

Natalia Soledad Aprile*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

natalia.aprile@urosario.edu.co

**La responsabilidad del Estado
por casos de violencia doméstica****

State responsibility in gender-based family violence

*A responsabilidade do Estado por casos
de violência doméstica*

Artículo de investigación: recibido 27/03/2019 y aprobado 15/09/2020

* Abogada de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca (España). Doctoranda de la misma Universidad. Profesora e investigadora de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). <https://orcid.org/0000-0002-4289-0545>

** Este artículo nace como parte de la investigación que se desarrolla en el marco del proyecto de tesis doctoral "Obligaciones estatales y derechos humanos con perspectiva de género. Un análisis de la responsabilidad del Estado en casos de violencia doméstica" del programa de doctorado "Estado de Derecho y Gobernanza Global" de la Universidad de Salamanca, España.

Resumen

En este artículo se analiza la postura del Estado como potencial responsable de la violencia de género que ocurre en el ámbito doméstico, es decir, fuera de los esquemas tradicionales planteados por el marco de los derechos humanos, en el que generalmente responde cuando interviene como actor directo de los daños. El análisis de este supuesto de responsabilidad estatal contribuye al debate sobre las nuevas perspectivas del derecho administrativo, lo que obliga a incluir el enfoque de género en la disciplina para determinar la eventual responsabilidad que tiene el Estado por no desplegar comportamientos diligentes en la prevención de la violencia de género.

Palabras claves: Violencia de género; violencia doméstica; responsabilidad del Estado; obligaciones positivas; debida diligencia.

Abstract

This paper analyzes the position of the State as potentially accountable for the gender violence that occurs in the domestic sphere, that is, outside the traditional schemes established by the human rights framework, in which the State generally responds when it intervenes as a direct perpetrator. The analysis of this type of responsibility contributes to the debate on the new perspectives of administrative law, which makes it necessary to include the gender focus in the discipline to determine the State's responsibility for not displaying diligent behavior in the prevention of gender violence.

Keywords: Gender-based; family violence; State responsibility, positive obligations; due diligence.

Resumo

Este artigo analisa a posição do Estado como potencial responsável pela violência de gênero que ocorre no âmbito doméstico, ou seja, fora dos esquemas tradicionais propostos pelo quadro dos direitos humanos, em que normalmente responde quando intervém como actor directo dos danos. A análise deste pressuposto de responsabilidade estatal contribui para o debate sobre as novas perspectivas do direito administrativo, o que obriga a incluir a abordagem de gênero na disciplina para determinar a eventual responsabilidade que tem o Estado por não desdobrar comportamentos diligentes na prevenção da violência de gênero.

Palavras-chave: Violência de gênero; violência doméstica; responsabilidade do Estado; obrigações positivas; devida diligência.

Introducción

La responsabilidad del Estado es una institución clásica del derecho administrativo que se caracteriza por su gran dinamismo. Desde sus orígenes pretorianos, ha ido evolucionando en un camino de avances y retrocesos, pero en una dirección concreta. Esa dirección ha sido la de ir reconociendo progresivamente distintos ámbitos de responsabilidad por la actuación tanto regular como irregular de las autoridades públicas que provoquen o propicien con su actividad u omisión daños antijurídicos. Incluso, su reconocimiento se ha extendido a supuestos de responsabilidad objetiva, que se generan a partir de los daños injustos que los particulares no estamos en la obligación de soportar, porque exceden la normal tolerancia y producen un quiebre del principio de igualdad ante las cargas públicas.¹

La posibilidad de exigir y reclamar a las autoridades públicas el cumplimiento de los objetivos constitucionales es vital para un Estado de derecho. También lo es que, en el marco de los diversos procedimientos administrativos, las autoridades públicas adopten las medidas que sean necesarias para proteger los derechos fundamentales. Si no lo hacen, incurren en responsabilidad. Esto está claro en casi todos los ámbitos, pero cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres, en los que el Estado actúa en forma deficiente, tardía o directamente pasiva, el tema no parece tan sencillo. Esto llama la atención, pues está claro que los Estados tienen deberes de orden constitucional y convencional en materia de igualdad y de protección contra la violencia de género,² así como también una deuda histórica, por ser parte de las fuerzas patriarcales que han

1 En Colombia, la Constitución Política recoge la cláusula general de responsabilidad del Estado en el artículo 90. La reforma constitucional del año 1991, además de introducir el concepto de daño antijurídico, le dio carta de ciudadanía a la posibilidad de que el Estado responda tanto por el sistema predominante de la responsabilidad subjetiva como por los daños causados sin culpa o responsabilidad objetiva. En ese orden de ideas, el régimen subjetivo está determinado por la noción de culpa que se verifica en la falla del servicio; mientras que en el régimen objetivo la responsabilidad se produce por daño especial o riesgo excepcional, sin que sea necesario probar la culpa, pues solo basta con demostrar la vinculación con la administración de la persona que provocó el daño.

2 En materia de violencia basada en género, las obligaciones que emanan del art. 7º de la Convención de Belém do Pará son bien claras y explícitas. Igualmente, la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU ha proporcionado concretas directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales para evitar la violencia contra las mujeres. Asimismo, la Corte Interamericana ha juzgado la responsabilidad estatal por incumplimiento del deber de garantía de la seguridad de las mujeres, como se analizará en este trabajo.

sostenido un modelo de dominación sobre la doctrina de la separación entre lo público y lo privado.³

Precisamente, esta distinción entre el espacio público y el privado, sustrato de la crítica feminista a la teoría del derecho, permite explicar que la violencia basada en género se observe habitualmente con gafas públicas. Es decir, aunque está demostrado que la violencia de género como fenómeno de dimensiones estructurales se agudiza en el entorno familiar,⁴ y que está claro que los Estados no pueden dar la espalda al tema, lo cierto es que la inacción o ineficaz esfuerzo de las autoridades públicas para contener situaciones de violencia en la esfera íntima no se plantea como supuesto de responsabilidad estatal. Y no es por falta de regulación normativa o ausencia de institucionalidad en el tema (Guzmán, 2001), pues si hay algo que está claro, es que existe sobre el tema un vasto desarrollo normativo, jurisprudencial e institucional que asigna deberes concretos al Estado para garantizar la seguridad y la protección de las mujeres.

En este artículo se propone que la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado frente a casos de violencia doméstica no solo es factible, sino que además obliga a revisar la teoría jurídica de la responsabilidad estatal y aplicar el enfoque de género en el derecho administrativo. Una primera e intuitiva respuesta podría llevar a descartar de plano la idea de extender el campo de esta clase de responsabilidad a hechos dañosos que se perpetran en el espacio privado de las personas y en el marco de sus relaciones personales. Por ello, la misión revisora se presenta con el objetivo de demostrar que la evolución propia de las instituciones del derecho público, siempre impulsada por el papel que juega el Estado en cada momento histórico, permite abrir nuevos horizontes en las teorías jurídicas con las que operamos.

Desde luego, se oponen barreras desde el plano teórico que no podemos pasar por alto, como, por ejemplo, la dificultad que representa en el esquema clásico de responsabilidad pública la imputación al Estado cuando no han sido sus

3 En torno a la dicotomía público/privado que domina la lucha feminista y se impone a partir del lema “lo personal es político”, se ha señalado que “Evidentemente, las mujeres nunca fueron totalmente excluidas de la vida pública, pero la forma en que se produjo su inclusión se basó, con la misma firmeza que su posición en la esfera doméstica, en creencias y prácticas patriarcales” (Pateman, 1996).

4 La Organización Mundial de la Salud (2013) estima que el 35 por ciento de las mujeres de todo el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de un compañero sentimental o violencia sexual por parte de otra persona distinta a su compañero sentimental (estas cifras no incluyen el acoso sexual) en algún momento de sus vidas.

agentes los generadores directos del daño. Asimismo, el desafío que simboliza la posibilidad de que el Estado intervenga en los asuntos de la vida familiar, retando el dualismo clásico entre lo público y lo privado. En este tipo de casos, se suele percibir que las mujeres denuncian problemas personales y psicológicos, pues la violencia no se reconoce como problema público y social. Así, se reproduce la lógica patriarcal y se refuerzan los roles estereotipados sobre la mujer y su rol en la familia.⁵ Sin embargo, todos estos obstáculos son falsos o aparentes, pues precisamente el ámbito de la responsabilidad estatal resulta un claro ejemplo de cómo se han sorteado dificultades teóricas a través de interpretaciones dúctiles, dinámicas y más acordes con las exigencias del momento histórico en que se dan ciertos fenómenos.⁶

Para desarrollar la tesis anunciada, se presentarán tres argumentos que tienen como norte revisar la teoría de la responsabilidad y conformar un marco teórico que ubique a los Estados como responsables de la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género a través de una perspectiva diferente a la asistencial o penal. El objetivo final consiste en vincular la problemática de la violencia de género, que acontece en el ámbito privado, con una de las clásicas instituciones del derecho administrativo, bajo la premisa de que es necesario repensar las tradicionales teorías de nuestra disciplina para adaptarlas a las exigencias que impone el Estado social de derecho.

Primer argumento: La doctrina de las obligaciones positivas y el estándar de la debida diligencia como puerta de entrada para la configuración de la responsabilidad estatal

Antes de comenzar a perfilar el primer argumento, es conveniente puntualizar que este trabajo se acota a la consideración de la violencia doméstica contra la mujer, también conocida como violencia conyugal. El concepto de violencia

⁵ Para el Comité de la CEDAW, “Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992, párr. 6).

⁶ De otra manera no podría explicarse que el Estado haya comenzado a responder por los daños ocasionados por actos terroristas; un supuesto tan complejo y delicado como el que planteamos cuando hablamos de violencia intrafamiliar.

doméstica y las conductas que en él se incluyen están determinados por el contexto sociocultural; para efectos de este estudio, solamente se tendrá en cuenta la violencia doméstica que se ejerce en contra de la mujer por parte del esposo o compañero, actual o anterior. Este tipo de violencia ha sido caracterizada, en el ámbito internacional, como “una violación de los derechos humanos y una las formas más persistentes de discriminación, que afecta a mujeres de todas las edades, etnias, razas y clases sociales” (Jessica Lenahan [González] y otros vs. Estados Unidos, 2011). La Organización Mundial de la Salud ha cuestionado abiertamente la percepción de que el hogar es un lugar seguro para las mujeres, pues es donde se verifican mayores riesgos de experimentar la violencia. En este sentido, la OMS (2005) define la violencia doméstica como “la violencia física, sexual y psíquica y los comportamientos dominantes por parte de sus parejas actuales o anteriores”. Esta aclaración es pertinente porque en la literatura y la jurisprudencia se tiende a utilizar de manera indistinta los términos *violencia intrafamiliar* y *violencia doméstica*.

En efecto, la Corte Constitucional (T-967, 2014) utiliza ambos términos sin distinción, al señalar que

la violencia doméstica o intrafamiliar es aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.

132 Para el supuesto que pretendemos analizar, en torno a la responsabilidad del Estado por situaciones de violencia que acontecen en la esfera de las relaciones privadas, vamos a considerar el concepto de violencia doméstica, que se asocia con la violencia de pareja. Es decir, quedan por fuera de este análisis las restantes expresiones de violencia contra la mujer que puedan ocurrir en el contexto familiar perpetradas por cualquier miembro de la familia.⁷

Hecha la aclaración conceptual, corresponde delinear la primera línea argumental que permite sustentar la tesis de la responsabilidad estatal en materia

⁷ Tampoco vamos a considerar la discusión que se ha dado en materia penal a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que interpretó el artículo 229 del Código Penal que tipifica el delito de violencia intrafamiliar. De acuerdo con la postura de la Corte en la Sentencia 8064 de 2017, la convivencia bajo el mismo techo es una condición necesaria para que se configure el punible de violencia intrafamiliar, en tanto que el maltrato a la expareja causado por quien ya no convive con ella no configura el delito de violencia intrafamiliar, sino el de lesiones personales dolosas.

de prevención y reparación en casos de violencia doméstica. Este razonamiento parte de la construcción que han realizado los tribunales internacionales de derechos humanos sobre las obligaciones positivas de los Estados y la doctrina de la debida diligencia. En esta arquitectura jurisprudencial, procedente del sistema internacional de protección de los derechos humanos, encontramos una fuente precisa de fundamentación que abre la puerta a considerar que los Estados tienen deberes concretos de prevención y reparación de los daños ocasionados a las mujeres en contextos de violencia doméstica (Martínez Vargas y Vega Barbosa, 2013).

Sobre el estándar de diligencia debida, el Comité Internacional del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en el comentario general n.º 31 de 2004, señaló:

Puede haber circunstancias en las que la falla de asegurar los derechos del Pacto, daría pie a violaciones en cabeza de los Estados parte, como resultado de que los Estados Parte dejen de tomar medidas o no ejerciten la diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado por personas o entidades privadas por esos actos.

Es decir, en el campo de la responsabilidad internacional, si bien el Estado responde de manera directa únicamente por los actos propios realizados por sus agentes, es factible que se le pueda endilgar responsabilidad por el comportamiento de sus órganos en el control que debe efectuar de los actos de los terceros. Se trata de una obligación de control, de la cual emana la teoría de la responsabilidad indirecta que la Corte Interamericana se ocupa de explicar en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* del año 1988.⁸

De esta base teórica, la Corte Interamericana desprende la posibilidad de que los Estados puedan ver comprometida su responsabilidad por los actos de tolerancia respecto de particulares que actúen impunemente lesionando los derechos humanos. Para definir esta hipótesis, identificó dos supuestos en los cuales se podría postular la responsabilidad del Estado por la actuación

⁸ En el caso, indicó que, por principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos proveniente de un acto del poder público. No obstante, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

de un tercero: el primero se presenta en casos de “tolerancia, complicidad o aquiescencia, por parte de agentes estatales, a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos” (Medina, 2009); el segundo surge de “la falta de diligencia del Estado para prevenir un acto de un particular que viole los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales aplicables” (Medina, 2009). En estos supuestos, podría incluirse el caso de violaciones a los derechos humanos perpetradas por particulares que no hayan sido prevenidas por el Estado, pese a haber tenido conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinado.

La misma postura ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de este punto. Es decir, un hecho ilícito que inicialmente no resulta imputable al Estado por ser obra de un particular puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado; no por ese hecho en sí mismo, sino por la vulneración de derechos humanos como consecuencia de su falta de diligencia para prevenirlo o impedirlo, siempre y cuando se hubiera tenido conocimiento previo de ese riesgo. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en varios casos de violencia de género acontecidos en el ámbito doméstico, condenando a los Estados involucrados a indemnizar a las víctimas y sus familias, principalmente en concepto de daño moral.⁹

Estas sentencias tienen un hilo común de justificación, afincado en el incumplimiento al deber de protección de las autoridades estatales respecto de las mujeres y sus hijos, aun cuando se trate de asuntos de índole familiar o privada. Un aspecto a resaltar lo constituye el hecho de que el Tribunal Europeo destaca que la obligación de las autoridades no solo permanece, sino que se intensifica cuando las mujeres víctimas retiran las denuncias contra sus parejas y que la pasividad de las instituciones favorece el ambiente para este tipo de situaciones de violencia. Especialmente, esto se verifica cuando el daño ya se encuentra consumado (muerte de la mujer y/o hijos, en su mayoría), lo que denota el fracaso de las autoridades para adoptar las medidas suficientes para prevenir la violencia.

⁹ *Kontrovà vs. Slovaquie* (2007), *Bevacqua y S. v. Bulgarie* (2008), *Branko Tomašić et autres vs. Croatie* (2009), *Opuz vs. Turquie* (2009); estas sentencias fueron analizadas en López-Jacoiste Díaz (2009).

En marzo de 2017, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió el caso *Elisaveta Talpis vs. Italia* apelando al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como Convenio de Estambul. Este instrumento, en la interpretación del Tribunal, es la llave que permite considerar las obligaciones positivas que se derivan de los derechos emanados de la Convención Europea de Derechos Humanos, fundamentalmente el derecho a la vida y a la no discriminación. En los términos en que se plantean los argumentos del caso, el Tribunal Europeo elevó el estándar de protección, considerando que, cuando se trata de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico, es dable exigir un deber de diligencia reforzado para proteger a las víctimas.

Para el Tribunal, el Estado es responsable en la medida en que no haya adoptado medidas para prevenir la violencia doméstica o si no intervino en forma inmediata, incluso aunque la inmediatez del riesgo no haya sido probada. En el caso que se comenta, la mujer había denunciado a las autoridades policiales las conductas violentas que desplegaba su cónyuge, pero la respuesta se demoró siete meses. Este tiempo resultó más que suficiente para que el esposo apuñalara y matara al hijo de la denunciante e intentara matarla a ella. El Tribunal descartó que en el caso pudiera imperar el derecho a la privacidad y a la vida familiar, pues consideró que se trataba principalmente de una violación al derecho a la vida y a la no discriminación, reconocidos en la Convención Europea. Para resolver como lo hizo, apeló al llamado Test de Osman, conforme al cual el derecho a la vida requiere que las autoridades supieran o debieran haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo, a partir de los actos criminales de un tercero, y que no tomaran las medidas dentro del alcance de sus facultades que, juzgados razonablemente, podrían haberse esperado para evitar ese riesgo.

Es interesante señalar que en este razonamiento se considera que, en sociedades donde la violencia doméstica se presenta con mayor intensidad, el deber de diligencia para los Estados se profundiza. En este entendimiento, la problemática, aunque surja en el espacio privado de la familia, puede dar lugar a la responsabilidad estatal por omisión, si se comprueba que no se adoptaron las medidas correspondientes para evitar el daño cuando se tenía conocimiento del riesgo de su ocurrencia, incluso en ausencia del requisito de inmediatez. Como fenómeno social, las obligaciones que atañen en materia de violencia doméstica a los Estados que han suscrito el Convenio Europeo surgen de modo

evidente. Es reflejo de la evolución de la legislación europea con respecto a la violencia doméstica, que respalda el concepto de diligencia debida e identifica obligaciones legales específicas para los Estados parte (Vido, 2017).

Dentro del ámbito del sistema interamericano también se ha contribuido a construir una línea decisoria con perspectiva de género.¹⁰ Puntualmente, en materia de violencia doméstica, el caso *María Da Penha vs. Brasil* (2011) pone en evidencia la situación que queremos retratar cuando nos referimos a la responsabilidad estatal en casos de violencia contra la mujer en el hogar y cómo la negligencia y desidia de las autoridades públicas propician y favorecen las situaciones de violación de derechos de las mujeres. La justicia brasileña demoró quince años en dictar una sentencia condenatoria para el esposo de la causante, que le disparó por la espalda mientras dormía y la dejó en un cuadro de paraplejía permanente por ese hecho. Y no solo ello, sino que durante esos quince años permaneció en libertad pese a la gravedad de la acusación, de las pruebas existentes en su contra y de los delitos perpetrados.

El caso puso al descubierto la impunidad con que se abordó una situación de violencia doméstica contra la mujer en Brasil, por la ineficiente actuación de las autoridades encargadas de impartir justicia. En su pronunciamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció expresamente la responsabilidad del Estado brasileño por negligencia, omisión y tolerancia respecto a la violencia doméstica contra las mujeres, y, además de determinar la compensación que exigía el caso específico de *María da Penha*, indicó una serie de medidas de mayor alcance para que el Estado implementara políticas públicas concretas para enfrentar la violencia doméstica contra las mujeres en el país.

El desarrollo de la teoría de la debida diligencia en las relaciones privadas también tuvo lugar en el caso de *Jessica Lehanan* (2011). Allí, la Comisión Interamericana produjo un informe de fondo frente a una petición presentada contra el Gobierno de los Estados Unidos por no actuar con debida diligencia para proteger a *Jessica Lenahan* y a sus hijas de los actos de violencia doméstica cometidos por su exmarido y padre de las niñas, pese a que se había dictado una orden de protección contra el agresor. La Comisión señaló en el informe que

10 Si bien no se trata de casos de violencia dentro del ámbito familiar, es preciso recordar que tanto el caso del Penal *Miguel Castro Castro vs. Perú* como el caso conocido como *Campo Algodonero* inauguraron una línea consistente en reconocer la responsabilidad de los Estados en contextos de discriminación y violencia por la tolerancia frente a la violencia sufrida por las mujeres en razón de su género.

tanto el sistema universal como el sistema interamericano de derechos humanos coinciden en que “el deber de los Estados de implementar sus obligaciones de derechos humanos en la práctica se extiende a la prevención y a la respuesta frente a actos cometidos por particulares” y que dentro de estas obligaciones se comprenden “la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como componente crucial del deber del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación”. Es claro al concluir que, “De acuerdo con esta obligación, en ciertas circunstancias, el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares” (Jessica Lenahan [González] y otros vs. Estados Unidos, 2011).

En fecha más cercana, el 26 de octubre de 2018, le tocó pronunciarse a la Corte Interamericana en el caso de Linda Loaiza (López Soto y otros vs. Venezuela, 2018), una joven venezolana secuestrada, violada y torturada por su agresor durante tres meses, que tuvo que atravesar un proceso judicial plagado de trabas, dilaciones y, lo que es agravante, estereotipos de género. En la sentencia, la Corte hizo explícita referencia al deber de debida diligencia que tienen los Estados para prevenir casos de violencia contra las mujeres, lo que abarca no solo la prevención de los hechos concretos de violencia sexual, sino también la obligación de identificar y erradicar las causas subyacentes de dicha violencia y los actores que contribuyen a su ocurrencia. Aún más, el tribunal señaló que cuando la violencia se perpetra sobre una mujer, el deber de debida diligencia se exige de manera reforzada.

Este deber, en el caso referido, tuvo que haber sido activado con la noticia de la desaparición de la mujer, toda vez que, en términos de la Corte, esa circunstancia genera de por sí un escenario propicio para la comisión de actos de violencia contra la mujer y permite suponer un riesgo cierto sobre su vida e integridad. La actitud pasiva frente a esta situación genera, de acuerdo con la exposición del tribunal, un nivel de responsabilidad todavía más directo, porque es dable suponer que el Estado consiente la actuación del particular y favorece la ejecución de los hechos dañosos. Entra aquí a jugar nuevamente el concepto de tolerancia por parte del poder público y la violación al deber de debida diligencia, que permiten afirmar la responsabilidad estatal por la actuación de terceros. En el caso concreto, se verificó el incumplimiento por parte del Estado respecto de la adopción de medidas de carácter general, en el plano normativo e institucional, y de la debida diligencia en la respuesta estatal ante la noticia de la desaparición o secuestro de una mujer.

Es interesante señalar que en esta sentencia se flexibilizó la carga probatoria en torno a la demostración del conocimiento del riesgo por parte del Estado. La Corte consideró que la formulación de la denuncia no es el único modo de probarlo, pues en la situación fáctica concreta se había constatado que la familia de la víctima había intentado interponer la denuncia de la desaparición, sin que esta fuera recibida sino hasta dos meses y medio después, como consecuencia de las amenazas de muerte en contra de la denunciante. Ante esta circunstancia, se consideraron las declaraciones de las víctimas como elementos probatorios suficientes para demostrar el conocimiento por parte de las autoridades públicas. Así, la Corte consideró que el Estado tenía información sobre la desaparición, sobre la identidad del agresor y sobre su perfil violento, por lo cual no solo hubiera podido interrumpir el curso de causalidad de los hechos, sino que además la falla en el deber de diligencia fue manifiesta, por lo cual debía responder por la reacción insuficiente y negligente de los funcionarios frente a la existencia de un riesgo cierto.

En definitiva, queda claro que tanto el sistema europeo como el interamericano recogen en cada ámbito la responsabilidad estatal frente al supuesto de que los daños son provocados por actores no estatales. Desde luego, esta responsabilidad no es ilimitada y no implica que el Estado responda por cualquier daño en la circunstancia que sea. Tiene que corroborarse que, en la situación particular, las autoridades públicas conocían sobre la existencia de un riesgo cierto y que, en ese marco, no actuaron en forma diligente o que directamente incurrieron en una omisión que facilitó, o al menos no evitó, la producción del daño sobre la mujer víctima de violencia en razón de su género. Este comportamiento tolerante, cómplice y aquiescente del poder público es generador de responsabilidad estatal y demuestra el avance en la protección de los derechos humanos de las mujeres y en construir criterios diferenciales en el tratamiento del fenómeno de la violencia contra ellas.

Cuando el Estado no cumple adecuadamente el deber de prevención y seguridad, permitiendo con su accionar que se produzcan daños irreversibles, incumple abiertamente las obligaciones positivas que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en materia de prevención, investigación y sanción de toda violación de estos. En ese orden de ideas, debe restablecer los derechos conculcados, lo que incluye la reparación de los daños producidos por dicha violación, aun cuando la violencia se suscite en el ámbito privado, pues su responsabilidad es concomitante y resultante de esos hechos. En el ámbito

nacional puede realizarse, en la tesis que se plantea, esta misma construcción teórica en la medida en que el Estado incumpla las obligaciones que derivan del sistema jurídico. De acuerdo con el modelo de responsabilidad estatal que impera en cada caso, como se analizará a continuación, es posible exigirle deberes precisos con relación a la protección de las mujeres en situaciones de violencia dentro del espacio doméstico.

Segundo argumento: el sistema de la responsabilidad estatal está preparado para recibir causas de reparaciones por hechos de violencia doméstica

La violencia basada en el género y la discriminación contra las mujeres son fenómenos que afectan a toda la sociedad, y, ante el evidente compromiso del Estado en superarlos, no podemos menos que cuestionarnos si el sistema de responsabilidad estatal a nivel interno puede soportar este tipo de casos. Indudablemente, la responsabilidad del Estado en Colombia, y en general a nivel regional, ha estado sujeta a un proceso de evolución permanente. Un ejemplo de ese progreso en la materia es el caso de la responsabilidad de la administración pública por los daños causados por actos terroristas (López Soto y otros vs. Venezuela, 2018). La evolución del sistema en este sentido también alcanza el fenómeno de la violencia contra la mujer, aunque su configuración cuando se trata de situaciones de violencia doméstica todavía no se ha extendido ni desarrollado.

Antes de evaluar este argumento, no se puede pasar por alto que desde los nichos más intelectuales del derecho administrativo se plantea la necesidad de contener y limitar los espacios de responsabilidad patrimonial de los Estados. Esta revisión ha sido sugerida nada más y nada menos que por el profesor García de Enterría (Mir Puigpelat, 2002) y por el reconocido catedrático Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2002).¹¹ Sin ánimo de controvertir con estas posturas, e incluso compartiendo algunas de las ideas que proponen, en el sentido de que no puede interpretarse el sistema de responsabilidad estatal como un seguro contra cualquier riesgo general, es conveniente aclarar que estas críticas no tocan de cerca la tesis que aquí se presenta. En efecto, los cuestionamientos realizados por la doctrina española son funcionales al régimen de responsabilidad netamente

¹¹ Estos autores califican como amplio y excesivo el sistema de responsabilidad estatal y abogan por limitarla al funcionamiento anormal del servicio público, dirigiendo un llamado de moderación principalmente a los jueces.

objetivo de ese país. Por lo tanto, aunque el modelo colombiano recoja el daño antijurídico español como eje central de la institución, lo cierto es que el título de imputación preponderante en este país es la falla en el servicio, que tiene base subjetiva y está atada a la noción de culpa (Ruiz, 2016).

Precisamente, el supuesto que se analiza en estas páginas encuadra en ese título de imputación, pues cuando se trata de actos dañosos provocados por terceros ajenos al servicio, lo que se alega es el desconocimiento de la posición de garante institucional (Consejo de Estado, 2015a). Es verdad que el Estado no debe responder por todo lo que ocurre en la sociedad, pero limitarnos a esta afirmación es inaceptable cuando observamos que existen deberes de acción diligente de parte de las autoridades públicas para evitar prácticas de violencia basada en género. Resulta que la promoción de los derechos fundamentales marca el pulso del interés público y es el eje vertebrador de la actividad de todas las instituciones administrativas en el marco del Estado social. Esta función social de la administración, paradigma de la nueva configuración de las relaciones entre el Estado y la sociedad, obliga a repensar las instituciones clásicas, como la de la responsabilidad del Estado, para orientarlas en el manejo de situaciones que traten de lesiones o amenazas a derechos fundamentales.

En el modelo colombiano, en el que la responsabilidad estatal queda normalmente sujeta al factor de atribución subjetivo basado en el concepto de culpa y, excepcionalmente, en algunos casos deviene objetiva,¹² el Estado responde “cuando con su conducta produce una violación de derechos humanos, así como también cuando con su omisión renuncia expresamente al deber jurídico de prevenir el daño mediante el ejercicio oportuno del estándar de diligencia debida”¹³. Específicamente, cuando los hechos dañosos provienen de terceros, para estructurar el juicio de atribución al Estado, es condición demostrar “que la entidad demandada se abstuvo voluntariamente de ejercer

12 En otros países de la región, como Argentina, la responsabilidad del Estado está sustentada exclusivamente en el régimen objetivo. Así se declara expresamente en la Ley n° 26.944 del año 2014, que regula todo el sistema de responsabilidad estatal. A diferencia del sistema colombiano, la responsabilidad por la falla o falta del servicio en Argentina, como también ocurre en España, es esencialmente objetiva, pues no se realiza una valoración subjetiva; se aleja de la noción de culpa, para ubicarse en una visión objetiva del servicio, en la que el Estado responde en forma directa si la prestación se encuentra a su cargo.

13 Esta doctrina surge de los casos en que se analizan actos de terrorismo de grupos organizados al margen de la ley, lo que se define como un evento de responsabilidad estatal por falla del servicio por omisión (Consejo de Estado, 2014a).

sus competencias frente a un deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso”¹⁴. Para probar este extremo, corresponde examinar las competencias asignadas a la autoridad pública, con lo que se desnaturaliza en algún sentido el análisis de la relación causal. Es que el daño quedará determinado en la medida en que se demuestre la violación al contenido obligacional a cargo del Estado, sin indagar las causas de orden material o natural que propician el hecho generador del daño, como normalmente se plantea en la definición del nexo de causalidad.

El análisis de los postulados competenciales permite ampliar los supuestos de responsabilidad frente a comportamientos u omisiones de las autoridades públicas que se verifican a través del incumplimiento de sus deberes y obligaciones, sin que estos comportamientos coincidan con los hechos que se constituyen como causa material o natural de los daños. En pocas palabras, aunque no exista una relación causal de la administración con el daño, es viable plantear el juicio de imputación en términos estrictamente jurídicos en razón de una omisión. Para estos efectos, el Consejo de Estado ha categorizado los deberes funcionales negativos y positivos, con respecto a la posición de garante que el Estado debe asegurar. Para resumir, se verifican cuatro categorías: i) deberes de aseguramiento, que surgen para controlar o neutralizar la fuente de riesgos que pueden ser causados por actividades riesgosas; ii) deberes de salvamento, que surgen cuando ya se ha generado un riesgo y existe un deber de intervención, protección o salvamento; iii) deberes por asunción del riesgo, que se presentan cuando se asumen voluntariamente deberes de protección adicionales ante un peligro potencial ya existente o programado; iv) deberes o garantías institucionales, que se construyen sobre expectativas normativas legítimas de los administrados o las personas (Consejo de Estado, 2014a).

Respecto de estos últimos, se pone como ejemplo la posición especial que tiene el Estado, a través de la fuerza pública y los cuerpos de seguridad estatal, ante una persona sobre la cual recaen amenazas intimidatorias que pueden vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal. Bajo este presupuesto, aunque el Estado no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, debe responder. Por supuesto, siempre cabe la aclaración respecto de que no puede endilgarse a los Estados la responsabilidad por todos los eventos

14 A través de la inercia administrativa, es posible demostrar la abstención voluntaria de cumplir con los deberes competenciales, pues el silencio contribuye a la provocación del daño (Consejo de Estado, Sentencia del 26 de junio de 2014a).

dañosos que puedan ocurrir. Pero, en paralelo, también corresponde la anotación sobre la obligación que sí les cabe respecto de la protección de los derechos fundamentales, sea porque las violaciones a estos derechos provienen de un obrar defectuoso, irregular o, incluso, omisivo por parte del Estado, o porque no actúa para prevenir que los hechos lesivos sean causados por terceros.¹⁵

En este último evento, para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actos cometidos por particulares, se ha justificado la adopción de criterios de atribución que, desde la perspectiva normativa, explican de manera conceptual la posibilidad de atribuir responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no tuvo participación el Estado. Para estos casos es fundamental demostrar que los riesgos o amenazas resultan previsibles para las autoridades, inclusive cuando no haya de por medio una solicitud expresa de medidas de protección, pues solo se requiere para atribuir responsabilidad la acreditación de que la autoridad administrativa tenía conocimiento de la situación de riesgo y, aun así, se mantuvo indiferente.

En situaciones de violencia basada en género que acontecen en el espacio doméstico, la responsabilidad del Estado se justifica en el esquema clásico de la falla en el servicio, por la actuación irregular o defectuosa en la prestación del servicio o por la omisión ilegítima, imputable al Estado. El Consejo de Estado ha tomado conocimiento en esta materia en situaciones en las que el escenario de violencia conyugal está mediado por la actuación de agentes de las fuerzas de seguridad que, utilizando un arma de dotación oficial, disparan contra su pareja. Estos hechos, indudablemente, se enmarcan en las relaciones personales de los uniformados, quienes tienen un vínculo de especial sujeción con el Estado y que, prevalidos de su fuerza y autoridad, utilizan su arma de dotación oficial para matar en el hogar (Consejo de Estado, 2015b). Asimismo, el Consejo de Estado ha condenado al Estado en una acción de reparación directa por la falla del servicio de unos agentes de la policía que se extralimitaron en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. En este caso, se trata de autoridades públicas que en el ejercicio de su función ocasionan daños, y es

15 El Consejo de Estado ha examinado en varias oportunidades la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, en casos en los que, si bien los agentes estatales no causaron el daño de forma directa, con su acción u omisión propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran. En los casos en que la actitud del Estado es omisiva, no es relevante establecer las causas para deducir la responsabilidad, sino definir el motivo por el cual un resultado dañino debía ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual únicamente se determinaba con apego a criterios jurídicos y no a los naturales (Consejo de Estado, 2014b).

en virtud de la calidad de funcionarios estatales que se realiza la imputación de responsabilidad. La situación fue calificada como un caso de responsabilidad por violencia de género, toda vez que se demostró el maltrato físico y psicológico al que fue sometida una mujer por parte de los policiales durante y después de un procedimiento de captura (Consejo de Estado, 2014c).

Es interesante que, aun cuando estos casos no se identifican con el supuesto que en este trabajo se analiza, el Consejo de Estado definió que

la violencia doméstica no es un asunto familiar privado en el que se le han impuesto límites infranqueables al Estado, todo lo contrario, a este le asiste la obligación de tomar medidas preventivas conducentes a preservar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos en las relaciones entre los individuos. (Consejo de Estado, 2015b)¹⁶

Es decir, la función del Estado no debe detenerse en el umbral del hogar, porque no se trata de un asunto cuyos contornos queden reducidos y relegados al ámbito de las relaciones privadas. La violencia doméstica atañe a la esfera pública. El Estado no puede desentenderse; si lo hace, se convierte en cómplice. Esto tiene que ver con que la violencia contra las mujeres, tanto en los ámbitos públicos como privados, se entrama en la historia propia del patriarcado y la liberación de esas ataduras, que llega con la consigna “lo personal es político” y logra constituir al fenómeno en un asunto público (Segato, 2018).¹⁷ El tipo de violencia que menos atención recibe es la cotidiana, la que se encuentra naturalizada y que ocurre en espacios privados. Paradójicamente, es la que más se revela a la hora de analizar la información estadística.

16 Al respecto, es importante señalar que el Consejo de Estado, en otra sentencia de fecha anterior, había afirmado que “el instituto de daños no puede quedar reducido solo a una respuesta indemnizatoria de los perjuicios ocasionados por agentes estatales a particulares inmersos en violencia intrafamiliar (dimensión resarcitoria), sino que debe tener un alcance mayor, teniendo en cuenta los efectos adversos de la violencia doméstica en la vida de las mujeres y la dicente invisibilidad social y estatal de estos fenómenos, por lo cual se justifica la adopción de todas las medidas de reparación de carácter no pecuniario tendientes a restablecer la dignidad de las víctimas y, más allá del caso particular, a incentivar la implementación de mecanismos efectivos para evitar y erradicar la violencia contra la mujer (dimensión preventiva)” (Consejo de Estado, 2014c).

17 No es posible omitir en este análisis que, en el caso particular de Colombia, el contexto general de violencia política y social que ha caracterizado su historia ha afectado la dinámica de los hogares en forma directa. Esta relación entre los patrones de violencia ejercida en el ámbito público y la que se produce en la esfera privada facilita la reproducción de la violencia y perpetúa pautas de comportamiento violento (Pineda y Otero, 2004).

La evidencia de este problema social y político puede extraerse de las lamentables cifras que se registran en Colombia. En el año 2019, 100 mujeres fueron violentadas por día por su pareja o su expareja (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense, 2019). La violencia de pareja es el indicador más grave dentro de los contextos de violencia intrafamiliar y las mujeres son las más afectadas. En esto coincide la Defensoría del Pueblo, que, en su tarea de asesoramiento y acompañamiento de las víctimas de violencia intrafamiliar, había determinado ese mismo patrón el año 2018. En el Informe Defensorial sobre Violencias Basadas en Género y Discriminación se señala que en el 41.42% de los casos de violencia intrafamiliar el presunto agresor es el excompañero permanente, el exesposo o el exnovio.¹⁸ Por su parte, el Observatorio de Femicidios Colombia informa que en el año 2019 se registraron 571 feminicidios, y entre enero y agosto de 2020, 359.

Los datos cuantitativos dan cuenta de que el hogar suele ser un lugar hostil para la mujer en muchísimos casos. Como lo expresa la Corte Constitucional, “Allí, la violencia encuentra un escenario favorable para su ocurrencia, como consecuencia del manto de reserva que socialmente cobija a las relaciones familiares”.¹⁹ El maltrato en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja no solo configura un flagelo a nivel social, sino que además integra el campo competencial de los Estados en torno a su prevención y erradicación. Es más, en el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de las Naciones Unidas del año 2010 se sostuvo que la violencia perpetrada en contra de mujeres generalmente se alimenta de patrones preexistentes y a menudo de subordinación estructural y marginación sistemática. Por ello, las medidas de compensación deben vincular la reparación individual con la transformación estructural. Además, las mujeres que han experimentado violencia tradicionalmente han encontrado obstáculos para acceder a las instituciones que otorgan reparaciones.

18 La Defensoría advierte además la complejidad de este tema en términos de protección legal, “toda vez que en la aplicación del derecho penal, respecto al delito de Violencia Intrafamiliar, las mujeres que son victimizadas por estos actores salen del rango de protección de este delito, pues las entidades a las cuales acuden les indican que no se configura dicho tipo penal” (Defensoría del Pueblo, 2018).

19 La Corte Constitucional reconoció en este caso una reparación civil por actos de violencia intrafamiliar, decisión que resulta relevante a efectos del establecimiento de un campo de responsabilidad dentro de las relaciones familiares por los daños que allí se produzcan (Corte Constitucional, Sentencia SU080, 2020).

En esta línea de razonamiento, es posible pensar en la reparación dentro del ámbito del contencioso administrativo justificada en la falla en el servicio por inacción o ineficiente actuación de las autoridades públicas, realizada esta evaluación sobre la base de lo que es razonablemente esperable en su actuación para evitar de manera idónea un perjuicio. Desde luego que esta hipótesis no es de fácil calado y representa el caso complejo que es preciso atender. ¿Puede la administración, en una situación fáctica concreta, escudarse en la inespecificidad de las normas para que se la excuse del deber de llevar adelante determinada conducta? Cabe apelar aquí a un escenario hipotético, pero de ocurrencia cierta en la realidad: una mujer víctima de violencia doméstica pone en conocimiento de las autoridades competentes su situación a través de una denuncia y solicita medidas de protección. Las autoridades que intervienen no las adoptan pese al estado de peligro evidente en que se encuentra la víctima, no le ofrecen ningún tipo de custodia, ni impiden el acercamiento del agresor. En un caso como este, habría que determinar qué clase de obligaciones preexistentes tenían los agentes y los órganos estatales involucrados.

Al respecto, el Consejo de Estado ha definido cuatro elementos que deben ser acreditados cuando se trata de endilgar responsabilidad al Estado por la actividad dañosa ejecutada por terceros ajenos al servicio. Dichos extremos son

- (i) el conocimiento de una situación de riesgo real y actual para determinado grupo de individuos, (ii) la posibilidad real o razonable de prevenir o evitar ese riesgo o amenaza, (iii) los instrumentos que se deben utilizar para la prevención y, (iv) la calidad de la respuesta. (Consejo de Estado, 2017)

Evidentemente, el Consejo de Estado acude al estándar de la debida diligencia, que en el tipo de casos que se analiza exige que las autoridades encargadas de la protección y seguridad de las víctimas de violencia de género, que se encuentran en situación de riesgo en sus hogares, adecúen su comportamiento a los riesgos que se están manifestando en las denuncias y, especialmente, a las obligaciones que tiene el Estado colombiano como suscriptor de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Entonces, aunque no existieran protocolos o procedimientos expresos de actuación en el caso, reposa igualmente sobre las autoridades el deber de prevenir y adecuar el comportamiento a un estándar de debida diligencia.

Para complementar esta visión y fortalecer el argumento de la debida diligencia, resulta interesante la técnica que se utiliza en la jurisprudencia argentina, cuyo origen se encuentra en la doctrina italiana, según la cual no solo en el supuesto de existir una expresa obligación legal de actuar deberá responder el Estado. De acuerdo con este criterio,

También lo hará cuando su omisión, pese a no vulnerar ningún mandato legal explícito, a) deje sin atención un interés normativamente relevante; b) cuando se configure una necesidad material de actuar para tutelar dicho interés, y c) exista proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar. Reunidos estos tres requisitos, el Estado debe obrar, no obstante la falta del deber expresamente establecido. Si no lo hace, su omisión genera responsabilidad (Canda, 2015).

Es de hacer notar que estas construcciones teóricas se traen a colación pues el Estado argentino ha sido condenado en varias oportunidades con motivo de los daños sufridos por mujeres en situaciones de violencia doméstica (Medina G, 2017).²⁰ Lo que se quiere resaltar es que el deber determinado de actuación a cargo del Estado no solo puede surgir de una norma expresa que lo consagre, sino que también puede derivar del conocimiento que tenga el responsable de un deber genérico sobre la necesidad de adoptar medidas especiales de protección. Esta interpretación “amplía razonablemente las posibilidades de reparación en aquellos casos en los que, por ejemplo, la administración supiere de antemano o fuera advertida sobre la vulneración reiterada del bien jurídico en juego y tuviere posibilidades de adoptar medidas conducentes” (Canda, 2015). Por ejemplo, el caso de las víctimas de violencia doméstica que reiteradamente acuden a presentar denuncias ante autoridades policiales o judiciales solicitando medidas de protección y no las reciben.

Con lo expuesto hasta aquí, es posible concluir que existen argumentos suficientes para afirmar que los Estados están obligados a actuar en el marco de sus competencias, a desarrollar una conducta positiva y diligente, y que, cuando incurren en un actuar defectuoso o irregular, o incluso cuando con su omisión provocan daños injustos a los particulares, se genera la obligación de responder y, en consecuencia, de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Precisamente, esta consecuencia surge de manera evidente cuando de las normas y de las circunstancias del caso se derive que el bien jurídico dañado es la vida, la dignidad,

²⁰ También se presenta un análisis detallado de estas causas en Caputi y Fiol (2019).

la seguridad personal o familiar de una mujer víctima de violencia doméstica, a causa de la acción directa de un tercero, pero acompañada o potenciada por la impericia o la indiferencia de las autoridades encargadas de la protección de las víctimas, que, aun con conocimiento de las circunstancias, nada hacen.

En última instancia, no puede perderse de vista que las obligaciones estatales en cuestiones de derechos fundamentales emanan primariamente de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En ese conjunto normativo se encuentra plasmado por explícito el deber de actuación de las autoridades, y, aunque no se regulen en grado de detalle las acciones puntuales que el Estado debe acometer, pues no es predicable tal especificación de textos de ese nivel, no puede desconocerse que la obligación de actuación se encuentra fijada. A partir de ese piso mínimo de exigencias, de la consideración del bien jurídico a proteger (la integridad física o la salud, la vida misma y la dignidad del ser humano) y que la eventual decisión favorable de reparar sea susceptible de generalizarse a casos análogos (Canda 2015), restará considerar los elementos configurativos de la responsabilidad: i) el título de imputación, ii) el daño generado y iii) la relación de causalidad entre los hechos y el daño.

A ello cabe sumar que, a nivel interno, los Estados comprometidos a desarrollar estas medidas han sancionado normas protectoras de la situación de la mujer que complementan el marco internacional de referencia. En Colombia encontramos un vasto marco normativo en materia de protección ante formas de violencia contra la mujer, con la Ley 1257 de 2008 como piedra angular del sistema. En lo que aquí interesa, en los artículos 16 y 17 se enuncian en la norma una serie exhaustiva de medidas de protección a cargo de las autoridades estatales. A los diez años de su sanción, la Corporación Sisma Mujer (2019) produjo un informe de seguimiento en el que expresó que

La Ley 1257 ha tenido resistencia estatal por tratarse de una norma que pretende transformar el Estado para intervenir integralmente la problemática de violencias hacia las mujeres. Un cambio que no ha sido posible porque se trata de una forma distinta de ser Estado, una que incluye la comprensión y el abordaje institucional desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres. (p. 68)

Uno de los componentes más graves es el acceso a la justicia por parte de mujeres víctimas de violencias de género, aunque en general se constataron fallas en el cumplimiento del modelo integral de la ley

Es evidente que el fenómeno de la violencia de género se encuentra suficientemente abarcado desde el plano normativo e institucional, pero los casos no disminuyen. La causa de esta situación, según se analiza en el informe anteriormente referido, “está inscrita en la resistencia de las instituciones para incluir un modelo de respuesta integral, que fue construido desde una visión feminista con el objetivo de cambiar la estructura patriarcal del Estado” (Sisma Mujer, 2019, p. 10). El sistema de responsabilidad pública se encuentra preparado para recibir estos casos, lo que no significa desde luego la ciega admisión de todos ellos ni tampoco que esta sea la solución de fondo que este tema requiere. Es una opción real que puede funcionar como mecanismo para la activación de alarmas potentes contra la violencia doméstica,²¹ pero no es suficiente. El cambio que se necesita es estructural y desde nuestro campo requiere una toma de conciencia sobre el papel que juega la mujer en la sociedad y un cambio de enfoque de las instituciones administrativas clásicas.

Tercer argumento: la perspectiva de género debe penetrar en las instituciones y en la actividad de los operadores del derecho administrativo

Como ha quedado dicho, la configuración de los sistemas de responsabilidad pública dominantes en nuestra región, sea que se funden en el factor subjetivo o que apelen exclusivamente a argumentaciones de tipo objetivo, permiten configurar la posibilidad de imputar a los Estados responsabilidad en casos de violencia de género en el ámbito doméstico. Pues bien, al pensar el tema desde esta perspectiva, emana una reflexión necesaria acerca de la permeabilidad de las instituciones y de los operadores del derecho administrativo a la cuestión de género. Este asunto es trascendental, porque la sola alusión a argumentos teóricos jurídicos para justificar un supuesto de responsabilidad es insuficiente.

El movimiento feminista se ha ocupado de impulsar la lucha para que el enfoque de género impregne de manera transversal en todas las disciplinas y, en nuestro ámbito, en todas las ramas del derecho. Sin embargo, el derecho administrativo todavía no ha asumido esta tarea, no ha penetrado en su discurso

21 El Consejo de Estado tiene dicho que la responsabilidad extracontractual “no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada” (Bustos de Cristo vs. Ministerio de Defensa..., 2015).

la perspectiva de género y sus operadores tampoco han naturalizado el enfoque en sus decisiones. De esta forma, se pasa por alto que todas las violencias basadas en el género tienen arraigo en las estructuras patriarcales, de las cuales el Estado es uno de los principales protagonistas. Al respecto, la posición teórica dominante dentro de la teoría feminista es aquella que afirma que el Estado y el derecho se edificaron sobre la base de un modelo masculino (Jaramillo, 2000). De acuerdo con esta tesis, “el Estado muestra su ADN masculino” (Segato, 2018), pues el sujeto natural de la esfera pública es el hombre, cuyos enunciados representan el interés general y poseen valor universal.

Sobre todo, a partir de la reivindicación del enfoque de la diferencia hacia la década del ochenta, la crítica feminista comenzó a cuestionar fuertemente la teoría del derecho, apelando a la deconstrucción de sus principios abstractos y generalizantes, bajo el entendimiento de que responden a una lógica y un discurso masculinos, alejados de la realidad de las mujeres. En definitiva, como dice Olsen (2000), “las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas sobre el dominio masculino en general” (p. 3), y en todas ellas se parte del cuestionamiento sobre la distinción entre la esfera pública (asociada históricamente con el lugar al cual pertenece el hombre) y la privada (asignada como el espacio al que debe pertenecer la mujer). Esta dualidad, que el derecho ha asumido, tiene su origen en el binomio femenino/masculino, de acuerdo con el cual los hombres se han identificado a sí mismos con “lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Mientras tanto, las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular” (Olsen, 2000, p. 2). Así, el derecho tomó su lugar en el lado masculino, autodefiniéndose como objetivo, racional, abstracto y universal, y además fue ejercido durante largo tiempo casi exclusivamente por hombres, de modo que sus definiciones e instituciones se crearon en torno a esta imagen.

En esta lógica, el mundo público pertenece a los hombres y a la sociedad civil, y el espacio doméstico, excluido del mundo público y de la política, comprendido como íntimo o privado, es el lugar natural de la mujer, de manera que lo que allí suceda se reduce a un problema de interés particular. Estas consideraciones deben ser parte de las discusiones del derecho administrativo contemporáneo, pues es evidente que la disciplina descansa sobre ciertas categorías que la crítica feminista ha calificado como expresiones del sistema patriarcal. El

contractualismo y el individualismo son considerados exponentes del sistema de dominación masculino, específicamente un sistema de dominación sexual, según la visión del feminismo socialista (Pateman, 2016). Desde otra visión, el feminismo radical entiende que “En el Estado liberal, la regla de derecho—neutral, abstracta, elevada, penetrante—institucionaliza tanto el poder del hombre sobre la mujer como al poder mismo en su forma masculina” (MacKinnon, 1993). Ambas coinciden en que la ley es vehículo para garantizar el poder de los hombres sobre las mujeres, quienes fueron sistemáticamente excluidas, lo que las lleva a cuestionar la esencia misma del sistema democrático.

Ahora bien, cuando adaptamos esta visión del derecho a las instituciones del derecho administrativo, el modo tradicional en que las concebimos cambia definitivamente. Es un cambio que debemos auspiciar, y, desde luego, no es fácil, porque viene a producir un quiebre en todo el conocimiento que atesoramos. Ciertamente, atribuir al Estado la responsabilidad por situaciones que se perpetran en el espacio privado entre particulares pone en jaque los elementos clásicos de la responsabilidad pública y obliga a su revisión, para replantear la realidad, observarla con otro lente y reaccionar para modificarla. Y no solamente se trata de un acto de sensibilización en la defensa y protección de las mujeres, obviamente necesario, sino también de incorporar en las estructuras básicas del derecho la idea que los Estados y sus agentes deben asumir la función que cumplen con un conocimiento profundo de la perspectiva de género y que sus decisiones se fundamenten a partir de esa óptica.

Tampoco se trata de un deber que atañe exclusivamente a los jueces, fiscales y defensores del ámbito penal, pues la formación en cuestiones de género es crucial para conducir todo tipo de procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que se adelanten casos de violencia y discriminación contra la mujer, incluyendo el supuesto que se analiza en este trabajo. En situaciones de violencia doméstica en los que el Estado incumple su obligación de prevención, contribuyendo con su acción u omisión a la vulneración de los derechos de la mujer, o colocándola en una posición de mayor vulnerabilidad, no solo juega un papel fundamental el acceso a la justicia, sino también todo el aparato burocrático destinado a la atención y protección de las víctimas. Es decir, la adecuada comprensión del fenómeno de la violencia de género debe esperarse de parte de los funcionarios de la administración de justicia, así como de todos los agentes de la administración que actúan en la fase de prevención y protección.

En todas las etapas en que se despliega la atención de las mujeres que denuncian maltrato en la esfera doméstica debe exigirse la aplicación del enfoque de género. Así como se emplea en las sentencias, a partir de lo que se conoce como jurisprudencia “género sensitiva” (Herrmannsdorfer, 2013), en todo el procedimiento administrativo, policial o judicial que se desarrolle para activar la atención en asuntos de violencia doméstica debería aplicarse un *test* de género que asegure que los funcionarios: (i) conozcan el fenómeno y los alcances de la violencia basada en el género; (ii) comprendan que las situaciones de violencia, aun cuando sucedan en el ámbito íntimo, son parte de un fenómeno estructural y complejo de derechos humanos; (iii) puedan identificar las desiguales posiciones en que se encuentran el hombre y la mujer en estos casos; (iv) no utilicen prejuicios y estereotipos de género, y (v) que exista un marco normativo de contención que, a nivel internacional y nacional, obligue a actuar de manera decidida en la prevención y erradicación de estos esquemas de violencia.²²

La utilización consciente de esta herramienta por parte de todos los operadores del derecho administrativo podría constituir un buen punto de partida para garantizar criterios jurídicos acordes con la perspectiva de género en casos en que se pueda desplegar la responsabilidad estatal. No solo para evitar el daño antijurídico, sino también para resolver en justicia las causas individuales que asuman e incluso, con mayor proyección, para transformar sus sentencias en herramientas poderosas de concientización sobre la violencia contra las mujeres. En este punto, desde luego, cobra particular relevancia el alcance reparador de las sentencias que se profieran en casos de responsabilidad del Estado. Esto es, las reparaciones no solo deben dirigirse a reparar económicamente a la víctima, sino que deben incorporar un efecto transformador de la realidad. Para que esto se logre, los jueces deben comprender el fenómeno de género desde una visión integral que les permita entender las reales circunstancias que rodean la violencia contra la mujer en cada caso y así resolver con recto criterio el caso que se presente. Al mismo tiempo, es deseable que estas decisiones avancen en la generación de un cambio cultural y estructural que ayude a desvirtuar ciertos modelos patriarcales y construcciones sociales que reproducen la desigualdad.

Hay que repensar la esfera pública y el papel que cumple el Estado hoy en día en asuntos sensibles como la posición de la mujer y las desventajas que

²² Esta evaluación toma como referencia el *test* de género elaborado por OACNUDH (2015).

representa la condición de serlo en muchos sectores. La transversalización del enfoque de género en el derecho administrativo garantiza, en definitiva, que los temas que involucran estos asuntos sean correctamente abordados. Esto impacta en los procedimientos administrativos, en la función pública, en los actos administrativos y la contratación estatal y, en lo que aquí atañe, en la responsabilidad del Estado. Esta materia es una de las piezas fundamentales del Estado de derecho, especialmente del Estado social, pues funciona como instrumento para garantizarle al ciudadano que el mal funcionamiento de los servicios públicos que le provoque un daño injusto le asegurará la posibilidad de una reparación; y al mismo tiempo, es una poderosa herramienta para que la administración reaccione y sea más eficaz en su funcionamiento. Si a ello le sumamos el poder transformador que tienen las sentencias sobre la realidad, la utilidad práctica es indudable. En asuntos tan graves como los feminicidios, el trabajo de los jueces con actitud proactiva en la salvaguarda de los derechos de las mujeres y sus familias gravita necesariamente en un efecto de alerta a los poderes públicos, para que comiencen a cambiar ciertos patrones socioculturales que promueven y sostienen la violencia de género.

Indudablemente, el vínculo relacional entre la sociedad y el Estado ha sido objeto de drásticos cambios a partir de la arquitectura constitucional de mediados del siglo XX. Principalmente, los procesos de internacionalización del derecho y la incorporación de los derechos fundamentales a los catálogos de las constituciones produjeron un giro en la manera de concebir las funciones que tradicionalmente cumplían los Estados. Justamente, en materia de igualdad de género el compromiso político y jurídico de los Estados es indudable. De allí que uno de los principales cambios que debe asumir el Estado es el de poder comprender que la desigualdad de género está enraizada en la sociedad y, a partir de allí, asumir un papel promocional para desdibujar estas diferencias y desterrar miradas patriarcales y estereotipadas. Este modelo de Estado está impregnado de una cantidad de responsabilidades, que incluyen la necesaria reparación de los daños cuando la desventaja de la mujer se traduce en perjuicios ciertos a su seguridad, su salud, su integridad y su dignidad.

Conclusiones

A partir de las tres líneas argumentativas expuestas en este trabajo, queda demostrado que es posible hablar de un nuevo supuesto de responsabilidad estatal que se produce en casos de violencia de género en el ámbito doméstico. Por

supuesto que no todo feminicidio o acto de violencia genera automáticamente un caso de responsabilidad del Estado, pues sostener tal aseveración desnaturalizaría todo el sistema de atribución de la responsabilidad estatal. Lo que se pretende dejar en claro en estas líneas es que existen argumentos de peso para justificar la imputación de responsabilidad al Estado por su acción u omisión ilegítima en el cumplimiento de sus funciones. Cuando los Estados demuestran actos de tolerancia a través de su inacción o del poco esfuerzo para contener la violencia de género, aun cuando se produzca en la esfera privada, se convierten en cómplices de esa violencia y por tal razón deben responder frente a las víctimas.

El primer argumento fue definido en torno a la arquitectura jurisprudencial, que, a nivel de los tribunales internacionales de derechos humanos, se ha consolidado en materia de responsabilidad estatal, en situaciones de violencia de género provocadas por actores privados, en el marco de la doctrina de las obligaciones positivas y el deber de la debida diligencia. En estos casos, acorde con el enfoque de derechos humanos en la protección de las mujeres, se condena a los Estados a reparar los daños sufridos y, aún más, se les conmina a que adopten medidas de política pública dirigidas a atender con diligencia y adecuado tratamiento el flagelo de la violencia de género.

En una segunda línea argumentativa, se indicó que la violencia doméstica constituye una violación a los derechos humanos que los Estados no pueden desconocer en el ámbito interno. Este fenómeno de dimensiones sociales y políticas no se reduce a un problema de la esfera íntima, sino que es un asunto público. Además, el hogar representa el lugar donde mayor riesgo corren las mujeres. En esa medida, el Estado colombiano tiene obligaciones concretas de actuación para prevenir los daños provocados por terceros, toda vez que tenga conocimiento de una situación de riesgo para la víctima y posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo, porque no es esperable que el Estado responda en todas las situaciones de violencia de género. El sistema de responsabilidad estatal está en condiciones de dar soporte a estos casos para reparar a las víctimas, siempre que se cumplan los elementos configuradores de la responsabilidad. Las reparaciones en este tipo de procesos no deberían limitarse a la solución particular del caso, sino que deben avanzar hacia medidas transformadoras que permitan cambios graduales y estructurales en la erradicación de la violencia basada en género.

Finalmente, la última línea de argumentación se concentró en la necesidad de avanzar hacia cambios más profundos que implican la necesaria inclusión

del enfoque de género en las instituciones y en el quehacer del derecho administrativo. Este requerimiento se torna compatible con las exigencias que hoy se imponen en el marco del Estado social, en el sentido de reclamar al Estado una posición más activa en torno a los fenómenos sociales que interesan a la comunidad. Y, en esa medida, es conveniente que el enfoque de género se instale en la agenda del derecho administrativo y sus instituciones para poder observar y analizar los casos de violencia contra la mujer con la agudeza necesaria para dar respuestas acordes a un modelo de sociedad igualitaria.

La reflexión final que emana de este análisis es que quienes estamos dedicados a ciertas disciplinas tradicionalmente asentadas en cuestiones muy formales, como lo es específicamente el derecho administrativo, tenemos la responsabilidad de incluir el enfoque de género en nuestros estudios y trabajos. La relación entre el fenómeno de la violencia doméstica y la responsabilidad del Estado se alinea con la necesidad de repensar las tradicionales teorías de nuestra disciplina para adaptarlas a las exigencias que impone el Estado social de derecho.

Referencias

- Bustos de Cristo y otros vs. Ministerio de Defensa – Policía Nacional y otros (2015). Consejo de Estado, Sección Tercera.
- Canda, F. (2015). Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.” *El Derecho*, N° 13.718, 1-4.
- Caputi, M. C. y Fiol, G. (2019). Enseñanzas sobre la responsabilidad del Estado por daños causados por su omisión, en materia de violencia de género. *Temas de Derecho Administrativo*, Ed. Erreius, ejemplar de octubre 2019, 885-913.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1992). Recomendación General n.º 19. http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2014a). Sentencia del 26 de junio de 2014 [C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2014b). Sentencia del 29 de mayo de 2014 [C. P. Ramiro Pazos Guerrero].

- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2014c). Sentencia del 9 de octubre de 2014 [C. P. Ramiro Pazos Guerrero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2015a). Sentencia del 28 de enero de 2015 [C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2015b). Sentencia del 28 de mayo de 2015 [C. P. Stella Conto Díaz del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2017). Sentencia del 31 de agosto de 2017 [C. P. Ramiro Pazos Guerrero].
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 2014). Sentencia T-967 de 2014.
- Corte Constitucional. (25 de febrero de 2020). Sentencia SU080/2020.
- Corporación Sisma Mujer. (2019). *Informe de seguimiento a la Ley 1257: diez años de la ley de no violencias hacia las mujeres*. Cuatro Ojos. https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2019/07/LEY-1257_-digital-1.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe Defensorial sobre Violencias Basadas en Género y Discriminación*. <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Informe%20Defensorial-Violencias-Basadas-Genero-Discriminacion.pdf>
- Güechá Medina, C. N. (2012). *Responsabilidad del Estado por actos de terrorismo*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Guzmán, V. (2001). *La institucionalidad de género en el Estado: nuevas perspectivas de análisis*. Cepal.
- Herrmannsdorfer, C. (2013). *Balance de la jurisprudencia género sensitiva de Tribunales nacionales en 13 países de América Latina y el Caribe*. Centro de Derechos Mujeres.
- Jaramillo, I. C. (2000). La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. En R. West, *Género y teoría del derecho* (pp. 27-66). Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
- Jessica Lenahan (Gonzáles) y otros vs. Estados Unidos. (2011). Informe de fondo 80/11, Caso 12.626, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- López-Jacoiste Díaz, M. E. (2009). Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario español de derecho internacional*, (25), 383-411.
- López Soto y otros vs. Venezuela. (2018). Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Mackinnon, C. A. (1993). Hacia una teoría feminista del derecho. *Derecho y Humanidades*, (3-4), 155-168.
- Martínez Vargas, J. R. y Vega Barbosa, G. (2013). La obligación estatal de prevención a la luz del corpus iuris internacional de protección de la mujer contra la violencia de género. *Ius et Praxis*, 19(2), 335-370. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200010>
- Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil (2001). Informe N.º 54/01, Caso 12.051, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Medina, F. (2009). *La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf>
- Medina, G. (2017). La responsabilidad del Estado por femicidio. Responsabilidad por omisión. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 19(10), 57–89. <http://bit.ly/2Wiv3NK>
- OACNUDH. (2015). *Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas o delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. <http://bit.ly/2WaC8Q4>
- Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. En A. Ruiz (ed.), *Identidad femenina y discurso jurídico* (pp. 25-43). Editorial Biblos.
- Organización Mundial de la Salud. (2005). *Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer*. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43390>.
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer. Prevalencia y efectos de la violencia conyugal y de la violencia sexual no conyugal en la salud*.

- Pateman, C. (2016). Sexual contract. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Gender and Sexuality Studies*.
- Pineda Duque, J. y Otero Peña, L. (2004) Género, violencia intrafamiliar e intervención pública en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, (17), 19-31
- Puigpelat, O. M. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Ed. Civitas.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2002). Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración pública. En J. García (ed.), *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 73-86.
- Segato, R. (2018). *La guerra contra las mujeres*. Prometeo.