaciones de violencia institucional”, elaborada por la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura, Desaparición Forzada de Personas y otras Graves Violaciones a los Derechos Humanos, mediante la Resolución SDH N° 30/2014; su texto completo obra en <http://www.jus.gob.ar/media/3120686/guia-situaciones-de-violencia-institucional.pdf>.

¹⁰ La referencia es al Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. Según su Artículo 5º, las “[...] Partes de abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las

En esta enumeración, dada la acotación temática de este trabajo y de las jornadas, se focalizará la mirada en las incumbencias de los Estados locales (CABA, provincias y municipios), lo cual deja pendiente el análisis de la aplicación de la debida diligencia al Estadonacional, cuyas particulares atribuciones y funciones ameritarían un estudio aparte¹¹.

A modo de aplicación particularizada de dicho tipo de violencia, cabría entonces constatar si la jurisdicción autónoma o local tiene reglamentado el uso de armas de las fuerzas de seguridad¹². Como sabemos, y surge de un somero repaso de los repertorios jurisprudenciales, la indicada es una situación muy reiterada en materia de producción de daños, y tanto la Nación como algunas provincias han ejercido sus potestades normativas para limitar la portación cuando el agente o funcionario fueran imputados de violencia de género y familiar o doméstica, situación que hemos subrayado en otra oportunidad¹³. Esta sería una de las cuestiones relativas a las fuerzas de seguridad, ámbito que puede suscitar otras revisiones¹⁴.

instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación; 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del [presente] Convenio cometidos por actores no estatales". El mencionado Convenio, que también se conoce como "Convenio de Estambul", o "Convención de Estambul", es una convención del Consejo de Europa que tiene por miras luchar contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, habiendo entrado en vigor en Europa el 1º de agosto de 2014.

¹¹ Las manifestaciones de las atribuciones de policía en el plano federal son innumerables, baste con señalar que una de las más ricas y en desarrollo es la vinculada con la supervisión y control de los contenidos de los medios de comunicación, en punto a su conformidad con las leyes que protegen la situación jurídica de la mujer, máxime frente a las dificultades que suscita en la práctica la detección de la violencia simbólica.

¹² Respecto de este tema, cabe tener en cuenta que, según la base de datos del CELS sobre hechos de violencia con participación policial, entre 1996 y 2015 al menos 163 mujeres civiles fueron asesinadas por miembros de instituciones de seguridad en el Área Metropolitana de Buenos Aires. Según esta fuente, en un tercio de aquellos casos el homicida fue un policía fuera de servicio. Entre 2010 y el primer semestre de 2015, en el AMBA se registraron veinte casos de femicidio cometidos por policías. Entre las víctimas, trece fueron civiles y, el resto, policías. Todas fueron asesinadas con el uso de un arma de fuego, en varios casos con el arma reglamentaria. En cuatro de los hechos el agresor intentó aparentar que se trataba de situaciones de suicidio, tras manipular la escena del crimen. El texto del informe puede ser consultado en <http://www.cels.org.ar/common/IA%202016%2008%20NiUnaMenos.pdf>.

¹³ Véase, en este sentido, Caputi, Ma. Claudia: "La Responsabilidad del Estado - Jurisprudencia reciente, tendencias y perspectivas futuras", *Revista de Derecho Público*, 2013-I, 59 a 113. En dicho trabajo se recuerda el dictado de la Resolución N° 1.515/2012 del Ministerio de Seguridad de la Nación, por medio de la cual se procura restringir la portación, tenencia y transporte del arma reglamentaria por parte del personal de cuerpos policiales y las fuerzas de seguridad; se busca, de ese modo, atender a las denuncias recibidas por víctimas de violencia doméstica, referidas al obrar de integrantes de estas fuerzas. Esta reglamentación en el uso del arma reglamentaria fue dictada bajo la invocación de la Ley N° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, como modo de lograr su más plena efectividad.

¹⁴ Por ejemplo, véase el análisis comprensivo que realiza José A. Garriga Zucal, en su capítulo: "¿Cosa de hombres? ¿Cosa de policías? Género y fuerza entre los policías de la Provincia de Buenos Aires", en Carina V. Kaplan (Editora), *Género es más que una palabra - Educar sin etiquetas*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2016, pp. 179 a 190.

Paralelamente, debería ponerse la lupa sobre todo contexto de restricción de la autonomía o libertad de las personas; por ello, si se trata de provincias que gestionen establecimientos como unidades carcelarias o centros de detención, cabrían análogas consideraciones sobre la protección de los derechos de las personas allí alojadas; se debería constatar, entonces, si se siguen las buenas prácticas recomendadas por los organismos competentes (v. gr., los equivalentes a la Procuración Penitenciaria de la Nación), para evitar todo tipo de violencias o menoscabo a los derechos de las detenidas.

Por otra parte, bien cabría indagar sobre el perfil normativo dado al empleo público local. Al respecto, cabría relevar los ordenamientos, prácticas y políticas, en punto a la creación de un clima de trabajo refractario al abuso u hostigamiento—con o sin connotaciones sexuales—, y a la prevención, investigación y punición de este. Paralelamente, sería coherente revisar si se brindan servicios de lactarios a las trabajadoras en etapa de amamantar, tanto como de guarderías a quienes tengan niños pequeños.

Asimismo, en el marco de las normas que reglamentan los derechos y deberes emergentes de la relación de empleo público, cabría indagar sobre si la provincia o jurisdicción local otorga o tiene reglamentado el otorgamiento de licencias por violencia de género. Incluso, desde el plano de los deberes, y poniendo el foco en el de capacitación permanente, que es un verdadero derecho-deber, habría que verificar cómo marcha la adhesión y cumplimiento de la “Ley Micaela”¹⁵, por la cual se manda implementar la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres.

Y, por encima de todo ello, habría que revisar también las políticas de ingreso a la función, lo cual comporta tanto la constatación de que el personal que ingresa (considerado en todas las dependencias y niveles jerárquicos) tenga perspectiva de género, como que se respeten pautas de paridad en dicho ingreso. En este sentido, no nos debemos olvidar de que sería un factor positivo para tomar en cuenta que el ordenamiento en cuestión contuviera o aplicase acciones de todo tipo, incluso positivas, encaminadas a que las mujeres accedan a cargos públicos con mecanismos destinados a superar desigualdades históricas¹⁶.

En otro orden de cuestiones, para completar el listado que se viene formulando, habría que repasar la tónica de los servicios públicos y servicios sociales de la órbita local, lo cual abre un abanico extenso de situaciones, referentes a salud, educación, seguridad, acceso a la vivienda, transporte y al trabajo remunerado. Así, por ejemplo, cabría constatar si en los ámbitos hospitalarios y de salud en general se respetan los derechos de las niñas, mujeres y ancianas, en un amplio arco que incluye tanto los derechos reproductivos, como la evitación de la violencia obstétrica, y la debida prestación de otros servicios normativamente previstos;

¹⁵ Cabe tener presente, en la materia, el dictado de la Ley nacional N° 27.499 (BO del 10-I-2019).

¹⁶ Véase, por ejemplo, el interesante relevamiento y propuestas descriptos en el documento: “El impacto del género en el proceso de selección de fiscales - Análisis de la situación de las aspirantes mujeres a los espacios de decisión y mayor jerarquía del Ministerio Público Fiscal”, de la Dirección Gral. de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación, consultable en <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2019/02/El-impacto-del-g%C3%A9nero-en-el-proceso-de-selecci%C3%B3n-de-fiscales-1.pdf>.

otro tanto cabría respecto del acceso a la educación en sus diversos niveles, incluso la concerniente a la salud sexual, y a la prevención del embarazo adolescente no querido. Asimismo, en aras de la justicia social, cabría indagar sobre la implementación de planes de inserción laboral y profesional.

Como consideración de superlativa importancia, y transversal a las anteriores, cabría también indagar sobre qué políticas de acceso a la justicia se despliegan en el territorio de que se trate.

Por otra parte, también sería plausible poner la lupa sobre los rasgos del ordenamiento urbano. Ello incluye desde los buses rosas en el transporte público, hasta el desmalezamiento y la instalación de luces, para evitar zonas de inseguridad. De hecho, un abordaje paritario del urbanismo justificaría incluir también la manera en que se designen los nombres de las calles o avenidas, que por lo general solo en un ínfimo porcentaje lleva nombres femeninos (perpetuando así la invisibilización generalmente instalada). Incluso, e indirectamente vinculado con lo anterior, también se debería verificar lo relativo al goce del derecho a una vivienda adecuada, y todas las derivaciones del mismo.

Asimismo, cabría monitorear muy especialmente lo concerniente a la educación en todos sus niveles (usualmente delegada a las jurisdicciones locales en su organización e impartición), como sistema que puede reproducir estereotipos y fomentar discriminaciones, como bien se ha demostrado en los análisis sobre su funcionamiento¹⁷.

En definitiva, el “etcétera” de esta sección es vastísimo, pero vale la pena dejar enumerados los tópicos precedentes, a modo de muestra del relevante desafío y la agenda pendiente que comporta el cumplimiento fiel de las exigencias y estándares internacionales en materia de respeto de los derechos de las mujeres.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL MANDATO DE LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS CONVENCIONALES

En los últimos tiempos cabe destacar que la mirada de los Derechos Humanos ha puesto el foco en el rol que cumplió el Estado en ocasión de violarse los derechos de las personas a manos de terceros que incumplieron la ley.

Las derivaciones de este rol vienen suscitando una serie de cambios jurídicos, incluso más allá de nuestras fronteras. Así, la jurisprudencia del Reino Unido, que viene siendo tradicionalmente prudente y hasta restrictiva en punto a reconocer la responsabilidad estatal en casos de omisión o falta de diligencia, ha seguido los estándares supranacionales europeos en un interesante pronunciamiento de febrero de 2018. Por medio de esta sentencia, y a instancia de dos de las víctimas (identificadas por las siglas de sus nombres, como “DSD” y “NBV”), se endilgó responsabilidad patrimonial a la comuna de Londres, al considerársela negligente, a raíz del obrar omisivo de la policía local en lo que respecta a la toma de

¹⁷ Sin perjuicio de otros materiales, cabe consultar, en este sentido, la obra de Carina V. Kaplan (Editora), Dora Barrancos (Prologuista), *Género es más que una palabra - Educar sin etiquetas*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2016.

denuncias en comisarias y las posteriores investigaciones, frente a reportes de violaciones o abusos sexuales perpetrados por un taxista de dicha metrópoli¹⁸. Se trata del caso popularmente conocido como del “Black Cab Rapist” (traducible como “el violador del taxi negro”), o luego de “John Worboys”, según el nombre del atacante, quien cometió una legión de delitos entre 2003 y 2008 en un raid que aparentemente, y según la interpretación del máximo tribunal británico, las autoridades hacían poco y nada por detener, al haber incurrido en fallas “sistemáticas” en el desempeño de sus funciones.

A su vez, y regresando a nuestro hemisferio, observamos que desde la Corte Interamericana de DDHH el progreso en la cuestión viene de la mano de que se ha acuñado el concepto de “segundo agresor”, denotando la acción que *construye* el daño perpetrado inicialmente por determinadas personas, cuyo actuar delictivo, pese a conocerlo y tener los medios para impedir sus efectos, la estructura estatal no llega a enervar, con lo que la autoridad pública sería una suerte de partícipe del obrar antijurídico, en lo que constituye un típico caso de *revictimización*. Es el razonamiento que se desarrolló en el caso Caso “V. R. P. V. P. C. y otros vs. Nicaragua”, resuelto mediante sentencia de la CIDH del 8 de marzo de 2018¹⁹.

En el parágrafo 297 de dicho pronunciamiento se interpretó que el Estado demandado se convirtió en un segundo agresor, al “[...] cometer distintos actos revictimizantes que, tomando en cuenta la definición de violencia contra la mujer adoptada en la Convención de Belém do Pará, constituyeron violencia institucional”; ello a la luz del texto de la aludida Convención, que ha establecido parámetros para identificar cuándo un acto constituye violencia y define en su Artículo 1° que “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, supuesto que consideró configurado en el caso. De hecho, la Corte Interamericana recordó que aquel instrumento internacional “[...] resalta que dicha violencia incluye la que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra” (cfr. caso “V. R. P.”, parágrafo 297)²⁰. Anudado con este concepto, se estableció que el Estado nicaragüense

¹⁸ Cabe tener presente, en la materia, el dictado de la Ley nacional N° 27.499 (BO del 10-1-2019).

¹⁹ Véase la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Reino Unido, en los autos “Commissioner of Police of the Metropolis (Appellant) v. DSD and another (Respondents)”; el texto completo en idioma inglés puede consultarse en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0166-judgment.pdf>. Véase también un comentario al fallo en <https://ukhumanrightsblog.com/2018/02/21/supreme-court-awards-damages-against-the-police-for-failure-to-conduct-an-effective-investigation/>.

²⁰ Más concretamente, en el parágrafo 298 se puntualizó que la niña víctima en ese caso había sufrido una doble violencia: la “[...] sexual por parte de un agente no estatal; y, por el otro, la violencia institucional durante el procedimiento judicial, en particular, a raíz del examen médico forense y la reconstrucción de los hechos. La niña y su familia acudieron al sistema judicial en busca de protección y para obtener la restitución de sus derechos vulnerados. Sin embargo, el Estado no solo no cumplió con la debida diligencia reforzada y protección especial requerida en el proceso judicial donde se investigaba una situación de violencia sexual, sino que respondió con una nueva forma de violencia. En este sentido, además de la vulneración del derecho de acceso a la justicia sin discriminación, la Corte considera que el Estado ejerció violencia institucional, causándole una mayor afectación y multiplicando la vivencia traumática sufrida por V. R. P.”.

había ejercido “violencia institucional”²¹ contra la afectada, causándole una mayor afectación y multiplicando, así, la vivencia traumática sufrida por esta.

La jurisprudencia de otros países del continente se ha empezado a hacer eco de estos conceptos, y así se tiene un fallo de la Corte Constitucional de Colombia, emitido el 15 de diciembre de 2017, donde empleó la noción de “segundo agresor” en contextos de violencia institucional²².

Paralelamente, esta conceptualización luce coincidente con el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en punto a que, “[...] cuando un Estado hace poco o ningún esfuerzo para detener ciertos tipos de violencia privada, está aprobando tácitamente esa forma de violencia. Esta complicidad transforma lo que de otra manera sería una conducta plenamente privada en un acto constructivo del Estado”, criterio sostenido en la causa “Bevacqua y S. v. Bulgaria”²³, lo que fundamenta la idea de participación de sujetos privados y del Estado negligente en la construcción de un resultado disvalioso.

A modo de muestra reciente de la manera en que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos aborda la violencia institucional –perpetrada por autoridades tanto federales como estatales–, cabe también tener presente la sentencia de la Corte Interamericana del 28 de noviembre de 2018, recaída en el “Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México” (decisión sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)²⁴, plasmando así un caso que es considerado emblemático de la tortura y discriminación por razón del género (femenino) sufridas por las víctimas, en los sucesos de mayo de 2006 en adelante, conocidos comúnmente como los “Disturbios de Atenco”.

Asimismo, y como telón de fondo de este desarrollo, no puede soslayarse la influencia de los estándares internacionales señalados en la Recomendación General N° 35 del Comité CEDAW, de 2017, que dedica una sección especialmente a las soluciones reparatorias como alternativa de respuesta frente a la violencia de género.

Volcadas estas consideraciones al derecho público interno, cabe señalar que la falta de debida diligencia, además de acarrear responsabilidad internacional, también puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado, provincia o municipios discernida en la

²¹ De conformidad con el derecho argentino, la violencia institucional es aquella realizada por funcionarios o agentes pertenecientes a cualquier órgano o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en la Ley N° 26.485; ello conforme con el Artículo 6°, inc. b, de dicho ordenamiento.

²² Se trata de la Sentencia T-735/17, referente al Expediente T-6.026.773, en la Acción de tutela presentada por R. M. C. M., a nombre de ella y en representación de su hija menor de edad I. R. C., en contra de la Comisaría 1 de Usaquén, el Juzgado 4 de Familia de Bogotá, la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Secretaría Distrital de Integración Social y J. A. R. G. Se trataba del caso de una mujer que había acudido a una comisaría de Familia de Bogotá con miras a que se impusiera una medida de protección en contra de su expareja por la violencia psicológica que sufría de su parte, por la cual era humillada, hostigada y descalificada. La falta de diligencia en la decisión sobre medidas de protección condujo a un fallo favorable del Tribunal Constitucional colombiano.

²³ TEDH, Caso N° 71.127/2001, sent. del 12 de junio de 2008.

²⁴ El texto del pronunciamiento, en el Caso N° 12.846, puede ser consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

órbita interna. Es que, ciertamente, es plausible razonar que llevar a cabo un proceso revictimizador tiene idoneidad para generar daños resarcibles.

No puede soslayarse, además, que por imperio de la Ley nacional N° 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, se contempla la posibilidad de resarcir los daños derivados de las situaciones que ese ordenamiento busca conjurar. En efecto, el Artículo 35 de aquella prevé que “[l]a parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”, de modo que, si bien remite al subsistema de cobertura por daños, se advierte un claro y expreso reenvío a normas protectorias de finalidad reparatoria.

Por lo demás, la casuística sobre estas cuestiones, en los últimos tiempos, ha revelado varios casos de faltas de servicio de las Administraciones, que dieron pie al otorgamiento de indemnizaciones a las víctimas de dichas faltas, cuestión que se halla en constante crecimiento y evolución, lo que amerita el análisis detenido.

Así, hasta el momento han sido condenadas las Provincias de Salta, Córdoba y Buenos Aires, además del Estado Argentino, al pago de indemnizaciones frente a negligencias en la atención de casos de violencia de género, principalmente intrafamiliar, donde la deficiente actuación de fuerzas de seguridad y el sistema judicial condujeron a la facilitación de casos de femicidios, infanticidios o diversos daños graves a la integridad psicofísica. En este nuevo subconjunto de la responsabilidad del Estado, que ya lleva unos seis años de desarrollo, la condena reciente a la Municipalidad de Ushuaia por considerársela facilitadora del delito de trata de personas constituye un desarrollo que complementa un camino jurisprudencial que se va observando.

En ese sentido, y sin pretensiones de exhaustividad, pueden referirse los precedentes “Martínez”²⁵, respecto de la Provincia de Salta, de octubre de 2012; “Quiñones”²⁶, respecto de la Provincia de Córdoba, de julio de 2014; “A. R. H.”²⁷, respecto de la Policía Federal Argentina - Estado Nacional, conocido como el “caso del portero de Recoleta”, de julio de 2017, todos ellos en contextos de violencia femicida, y más recientemente “García” y “S., R. L.”, respecto de la Provincia de Buenos Aires²⁸, concernientes a la responsabilidad

²⁵ Autos “C/C Martínez, José Abraham s/ recurso de casación”, Expte. N° CJS 35.049/2011, Registro T. 170, 323/346, sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Prov. de Salta, del 16-10-2012.

²⁶ Autos “Quiñones, Renato Benito c/ Prov. de Córdoba - ord. - D. y P.”, Expte. 200847/36 de la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (sentencia N° 122, del 23-7-2014), con notas a fallo de Soledad Deza, “Dos caras de una misma moneda: ‘falta de servicio’ y ‘tolerancia pública a la violencia’”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 16-2-2015, p. 85; asimismo, de Matilde Zavala de González, “Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar”, *La Ley*, 2014-E, 276 y sigs.

²⁷ Autos “A., R. H. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Seguridad - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, expediente N° 50.029/2011, sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 11 de julio de 2017. Ver, también, el comentario a fallo efectuado por Graciela Medina, “La responsabilidad estatal por omisión ante un femicidio”, *La Ley*, 2017-D, 504 a 510.

²⁸ En cuanto al caso “García”, se trata de los autos “García, Mabel Adriana c/ Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria - recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley”, expte. A 72.474, sentencia de la Suprema

provincial en los hechos que culminaron en la muerte de los hijos de la actora, de 2 y 4 años, a manos del padre de estos, y el caso de un reclamo de la abuela de una niña que terminó asesinada por sus padres en un contexto de abuso intrafamiliar, pese a la reiterada pero insuficiente intervención de los poderes públicos y el sistema judicial, que nada lograron para revertir un cuadro grave de violencia y abandono de persona. Juntamente con estos casos hubo otros que no se judicializaron, como el suscitado por el fallecimiento de Ana María Acevedo, cuyos deudos recibieron una reparación por parte del gobierno de la Provincia de Santa Fe, en el marco de un procedimiento extrajudicial²⁹.

Una similar solución surge en el Derecho Comparado, a tenor del sonado caso de Ángela González Carreño, en el cual, siguiendo lo dictaminado por el Comité CEDAW, el Tribunal Supremo Español condenó al Estado de ese país al pago de una indemnización³⁰.

En esta serie de pronunciamientos, es preciso aclarar que no se trata de que toda lesión en sus derechos o daño a una persona genere la responsabilidad estatal, pues ello iría contra las pautas jurídicas que guían el respectivo deber de responder. En dicha materia, ciertamente, rigen los principios de relación causal adecuada, y de atribución o imputabilidad por un factor de atribución jurídico aceptado (al haber un explotador, femicida o un perpetrador del delito de que se trate), por lo que la acción no procede por el resultado dañoso en sí, que suele ser debido primariamente a la conducta de un tercero que realiza el acto antijurídico.

Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 28 de noviembre de 2018 (fue admitido el reclamo indemnizatorio por la responsabilidad provincial en los hechos que culminaron en la muerte de los hijos de la actora, de 2 y 4 años, a manos del padre de estos). La causa "S., R. L." está caratulada: "S., R. L. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", en cuyo marco se pronunció la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, por sentencia del 10-8-2018, *La Ley*, 2018-D, págs. 469 y sigs., con nota de Graciela B. Ritto; también con nota de Carlos A. Parellada, "La responsabilidad del Estado por la muerte de una menor consecuente a una falta de servicio", *La Ley*, 2018-E, 4 a 6, donde la Cámara hizo lugar al reclamo indemnizatorio de la abuela de la menor fallecida.

²⁹ Dicho caso se suscitó cuando Ana María Acevedo murió (el 17 de mayo de 2007), contando con 19 años de edad, y dejando huérfanos a sus tres hijos menores. Se trataba de una paciente oncológica que acudió a hospitales públicos para que se le practicara una interrupción de embarazo no punible, con miras a recibir tratamiento contra el cáncer, enfermedad que, al no poder ser tratada (dado el estado de gravidez), terminó con su vida. El gobierno de la mencionada provincia reconoció su responsabilidad en la muerte de la joven, y reconoció que debió haber actuado de otra forma; por ello, el Fiscal de Estado Dr. P. Saccone suscribió un convenio con los padres de la mujer, por el cual se convino pagar a la familia una indemnización, a modo de resarcimiento por los daños derivados del accionar irregular de los médicos y las autoridades del hospital provincial.

³⁰ El caso surge a partir de que en 2003 el padre de una niña la asesinó, en una visita no vigilada, pese a que la madre de la menor había formulado cerca de cincuenta denuncias por violencia familiar, que no tuvieron tratamiento adecuado. El tribunal ordenó reconocer a la madre una reparación de casi 600.000 euros. Se trata de la Sentencia N° 1263/2018 del TSE, del 17 de julio de 2018, en el marco del recurso de casación N° 1002/2017, cuyo texto puede ser consultado en

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/14eef2e1ad3680ea/20180723>.

El texto del documento del Comité CEDAW, distribuido en agosto de 2014, que obra como antecedente del fallo, puede ser consultado en <http://undocs.org/en/CEDAW/C/58/D/47/2012>.

Es que, en realidad, el factor que resulta decisivo en esta clase de supuestos es la constatación de la omisión estatal (no es imaginable que proceda la responsabilidad por actividad lícita, y de hecho esa alternativa no se ha presentado en la jurisprudencia). Esto impone indagar si la víctima denunció la violencia padecida a las autoridades, y si hubo intervención de estas en procedimientos policiales, judiciales, o ante fiscalías, conjugada con la indebida tramitación o negligente actuación de estas autoridades del Estado, que pusieran en indefensión a la mujer, facilitando o posibilitando la violencia que, en su grado extremo, acaba con su vida por homicidio en sus diversas formas y con los varios factores agravantes, pautas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos delineó en el conocido caso "Campo Algodonero"³¹, y también aparecen empleadas en la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado nacional³² por negligencia en la evitación de un femicidio³³.

Reitero, como lo expresé en otra ocasión³⁴, que no se trata de que todo femicidio o lesión grave genere la responsabilidad estatal, pues ello iría contra los principios de relación causal adecuada, y de atribución o imputabilidad por un factor de atribución jurídico aceptado, sino de que, si la mujer denunció la violencia padecida a las autoridades, y hubo intervención de estas en procedimientos policiales, judiciales, o ante fiscalías, la indebida tramitación o negligente actuación de estas autoridades del Estado ponen en indefensión a la mujer y pueden facilitar la violencia que, en su grado extremo, acaba con su vida por femicidio o genera menoscabo psicofísico en la víctima.

En concreto, se requiere la presencia de cuatro 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; esto es, se requiere que el *riesgo* no sea meramente hipotético o eventual

³¹ CIDH, Caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", sentencia sobre Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, del 16-11-2009, cuyo texto obra en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec205esp.pdf>.

³² Nótese que, paralelamente al responder *stricto sensu*, se viene evaluando la adopción de otras técnicas que funcionan como periferónomos de la responsabilidad del Estado, al otorgarse subsidios o compensaciones tarifadas a hijos de mujeres que fueron víctimas de femicidio. Es así como ya rige una "Ley Brisa", aprobada por la Ley N° 5.861 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, seguida posteriormente por la Ley nacional N° 27.452, que instauró un régimen de reparación económica para las niñas, niños y adolescentes afectados por este particular flagelo.

³³ Así se hizo en el conocido caso del "Portero de Recoleta", que suscitó los autos "A., R. H., y otro c/Estado Nacional - Ministerio de Seguridad - Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios", expediente N° 50.029/2011, resueltos por sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 11 de julio de 2017 (firme), con nota de Medina, Graciela, "La responsabilidad del Estado por femicidio. Responsabilidad por omisión", *La Ley*, 2017-D, 504 a 510. El Centro de Información Judicial (CIJ) difundió la respectiva noticia, con el texto completo de la decisión, que puede ser consultado en <http://www.cij.gov.ar/nota-27355-Condennan-al-Estado-Nacional-y-a-integrantes-de-la-Polic-a-Federal-Argentina-por-negligencia-en-un-caso-de-femicidio.html>.

³⁴ Recuerdo, en este sentido, lo expuesto por la autora de estas líneas en la Cumbre de Juezas y Procuradoras contra la Trata de Personas, realizada por la Academia Pontificia de Ciencias, los días 9 y 10 de noviembre de 2017, en la Ciudad del Vaticano; tema de la ponencia: "La responsabilidad patrimonial y asistencial de los Estados frente al deber de resarcir y asistir a las víctimas de los daños causados por delitos contra las mujeres".

y, además, que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato; 2) que la situación de *riesgo* amenace a una mujer; es decir, que exista un *riesgo particularizado*; 3) que el Estado conozca el *riesgo* o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo, y 4) que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del *riesgo*.

Es así como cabe retomar, entonces, las vicisitudes que ha tenido la inicial condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios a una víctima de trata de personas, recaída respecto del Municipio de Ushuaia, en el sonado caso "Montoya". En efecto, toda resolución sobre causas donde se dirime la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas obliga a reflexionar, cuando procede la demanda, sobre la necesidad de rever prácticas y políticas que condujeron a la generación del daño. De este modo, si se ha determinado judicialmente que se incurrió en una falta de servicio, es razonable esperar que se busquen los medios para evitar que en el futuro una falta similar acarree daños a otras personas, pues si la Administración es la gestora natural del bien común, no puede renunciar de modo consciente a la persecución de ese bien, debiendo procurar evitar todo mal (representado por el daño).

En cuanto a sus antecedentes y la moraleja que brinda, estimo que lo puntual y relevante del caso se potencia, además, por el tribunal que lo dicta, lo cual obliga a un detenimiento adicional, dado que, al tratarse de la Cámara Federal de Casación Penal, no resulta ser uno de los foros usuales de los que los especialistas solemos consultar jurisprudencia (v. gr., tribunales contencioso-administrativos, nacionales, de la CABA, o provinciales).

En cuanto a su historia y vicisitudes, cabe observar que la causa o reclamo en cuestión fue iniciada a modo de una petición adicional en el marco de un proceso penal donde se investigó la actuación de una red criminal dedicada a la trata de personas, el cual fue proseguido contra los miembros de la organización que, finalmente, fueron considerados perpetradores de actos criminales y consecuentemente condenados.

En lo que interesa aquí –es decir, en cuanto a la solicitud de indemnización–, la misma fue planteada tanto respecto de los autores de los delitos investigados, como contra el Municipio de Ushuaia, lo cual implicó analizar en sede criminal un supuesto puntual de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal. Lo relevante para nuestra especialidad radica, precisamente, en el estudio del involucramiento del sector público local en los hechos que dieron lugar a la investigación y posterior juicio.

Concretamente, me refiero al caso "Montoya"³⁵, donde lo relevante al momento en que se celebran estas Jornadas, radica en la condena dictada de modo unánime por el fallo de la Casación penal, dictado el 12 de abril de 2018, por la Sala II³⁶. En cuanto a su contenido, cabe adelantar que en el decisorio se confirmó el fallo de la anterior instancia, por el cual

³⁵ Autos "Montoya, Pedro Eduardo, y otros s/ Infracción Art. 145 bis –conforme Ley N° 26.842–. Querellante: S. A. K.", Causa ECU N° 52019312/2012/T01/16/CFC2.

³⁶ Integrada por la Jueza Ledesma, el Juez Slokar y la Jueza Figueroa.

—mayoritariamente— el municipio de Ushuaia había sido condenado al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la querellante, víctima de una red de trata de personas.

Como se recordará, la causa, en su origen, había sido resuelta primariamente por medio de la sentencia del 30 de noviembre de 2016, que fue emitida por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de Ushuaia, en voto dividido. Al margen de lo resuelto en cuanto a la faz penal, y en lo que interesa al análisis que aquí emprendemos, debemos recordar que dicho tribunal se expidió por una mayoría, que admitió el reclamo indemnizatorio, y una disidencia, por la cual el mismo fue rechazado³⁷. Así, puntualmente, se condenó a la Municipalidad de Ushuaia por interpretarse que había sido negligente frente al accionar de una red de trata de personas con fines de explotación sexual. Según los hechos investigados, se determinó en dicha instancia que el obrar de las autoridades municipales habría posibilitado la perpetración del delito referido, ordenándose que la comuna austral pagase —en concurrencia con los perpetradores del delito (a saber: Pedro Eduardo Montoya e Ivana Claudia García)— una compensación monetaria a una de las víctimas³⁸.

En cuanto al tratamiento en la instancia casatoria, cabe observar que, como leemos en el pasaje respectivo de la sentencia comentada (esto es: principalmente desde el Considerando XI), tanto la parte querellante que también actuó como actora civil, como la parte civilmente codemandada (la Municipalidad de Ushuaia) impugnaron lo resuelto por el tribunal oral interviniente, en lo relativo a la reparación por daños y perjuicios dispuesta. Como se adelantó, el resultado terminó siendo favorable a la actora, al condenarse al municipio demandado al pago de la reparación dineraria pretendida.

Una vez despejadas un par de cuestiones preliminares, dadas por el planteo de nulidad introducido por la demandada, sobre la base de la falta de citación al Estado nacional³⁹ (planteo que fue desestimado), se ingresó a las restantes cuestiones que atañen a la procedencia del reclamo indemnizatorio.

³⁷ Expediente N° FCR 52019312/2012/T01.

³⁸ En dicho pronunciamiento se juzgaba, en lo principal, la criminalidad de los actos de personas que, a la postre, resultaron condenadas por encontrárselas penalmente responsables del delito de trata de personas; en dicho contexto, según se precisó, una de las querellantes había instado la acción patrimonial contra el municipio de Ushuaia. En el primer voto del pronunciamiento del tribunal oral federal, la Jueza Ana María D'Alessio propició hacer lugar al reclamo por daños y perjuicios. En segundo lugar, se expidió el vocal Luis Alberto Giménez, quien se inclinó por desestimar la acción indemnizatoria. Finalmente, en el tercer voto, el magistrado Enrique Jorge Guanzirolí adhirió a la solución de la magistrada preopinante.

³⁹ En primer término, la demandada reclamó la nulidad del decisorio, por no haberse citado al Estado nacional. En el escrito de contestación de demanda, la Municipalidad de Ushuaia postuló aquella citación en los términos del Artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, bajo el argumento de que, por la reclamada responsabilidad derivada de compromisos internacionales, el Estado nacional debía responder solidariamente. No obstante, durante la etapa de instrucción el Estado Nacional no fue citado y se omitió resolver los planteos formulados al respecto, aunque la comuna tampoco urgía la convocatoria a ese tercero. Ante el Tribunal Oral, la civilmente demandada no realizó mención alguna respecto de la citación al Estado Nacional. En consecuencia, la posterior decisión del tribunal oral federal de rechazar dicha solicitud efectuada durante el juicio por resultar

Baste recordar que es de particular interés, por los fundamentos brindados, lo afirmado por la Sala en cuanto a la alegada incompetencia del propio tribunal. En este sentido, se interpretó que era "a todas luces desacertado" el planteo de la parte civilmente demandada, dado que la trata de personas y la explotación sexual constituyen conductas delictivas previstas y reprimidas en el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Paralelamente, se puso de resalto que la incorporación de esas normas en la cúspide del ordenamiento jurídico da cuenta de que la responsabilidad por los daños derivados de la trata de personas con fines de explotación sexual "trasciende el conflicto privado entre el autor directo del delito y la damnificada y lo transforma en un asunto de primaria relevancia pública". De esta manera, se "publicó" la cuestión, o –mejor dicho– el involucramiento del sector público en la misma.

Seguidamente se ingresó a la verificación de la falta de servicio del municipio local esgrimida por la parte actora. En este pasaje del decisorio se efectuó un análisis desde los roles estatales y la debida diligencia, vinculados con la trata de personas, que fue el delito principalmente juzgado en sede penal.

Al respecto se consideró, con buen criterio, que todos los órganos estatales tienen a su cargo actuar con la debida diligencia para prevenir la trata de personas, por lo que la responsabilidad del ente estatal se consideró "innegable", a la luz de los incumplimientos evidenciados.

Según se comprobó durante el debate, en la ciudad de Ushuaia al momento de los hechos regían normas anteriores a la tipificación de la figura de trata de personas. En ese sentido, a dicha época se encontraba en vigencia la Ordenanza N° 1.183 del año 1993, temporalmente anterior a la entrada en vigor de la Ley nacional N° 26.364 sobre trata de personas.

Sin desconocer este desfase, lo cierto es que la Casación advirtió que a la época que interesa si se encontraban previstos y reprimidos la explotación de la prostitución ajena y el regenteo de prostíbulos, como figuras del catálogo punitivo (a tenor de los Arts. 125 bis, 126 y 127 del Código Penal anterior a la ley N° 26.364, y la ley N° 12.331).

En la ordenanza local se denominaba "club nocturno" a "los establecimientos de diversiones en los que, básicamente, se ejecute música y/o canto; se ofrezcan bailes públicos; se expendan

tardía fue considerada razonable por la Cámara Federal de Casación, en el entendimiento de que la parte interesada omitió instar la resolución sobre su interés en tiempo y forma oportunos, más allá de lo cual se tuvo en cuenta que la citación en aquel momento habría producido la suspensión del juicio oral y la retrogradación del proceso a etapas ya superadas, en perjuicio del derecho a una definición dentro de un plazo razonable, más allá de considerarse que el planteo devenía infundado. Al respecto se precisó que, aun resultando el Estado Nacional el garante último del respeto de los derechos derivados de compromisos internacionales basados en tratados sobre derechos humanos, ello no implica que aquel deba responder por los daños derivados de su violación en forma directa y automática, máxime cuando las causas de atribución de responsabilidad al Estado Municipal invocadas por la actora se encuentran fundadas en la normativa local y el ejercicio del poder de policía referido a la ejecución y cumplimiento de la ordenanza que regulaba la habilitación y funcionamiento de los llamados "clubes nocturnos" y no exclusivamente en los compromisos internacionales. En ese orden, no es posible sindicar igual causa jurídica de responsabilidad al Estado Nacional, cuyas atribuciones se consideró que eran sustancialmente diferentes a las del Municipio de Ushuaia.

bebidas con o sin alcohol; se realicen o no números de variedades, con o sin transformación; existan personas para alternar o bailar con los concurrentes, quedando expresamente prohibido incurrir en actos pornográficos" (cfr. Art. 1º).

Como fuese, lo cierto es que, a esa altura del análisis del contexto normativo, la Sala consideró como "evidente" que la regulación y la práctica de las autoridades municipales se encontraban en pugna con las normas del Código Penal, al reglamentar la actividad del "responsable del comercio". Al respecto se interpretó que dicha actividad, analizada a la luz de normas internacionales y federales, resultaba delictiva, con el aditamento de que les imponía a las víctimas controles y cargas que, como se destacó, habían contribuido a profundizar la situación de "desamparo y vulnerabilidad" de las mujeres explotadas sexualmente⁴⁰.

De todo el cuadro relevado, entonces, se concluyó que en el caso pudo verificarse un "aporte estatal" al sometimiento de las víctimas de la explotación perpetrada en el local donde se produjeron los hechos investigados⁴¹.

Ciertamente, la actuación inadecuada de agentes municipales podría ser calificada como específicos ilícitos cometidos por determinadas personas y la atribución de tales conductas a la entidad estatal podría no ser directa.

Robusteciendo esta mirada, la Sala consideró que, según sobradas referencias en el proceso, el Estado Municipal, además de reforzar la vulnerabilidad de las mujeres explotadas sexualmente, llegaba al punto de participar en el beneficio económico de tal explotación, transformándose en un verdadero "Estado rufián o proxeneta".

En relación con esta fuerte calificación, el tribunal puso de resalto que la comuna austral habilitaba un circuito de servicios vinculados con la revisión médica y análisis clínicos que debían realizarse (según la ordenanza ya referenciada) las "alternadoras" periódicamente, a fin de obtener y renovar la libreta sanitaria. Sobre ello, se tuvo en cuenta lo sostenido por una de las víctimas de trata de personas, en su testimonio ante el tribunal oral, en punto a que los estudios clínicos debían realizarse en un establecimiento en particular, en el que se cobraba una suma muy superior a la percibida por otros centros médicos. En definitiva, se consideró que toda esta operatoria se encontraba "evidentemente" en pugna con normas nacionales e internacionales dirigidas a combatir y prevenir la trata de personas⁴². En esta línea de razonamiento, se entendió que era "evidente" que la normativa municipal daba cuenta de factores concretos de "riesgo y tolerancia" de la explotación sexual.

⁴⁰ De hecho, referente a esta profundización de situaciones adversas, también se tomó en cuenta que, durante el juicio, dos de las víctimas del delito, A. K. S. y F. A. R., refirieron que los funcionarios municipales acudían frecuentemente al prostíbulo y solicitaban la exhibición de la libreta sanitaria.

⁴¹ De todas maneras, de la lectura global de la causa surge que no hubo o no se identificó puntualmente a inspectores ni funcionarios locales que resultaran imputados penalmente; o sea, a título personal.

⁴² Del relato de los hechos que se tiene disponible, no surge que se hubieran desprendido causas conexas, por delitos contra la Administración pública (o sea, diferentes de la figura de trata de personas), pero queda tendida una tangible sospecha contra la regularidad del obrar de los agentes municipales, ante el circuito que se describe en este pasaje del fallo.

Profundizando el análisis sobre el proceder comunal, también se advirtió que la forma en que se realizaban los controles que parecían llevarse a cabo no era eficaz ni sustancial. Ello así porque dicha función, según tuvo por cierto la Casación, nunca se dirigió a impedir la explotación sexual y el resguardo de los derechos fundamentales de las llamadas “alternadoras”. Antes bien, se concluyó que dicho control municipal fue considerado un instrumento implementado para “someterlas a un régimen de control de salubridad y al pago de tasas discriminatorias”.

Continuándose con la enumeración de actitudes reprochables, se puso de resalto que la manera en la cual se gestionaba la explotación en el local comercial donde ocurrieron los hechos transgredía prohibiciones de la normativa aplicable⁴³. Así, por ejemplo, se advirtió que en el local en cuestión existía una zona denominada “reservado”, prohibida en la normativa municipal, y se agregó que también se explotaba sexualmente a las víctimas dentro del local, o se pactaban los “pases” allí y se realizaban fuera del comercio. Asimismo, se puso de relieve que las damnificadas residían en el prostíbulo, extremo que se encontraba expresamente vedado, a lo que se sumaba que el establecimiento se encontraba emplazado en una zona céntrica de la ciudad, también en infracción a la regulación vigente.

Recapitulando esta suma de situaciones irregulares, se consideró que mediaba un supuesto de “falta de servicio”, que comprometía la responsabilidad de la comuna demandada, haciéndose aplicación de las pautas del Artículo 1112 del Código Civil. Profundizando el razonamiento, se consideró que tanto la regulación como las prácticas de los agentes municipales dan cuenta de la creación y tolerancia del riesgo de explotación sexual, por lo que se estimó que era acertada la convicción en orden a la obligación reforzada de reparación a las víctimas; ello en el entendimiento de que desde el gobierno local no solamente se había omitido actuar con la *debida diligencia* para prevenir la trata de personas, sino que—contrariamente a los deberes convencionales—se reforzó desde el Estado la desprotección de las víctimas.

Paralelamente, se descartaron posibles causales de justificación, invocadas por la comuna demandada. Así, se entendió que no podía eximir de responsabilidad extracontractual el tardío dictado de una ordenanza municipal, en agosto de 2012, por la cual se derogó la exigencia de Libreta Sanitaria, y se dispuso que no se habilitarían más locales bajo la reglamentación del “club nocturno”⁴⁴.

⁴³ Desde cierto punto de vista, cabe advertir que este pasaje del pronunciamiento podría conllevar a una contradicción. En efecto, por una parte, se postula que la normativa local es inválida, por ser contraria a pactos internacionales, al Código Penal, o bien a la Ley federal de Trata. Sin embargo, más adelante en el razonamiento se aduce que, en la práctica, se verificó una infracción a esa ley local, lo cual abre dudas, atento a que, si en verdad aquella normativa resultaba inválida, no tendría mayor sentido predicar una infracción a la misma como actividad reprochable.

⁴⁴ De hecho, la comuna demandada llevó a cabo diversas modificaciones en aras de reconducir sus políticas. Así, con posterioridad a los hechos investigados en el caso, suspendió el otorgamiento de habilitaciones comerciales para comercios del tipo del involucrado, y dos años más tarde prohibió por ley provincial el funcionamiento de estos; asimismo, desde mediados de diciembre de 2012 se creó y comenzó a funcionar la Secretaría de la Mujer, mostrando una actitud de compromiso con los derechos de la mitad femenina de la población.

Por último, y al resultar procedente en lo sustancial la acción por cobro de la reparación, se pasó a abordar lo concerniente a la cuantificación del daño discernido, en el cual se aplicaron criterios de cuantificación cuyo análisis incumbe al derecho de daños y, en particular, se precisó la acotación temporal de los hechos que daban fundamento a la acción en sus efectos sobre la damnificada⁴⁵, por lo que se remitió la causa a su origen (admitiendo, así, lo petitionado por la actora), con miras a que se fije un nuevo monto indemnizatorio que se ajuste al período reclamado en la petición inicial, considerado correcto⁴⁶.

4. EXCURSUS SOBRE LA REPARACIÓN EN SITUACIONES DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

Al margen de la ya referida respuesta reparatoria que se encarrila por la vía judicial, no se podría soslayar que el fenómeno de la trata de personas ha encontrado en nuestra legislación otras respuestas complementarias para atender a las víctimas de dicho flagelo.

Enfocar esta regulación, ciertamente, es parte indispensable de una visión más abarcativa de los diversos instrumentos reparatorios generados por el Estado para atender situaciones que implican un riesgo social, que exceden los que brinda el sistema de responsabilidad patrimonial discernido en sede judicial. Con ello, además del ordenamiento que nos ocupa en esta sección, nos referimos también a normas como la "Ley Brisa"⁴⁷, en su versión autonómica y nacional, si recordamos la Ley N° 5.861, de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Ley nacional N° 27.452, por las cuales se procura brindar un beneficio dinerario a las víctimas de femicidio, en los supuestos abarcados por dichos regímenes.

En concreto, y respecto de la trata de personas, cabe tener presente que, para la ley argentina, la mencionada cobertura es una cuestión prevista y reconocida expresamente, y que forma parte de las políticas públicas. Así, de conformidad con la Ley N° 26.842 (modificatoria de la Ley N° 26.364), la actual versión del Artículo 6° de este ordenamiento

⁴⁵ Sobre esta cuestión se tomó en cuenta lo invocado por la actora respecto de los viajes fuera de la ciudad (Ushuaia) y hospitalizaciones, situaciones que, según consideró el tribunal actuante, no pudieron suponer una interrupción de su estado de victimización. Sobre el particular, se interpretó que las "autorizaciones" dadas por los querellados para dejar de estar temporalmente en el local comercial de que se trata, contribuían a perpetuar la disciplina y el endeudamiento con los que se mantenía a la damnificada en su situación de vulnerabilidad.

⁴⁶ El cual comprende, aproximadamente, entre marzo 2010 a octubre de 2012. Sobre la metodología de cálculo de la reparación, si bien reposa en una base de índole pragmática (considerar las sumas percibidas por las mujeres explotadas en los "pases" diarios, y proyectarlas al número de días a tomar en cuenta), podría ofrecer reparos, atento a que, si la situación era de una explotación y abuso delictivos, flota un manto de antijuridicidad sobre su producto, que convencería de seguir otros parámetros, siempre y cuando sean tuitivos y no vayan en desmedro de una reparación integral de la indisponibilidad de la capacidad laboral de la damnificada, y la afectación de su proyecto de vida en los períodos que interesan al caso.

⁴⁷ Sobre la cuestión, véase Caputi, María Claudia, "La ley Brisa N° 5.861: La Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorga beneficios a los hijos que perdieron a sus madres por femicidio", *La Ley CABA*, 2017 (diciembre), p. 1 y sigs.

prevé que el Estado Nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas una serie de derechos que, en lo que aquí importa, cubren prestaciones asistenciales y medidas de asistencia.

Estos derechos pueden ser gozados, con prescindencia de la condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente que tenga la persona, y se extienden, en lo que interesa, a lo siguiente: 1) recibir asistencia psicológica y médica gratuitas, con el fin de garantizar su reinserción social; 2) recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente y elementos de higiene personal, y 3) recibir capacitación laboral⁴⁸ y ayuda en la búsqueda de empleo.

Asimismo, se incorpora como Artículo 27 de la Ley N° 26.364 una previsión por la cual el Presupuesto General de la Nación deberá incluir anualmente las partidas necesarias para el cumplimiento de las disposiciones de dicha ley. Además, se admite que los organismos creados legalmente se podrán financiar con recursos provenientes de acuerdos de cooperación internacional, donaciones o subsidios.

Es interesante, además, tener presente que también se prevé que los decomisos aplicados en virtud de la ley tendrán como destino específico un fondo de asistencia directa a las víctimas. Dicho fondo será administrado por el Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas. En particular, mediante la ley comentada se sustituyó el sexto párrafo del Artículo 23 del Código Penal argentino, para que, en el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los Artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de ese Código, quede comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se haya mantenido a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación; además, los bienes decomisados con motivo de tales delitos, y el producido de las multas que se impongan, quedarán afectados a programas de asistencia a las víctimas.

En cuanto al Consejo Federal, este fue creado en 2016 y su primera reunión fue a finales de junio de ese año, por lo que el monitoreo de sus resultados, o los balances sobre los resultados logrados en la faceta reparadora y compensatoria es aún preliminar. En cuanto a otras dependencias, también funciona el Comité Ejecutivo de Lucha contra la Trata, que data de 2013, y que fue quien propició la creación del Consejo Federal, con el cual se articulan las provincias, y las organizaciones no gubernamentales que se dedican al tema. Según el Artículo 12 de la Ley N° 26.842, el Comité Ejecutivo tiene a su cargo la ejecución de un Programa Nacional para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, que consiste en el desarrollo de una serie de misiones, que tienden a contener esta forma de criminalidad y asistir y empoderar de algún modo a las víctimas que la padecen⁴⁹.

⁴⁸ Igualmente, esta salida laboral también puede implicar un contexto discriminatorio en sí, como está explicado y analizado en el trabajo de la autora de estas líneas, titulado "Género y trabajo: Análisis sobre los dilemas de la igualdad y el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres", *Revista de Derecho Público*, 2017-1, 63 a 105.

⁴⁹ Por ejemplo, lo concerniente al diseño de estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención que contribuyan a prevenir y combatir los delitos de trata y explotación, y a proteger y asistir a las víctimas

Por lo demás, mediante la Resolución N° 1.280/2015 se aprobó un Protocolo Único de Articulación del mencionado Comité Ejecutivo, según el cual, una vez producida la primera declaración testimonial de las víctimas de trata rescatadas, la intervención primaria en la asistencia corresponde al Ministerio que actualmente se pasó a denominar de “Salud y Desarrollo Social de la Nación”⁵⁰.

Cabe destacar que, en cuanto al sistema de fondos o presupuestos especiales, la Provincia de Buenos Aires creó un Fondo Rotativo de Abastecimiento para brindar ayuda de tipo “inmediata” a las víctimas de trata de personas⁵¹.

En cuanto a los relevamientos sobre la manera en que funciona el sistema, según los datos brindados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, en su reporte sobre trata de personas de 2017, se informa que hay al menos siete provincias argentinas que abrieron “centros antitrata”, que proveen asistencia psicológica, social, médica y judicial para las víctimas de trata⁵², dos de ellos abiertos en 2016, a lo que se suman dos centros más operados por el Estado Nacional, y otros dos centros más pertenecientes a entidades privadas. Sin embargo, se hace notar que no hay refugios para víctimas varones.

Según reporta el “Programa de Rescate” argentino, las víctimas identificadas recibieron asistencia de emergencia en las primeras etapas posteriores al rescate y durante el juicio penal, para estar en condiciones de testimoniar sobre el delito investigado⁵³.

En definitiva, vemos con estos elementos que no se reduce a una sola fórmula la respuesta reparatoria, dado que esta se complejiza, al estar en conjunción con la asistencial y prestacional. En efecto, dicha respuesta estatal puede asumir diferentes modulaciones o variantes, todas valiosas y complementarias, siempre que guarden consistencia y sinceridad de compromiso en el cumplimiento del mandato legal y supranacional. Como fuese, los relevamientos de la realidad existente en los países dan buena orientación sobre dónde poner los esfuerzos y hacia dónde deben ir las tendencias hacia una compensación satisfactoria y dignificante para las sobrevivientes.

de tales delitos y sus familias, con el desarrollo de acciones orientadas a aumentar la capacidad de detección, persecución y desarticulación de las redes que perpetran estos delitos, lo concerniente al acceso a servicios de atención integral gratuita (médica, psicológica, social, jurídica, entre otros) para las víctimas, la capacitación y asistencia para que estas últimas tengan oportunidades laborales, y la coordinación de los recursos públicos y privados disponibles para la prevención y asistencia a las víctimas, aportando o garantizando la vivienda indispensable para asistirlos.

⁵⁰ Intervención que se produce y canaliza por intermedio del Área para la Prevención de las Peores Formas de Vulneración de Derechos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF).

⁵¹ La medida fue adoptada mediante el Decreto N° 500/2017, designándose como autoridad de aplicación al Ministerio de Justicia bonaerense.

⁵² Se trata de las provincias de Chaco, Santa Fe, La Pampa, Mendoza, y La Rioja, y desde 2016 se agregan a esta lista Chubut y Río Negro.

⁵³ No obstante ello, las ONG han reportado dos necesidades que estiman que no están del todo satisfechas: la de tener respuestas habitacionales o de vivienda a plazos más largos, y la de asistencia laboral en la ubicación de un empleo o capacitación para la reinserción laboral. También se reporta que a veces las víctimas no serían informadas sobre cuáles servicios tienen disponibles para su recuperación.

5. PALABRAS FINALES

Llegados hasta aquí en la reseña jurisprudencial y normativa, lo que se advierte es que la toma de conciencia sobre el papel que puede cumplir el Estado en generar un escenario de mayor paridad es esencial.

En particular, es importante advertir que la responsabilidad patrimonial del Estado cuando este incurre en faltas de servicio que implican el incumplimiento de deberes vinculados con la protección de los derechos de las mujeres ha seguido un camino de desarrollo y expansión. Desde los casos más dramáticos de femicidios, perpetrados justamente ante la ausencia de debida respuesta estatal frente a denuncias, los supuestos derivaron en anuencia o tolerancia de redes de trata, y se agrega la muerte de menores en contextos de violencia intrafamiliar.

Como puede verse, este marco jurisprudencial obligará a las diversas autoridades públicas, tanto nacionales como locales, a repasar tanto la normativa como las prácticas que emplean, con miras a verificar si se ajustan a los estándares exigibles en materia de tutela de los derechos involucrados (algo que, de hecho, según el fallo “Montoya”, ya se ha comenzado a hacer con los cambios normativos antes descriptos). Dicha tarea se presenta, ciertamente, como urgente respecto de todos los planos y niveles gubernamentales—dados los derechos en juego—, y no se niega que se han visto progresos relevantes en los últimos tiempos.

Esta cuestión, como es evidente, remite a la problemática de la brecha entre los mandatos jurídicos y lo que resulta implementado y aplicado en la realidad; un tema al que nos hemos dedicado en otros trabajos, señalando que la frontera de mayores dificultades para la mujer o colectivos vulnerables, en punto a la reivindicación de sus derechos, se ubica en el “vicioso conglomerado de actitudes, creencias, estereotipos e inercias varias”, que conspira contra el éxito de las políticas públicas, cuyo entramado enreda y obstruye el efectivo y paritario goce de aquellos derechos, dejando en letra muerta los reconocimientos normativos⁵⁴. Dada la seriedad y jerarquía de las cuestiones en juego, los juristas comprometidos no pueden mantenerse indiferentes ante esta situación.

Al ser ello así, el desarrollo de un marco de reflexión y análisis aparece como indispensable para incorporar la mirada de género y de derechos humanos como paradigma infaltable en el obrar de los poderes públicos, única manera posible de cumplir con las convenciones y el bloque de normatividad sobre dichas materias. En definitiva, esta misión exige un sincero replanteo en el sistema de fuentes del Derecho Público, que permita pasar de una legalidad meramente formal a otra de índole sustancial, todo lo cual suscitará un impacto relevante y positivo en el modo en que se piensa, enseña, estudia y practica nuestra especialidad.

⁵⁴ Me refiero, aquí, a Caputi, María Claudia, “Género y trabajo: Análisis sobre los dilemas de la igualdad y el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres”, *Revista de Derecho Público*, 2017-1, 63 a 105.

AUTORREGULACIÓN REGULADA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO GARANTE

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

1. EL NUEVO PARADIGMA DE LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

El panorama general del Derecho Administrativo en un mundo globalizado, intercomunicado, abierto, en el que compiten las economías nacionales entre sí, y también los ordenamientos jurídicos de los países que se toman como patrón comparatista, exhibe como impronta la transferencia de funciones antes prestadas por la Administración a los particulares; se trata de un fenómeno que puede caber en la denominación de *privatización y desregulación estatal*. Son los distintos sectores económicos, técnicos, científicos, profesionales, etc., los que se *autorregulan* porque son estos poderes sectoriales los que cuentan con el conocimiento, recursos y medios para normativizar, para prevenir, para administrar el riesgo que generan, las actividades que realizan.

Este fenómeno de la autorregulación se manifiesta significativamente en países que han alcanzado un considerable económico concomitante a un empoderamiento social.

En la Argentina el fenómeno que describimos como autorregulación podría considerarse incipiente, dado que no se verifican los mismos presupuestos de empoderamiento social, "de sociedad opulenta". Pero lo cierto es que la autorregulación ha penetrado por fuerza de la globalización y se presenta más concretamente, y en lo específicamente tocante a la contratación pública, como una modulación que efectúa la propia ley al principio de legalidad perfilado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos" (1993)¹.

En efecto, la aludida modulación excluye o desplaza la aplicación de ciertas normas imperativas y, en puridad, implica una reconfiguración de determinadas prerrogativas de la Administración y, por sobre todo, una mayor habilitación de la libertad a las partes para el establecimiento de las cláusulas del acuerdo de voluntades, una mayor flexibilidad.

¹ Fallos, 316:3157.