

mento del mismo rango jerárquico, el art.13 inc.3 prevé que la providencia que haga lugar a la petición podrá ser objeto de recurso de apelación el que tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos a la vida, a la salud, un derecho alimentario o ambiental.

Sobre este punto se ha sostenido la ineficacia de una medida suspensiva de una resolución, decretos de necesidad y urgencia o cualquier otra disposición pues con sólo interponer una apelación –al tener efecto suspensivo– se mantendrá la vigencia de aquellas en detrimento de los derechos involucrados de los particulares. Es decir que salvo los tres supuestos que constituyen las excepciones antes mencionadas, todos los demás supuestos se encontrarían en una situación de inferioridad y desigualdad. La medida cautelar concedida tendría efectos durante el lapso que va desde que se traba hasta que se concede el recurso de apelación interpuesto, solución legal que ha sido considerada inconstitucional (81) por atentar contra la tutela judicial efectiva y desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, criterio con el que coincidimos (82).

Por último, hemos de señalar que la ley incluye cinco tipos de medidas cautelares: a) suspensiva del acto administrativo que ya citamos (art. 13.º), de contenido positivo (art. 14.º), de no innovar (art. 15.º), solicitadas por el Estado (art. 16.º) y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17.º).

La solicitud de la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo se puede formular en tres oportunidades, a saber: 1) durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo (medida cautelar autónoma); 2) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de interponer la demanda anulatoria (medida cautelar anticipada); 3) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y junto con la demanda anulatoria o luego de su interposición (medida cautelar accesoria).

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1 SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL

Estamos ante uno de los temas trascendentales del derecho administrativo y del Estado Constitucional de Derecho. Ríos de tinta se han escrito en la República

(81) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)», *op. cit.*; HUTCHINSON, Tomás, «Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado», *op. cit.*, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015; SPISSO, Rodolfo R., «La tutela judicial efectiva ante una ley inconstitucional» en *LL 2013-F, 560*; SIRKIN, Eduardo, «Acerca de la ley 26.854 modificatoria del CPCCN referida a las medidas cautelares contra el Estado Nacional», en *elDial.com, DC1A5A*, p. 8.

(82) COMADIRA, Fernando G., ¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial? en *elDial.com, DC2BBE*, 2020.

Argentina sobre el tema, resultando imposible sistematizar las investigaciones y las agudas reflexiones de la doctrina, que permitieron junto a la jurisprudencia consolidar la responsabilidad extracontractual del Estado.

En esa línea se entiende que en su función reparadora, su objetivo es restablecer, *ex post*, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular causado por la lesión jurídica producida en los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas (83).

Coincidimos en que la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja y que encierra una gran cantidad de problemas, que exceden largamente la normativa. Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico con otras diferentes áreas del conocimiento, como la economía, la política, la sociología, los valores, la filosofía, entre otros. El aspecto jurídico normativo es solo un fragmento, una parcela, de la complejidad. También es cierto que, la centralidad de la persona humana lleva a considerar que todo daño sobre derechos fundamentales indisponibles que aquella no tiene obligación soportar, sea de fuente ilegítima o legítima, obliga al íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada, lo que comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona (84).

En la República Argentina, la doctrina administrativa mayoritariamente se ha inclinado (salvo algunas excepciones) por sostener que la regulación de la responsabilidad del Estado es materia propia del derecho público, en particular administrativo y que solo ante la falta de esa regulación puede aplicarse analógicamente el Código Civil. Por lo tanto, corresponde a la Nación, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a cada una de las provincias, el dictado de la legislación correspondiente.

Hasta la sanción de la ley 26.944 en el año 2014 no se contaba con una ley genral en la materia, situación que, como se indicó anteriormente, no impidió que los tribunales judiciales argentinos afirmaran la obligación del Estado de responder por los perjuicios que causara por su accionar ilícito o lícito, basada en las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad ante las cargas públicas (85).

En un primer momento, responsabilizar al Estado basado en el Código Civil dependía de que su comportamiento se considerara como *jure imperio* o *jure gestionis*, admitiéndose solo en este caso la aplicación de aquellas normas que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimiento contractual. Pero aun en estos casos, a partir de la interpretación gramatical de una equivo-

(83) SAMMARTINO Patricio, «Responsabilidad del Estado: Características generales del sistema legal vigente», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944*. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Coord. Ávila, Santiago Matías), Buenos Aires, 2015, pp. 173 ss.

(84) *Ibidem*.

(85) COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor J.; COMADIRA, Julio Pablo, *op. cit.*, p. 1568 ss., texto y nota 161. CASSAGNE Juan Carlos, «Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 48.

cada redacción del texto originario de un artículo del Código Civil (art.43) (86) las personas jurídicas no responderían por actos ilícitos de sus representantes. Salvo que una ley expresamente lo permitiera el Estado respondería en el campo extracontractual (87).

En la jurisprudencia argentina encontramos precedentes donde medulosamente se analizaron las responsabilidades por actividades ilícita –acción u omisión–, lícita y por daños causados con o por el vicio o riesgo de las cosas, por actividad legislativo y por actividad judicial, citándose en el inicio de esa evolución el caso «Tomás Devoto» (88) (aun cuando existen algunos precedentes aislados) de 1933, en el cual, a pesar de las limitaciones del artículo 43 se responsabilizó indirectamente al Estado fundado en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil vigente en esa época (89). La parte actora había interpuesto demanda contra el Estado Nacional por el cobro de una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios sufridos por el incendio ocasionado en un campo de su propiedad por empleados de la Empresa Nacional de Telégrafos, hechos sucedido mientras reparaban una línea telegráfica. La Corte Suprema consideró que «El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad al Estado bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado».

En 1938, dictó sentencia en la causa «Ferrocarril Oeste de Buenos Aires» (90) esta vez vinculada con el daño ocasionado a un tercero por la expedición de un certificado erróneo por parte de empleados del Registro de la Propiedad. Si bien confirma el criterio del caso Devoto, avanza en considerar que, a la responsabilidad del Estado por su actuación como poder público, no resultaba posible aplicar el artículo 43 del Código Civil (que refería a las personas jurídica privadas), recurriendo a otra disposición de esa legislación: el artículo 1112 (91), que regulaba la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones. Este enfoque es considerado sustancial en el arraigo de las bases de una concepción *iuspublicista* de la responsabilidad extracontractual; disposición que la

(86) El artículo original establecía. «No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellos».

(87) PERRINO, Pablo, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, pp. 12-16.

(88) CSJN «Tomás Devoto y Cía. S. A. c/ Gobierno Nacional» Fallos 169: 111 (1933).

(89) Antes de la reforma introducida por la Ley 17.711, dichas disposiciones establecían: Artículo 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil». Artículo 1113: «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado».

(90) CSJN «Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios» Fallos 182:5 (1938).

(91) Artículo 1112: «Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título».

doctrina administrativista y la jurisprudencia interpretaron a la luz de la falta de servicio (92).

Es el precedente «Vadell» (93) el que marca un significativo avance porque se modifica la postura anterior y con base en la teoría del órgano, se determina que la responsabilidad estatal no es indirecta, sino directa, asentada en la idea objetiva de la «falta de servicio» con sustento en el artículo 1112 del Código Civil: «La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas» (94).

De ahí en más se sucedieron decisiones que fueron diseñando y estructurando la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.

En la responsabilidad estatal omisiva ha sido fundamental la interpretación de la CSJN de los principios generales del derecho, en especial el de razonabilidad, y el de no dañar a otro (arts. 28 y 19 de la CN). La jurisprudencia que estableció la existencia de falta de servicio por omisión efectuó una valoración con arreglo a la razonabilidad del comportamiento desplegado por la autoridad pública, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del supuesto dañoso, la naturaleza de la actividad que se incumplió, las circunstancias de tiempo, modo y lugar (95).

Respecto a la responsabilidad extracontractual por actividad legítima, en la sentencia dictada en la causa «Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires» (96) de 1943 el Máximo Tribunal admitió por primera vez el deber estatal de reparar los daños ocasionado por comportamientos conforme a derecho. Lo importante de esta decisión, que se reitera posteriormente es que asienta la responsabilidad en la CN. En esa ocasión expresó: «si bien puede divergir sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios de derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria (...). La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general... esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del

(92) PERRINO, Pablo, *op. cit.*, pp. 14-18.

(93) CSJN «Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires» Fallos 306:2030 (1984)

(94) Acerca de los factores de atribución objetivo y subjetivo ver BALBIN, Carlos, *op. cit.* T. II, pp. 386-404. Este autor señala que la teoría general de la responsabilidad del Estado debe construirse sobre ambos factores según el caso; proponiendo que el estándar básico es el de las obligaciones y deberes legales que deben sustituir a los criterios de la falta de servicio o lesión resarcible.

(95) PERRINO, Pablo, *op. cit.* pp. 96-97. BALBIN, Carlos, *op. cit.* T. II, pp. 351-360. LAMOGLIA, Carlos M., «Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: su regulación en la Ley núm. 26.944», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944* (Coordinadores: Miriam M. Ivanega y Ricardo Rivero Ortega), Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015.

(96) CSJN «Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires» Fallos 195:66 (1943).

Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan...» (97).

Luego, en el precedente «Corporación Inversora Los Pinos S. A.» (98) de 1975 reafirmó que este tipo de responsabilidad se asienta en la garantía constitucional de la propiedad y el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas del artículo 16 CN. Tiempo después, en «Cantón» (99) señaló que «La reparación que debe el Estado, por perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo establecido en instituciones análogas (...) debiendo aceptarse en el caso que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege».

En sucesivas decisiones se fueron determinando los requisitos que debían reunirse para este tipo de responsabilidad la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado, el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (100).

Como se pudo comprobar, han sido los jueces quienes predominantemente «a fuerza de cumplir con su deber y fallar casos concretos y ante el silencio y la inacción del legislador, se han convertido en este tema en legisladores inductivos, forjando criterios que se reafirmaron con sucesivos pronunciamientos» (101).

4.2 LA LEY 26.944. ACIERTOS Y DESACIERTOS

Según el esquema propuesto en los puntos anteriores, hemos de indicar algunas de las principales características de esta ley (102) que regula la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzcan a los bienes o derechos de las personas (103).

(97) Julio Rodolfo Comadira ha criticado el razonamiento de la CSJN. Para este profesor no es procedente este tipo de responsabilidad desde la CN para terminar recurriendo a las normas del Código Civil, máxime que el derecho común el ejercicio regular de un derecho no compromete responsabilidad alguna y porque cuando el Estado desarrolla una actividad lícita que es dañosa ejerce su competencia en forma regular, de modo que si no la ejerciera podría configurarse el supuesto de responsabilidad ilegítima. COMADIRA, ESCOLA, COMADIRA, *op. cit.*, pp. 1519-1521.

(98) CSJN «Corporación Inversora Los Pinos S. A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» Fallos 301:272 (1979).

(99) CSJN «Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional s/ordinario» Fallos 301:403 (1979).

(100) Entre otros, CSJN Fallos 315:1026.

(101) ROSATTI, Horacio. «Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina» en *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético* (director Horacio Rosatti) Rubinzal, Culzoni Editores, Santa Fe, 2014., p. 29.

(102) Rige para el ámbito nacional. Por el artículo 11 se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran a los términos de la ley.

(103) Se exime de responsabilidad al Estado, en los casos de daños y perjuicios derivados de casos fortuitos o fuerza mayor –salvo que el Estado los asuma expresamente– y cuando el daño se produce por el hecho de la víctima o de un tercero, respecto del que el Estado no debe responder.

Coincidiendo con la mayoría de las interpretaciones jurisprudenciales indicadas y la doctrina administrativista(104) –a pesar de las críticas que merecen algunas de sus disposiciones– se consagra el principio de la responsabilidad objetiva y directa, descartándose la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del Código Civil y Comercial (CCyC).

La complejidad del tema lleva a tener que esperar que en los próximos años los desarrollos jurisprudenciales vayan modelando el nuevo sistema legal de acuerdo con las necesidades que, en cada caso, plantea la efectiva concretización de los valores y principios del Estado de los derechos fundamentales vigente, ya que encierra una gran cantidad de problemas, que exceden largamente la normativa(105).

En este punto, resulta necesario remitirse a los artículos 1764, 1765 y 1766 del CCyC que, respectivamente, establecen la inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, del capítulo de la responsabilidad civil y que «La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda», así como la responsabilidad de los funcionarios públicos por los hechos y omisiones en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas.

De ahí que, se haya sostenido que el plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y el CCyC instituyen un sistema legal-marco de responsabilidad del Estado, reglamentario de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en la CN (arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22) en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas. En consecuencia «las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana»(106)

a) **La responsabilidad por actividad ilegítima. La regulación imprecisa de la omisión**

Volviendo a la ley, es necesario puntualizar que se siguió el criterio de que para que surja la responsabilidad objetiva no es necesario indagar en la subjetividad del agente público, ni demostrar la culpa, negligencia o dolo; lo que no significa que la responsabilidad esté desligada del obrar del agente del hecho dañoso, dado que la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados, apoyándose en la reprochabilidad de la conducta dañosa de aquel(107).

Así, el factor de atribución es la configuración de un incumplimiento irregular o funcionamiento defectuoso del servicio, y que por lo tanto excluye la voluntad culpable del funcionario que causa el daño. En términos de Cassagne, la falta de servicio lleva a la supresión de la culpa como factor de atribución de la responsabi-

(104) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, «Reflexiones sobre los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración», *La Ley*, 2005-D. p. 1267; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, entre otros autores.

(105) SAMMARTINO, Patricio, «Responsabilidad del Estado», *op. cit.*, pp. 176-178.

(106) *Ibidem*.

(107) PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado*, *op. cit.* p. 47.

lidad, haciendo también innecesario individualizar al autor del daño (108). Es decir, no corresponde hablar de culpa como lo hacen quienes al referirse al factor de atribución y al equilibrio de los intereses en juego en un juicio indemnizatorio, aluden a que la falta de servicio es siempre subjetiva, pero de distinta naturaleza a la culpa o el dolo del derecho civil, pues no resulta necesario individualizar al autor material del daño, sino que es el servicio el que, por funcionar de forma irregular, lo produce (109).

En cuanto a la responsabilidad directa, la imputación de las acciones de los agentes públicos por aplicación de la teoría del órgano, fue el eje interpretativo de la CSJN a partir del caso Vadell antes mencionado.

De acuerdo al artículo 3.º los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima, son: «a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado».

Consideremos entonces la omisión como causa de la responsabilidad estatal.

La falta de servicio por omisión presupone que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo, no alcanzando con acreditar ello pues resulta necesario demostrar que esa abstención constituye un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo y como tal obligatorio.

Nos detendremos brevemente en la última parte de la disposición, que resulta limitativa de la responsabilidad estatal, en primer lugar, por las incertidumbres que se presentan a la hora de interpretar «la inobservancia de un deber normativo expreso y determinado».

La doctrina que defiende la formulación del precepto legal sostiene en primer término que guarda congruencia con cierta doctrina de la Corte Suprema en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un «deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente» (110). A ello agrega que la correcta hermenéutica del artículo aludido permite verificar que cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia (por cuyo conducto se establece a quién le incumbe, según la atribución por la Constitución, las leyes y los reglamentos, realizar una determinada acción o conducta, formal o material) sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación (111).

(108) Conf. CASSAGNE, Juan C., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1267 ss.

(109) Esta es la posición de REIRIZ, Graciela, «Responsabilidad del Estado», en *El derecho administrativo, hoy. Editorial Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 1996.

(110) CSJN «Carballo de Pochat Violeta Sandra Lucia C/ Anses S/Daños y Perjuicios» Fallos: 336:1642 (2013).

(111) SAMMARTINO, Patricio, «Responsabilidad del Estado» *op. cit.*, pp. 203-207. Señala este autor «En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia».

Si bien coincidimos con la doctrina que postula un alcance amplio de esa expresión comprendiendo a la juridicidad (112), no podemos dejar de considerar que una mayor especificación en la ley hubiera permitido cumplir con el principio de seguridad jurídica al que son consustanciales la claridad y la precisión normativa, tanpreciadas por los ciudadanos, máxime si pretenden demandar al Estado por este tipo de responsabilidad.

Es cierto que como se indicó la jurisprudencia irá determinando el contenido concreto de la ley en cada caso; pero también lo es, que ese camino será extenso en el tiempo y que en su consolidación pueden quedar insatisfechos derechos fundamentales por interpretaciones restrictivas que limiten aquellos conceptos.

En resumen, aun cuando el legislador siguió cierta jurisprudencia (113), para que se configure la omisión antijurídica dañosa, como falta de servicio, deben reunirse tres requisitos: a) deber establecido normativamente; b) de modo expreso; y c) determinado. En consecuencia, la omisión que derive del incumplimiento a un deber normativo «general e indeterminado» no da lugar a la responsabilidad estatal.

La generación de situaciones injustas cuando se generara un daño a un bien de la vida relevante (vida, salud, educación, medio ambiente, etc.) ha llevado a sostener que los tribunales deberán evaluar cada caso desde los principios generales que sustentan el instituto, entre los cuales se resalta el de dignidad humana (114).

Bajo este prisma, la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión según los cánones de la ley 26.944, considerados desde la perspectiva de la dignidad humana, necesitará: que exista una norma que establezca un deber (norma atributiva de la competencia, normalmente de creación del órgano o ente al cual se le dota de aptitud legal para obrar), que tal deber deberá ser expreso [o razonablemente implícito en lo expreso (115)] y determinado (directamente determinado:

(112) *Ibidem*.

(113) Ver también CSJN «Mosca, Hugo Arnaldo C/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonarense) y otros s/daños y perjuicios» Fallos 330:563 (2007).

(114) Un meduloso análisis de la jurisprudencia en Canda Fabian, Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión en Responsabilidad del Estado, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, pp. 127-160. Un interesante fallo –que también comenta Canda– en el que se analiza el deber expreso genérico indeterminado que deviene en determinado por las circunstancias del caso, es el dictado en la causa «Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios» (Fallos: 338:161 del 2015) de la CSJN dictado con posterioridad a la sanción de la Ley 26.944. Se trató de la acción iniciada por la actora por sí y en representación de sus hijas con el objeto de que se les indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, en el atentado terrorista contra la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) ocurrido el 18 de julio de 1994. El argumento principal se basa en que el Estado había incumplido con sus obligaciones de prevención y seguridad respecto a sus habitantes, pues «no había adoptado medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el. atentado, en particular teniendo en cuenta que dos días antes se había producido un acto terrorista de características semejantes contra la Embajada de Israel en la Argentina». Un dato relevante consistía en que esa responsabilidad había sido reconocida expresamente por el Gobierno Argentino, en un acta suscripta el 4 de marzo de 2005 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego en el decreto 812/05 del Poder Ejecutivo Nacional.

(115) Gordillo indica recuerda «que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente». GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 11.ª ed., ahora como 1.ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F. D. A., 2013, p. XII-10

cuando el deber es específico; indirectamente determinado: cuando es genérico pero por los derechos en juego y las circunstancias del caso se hace necesario potenciarlo y tornar previsible el daño) «No responderá el Estado cuando se trate del nudo incumplimiento de un deber normativo genérico» (116).

Sin perjuicio de coincidir con este criterio insistimos en que la deficiente técnica legislativa resulta una valla para demostrar la configuración de este tipo de responsabilidad.

b) La responsabilidad por actividad legítima

Para los casos de la responsabilidad estatal por actividad legítima, los requisitos exigidos por la ley son: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Este tipo de responsabilidad es de carácter excepcional, no procediendo en ningún caso la reparación del lucro cesante. Expresamente el artículo 5 establece que la indemnización «comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas». Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

De los condicionamientos normativos el alcance de la indemnización ha sido el más cuestionado, debate que se inicia mucho antes de la vigencia de la Ley 26.944, en especial por lo errático de la jurisprudencia.

Los autores que justificaron el carácter restrictivo entienden que la Constitución Nacional no contiene disposiciones que consagren el principio de integralidad del resarcimiento, correspondiendo a la reglamentación legal determinar el alcance de la reparación. De ahí pues, que hayan propuesto los efectos expansivos del régimen de la expropiación (Ley 21.499) que excluye al lucro cesante (117).

El sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común que constituye el fundamento de la figura expropiatoria, se asimila a todo supuesto de res-

(116) CANDA, Fabian, «Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión» en AA. VV., *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, (Coord. Ávila, Santiago Matías), Buenos Aires, 2015, pp. 158-160.

(117) El artículo 10 de la ley dispone: «La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses».

ponsabilidad por actividad lícita (118), siendo este enfoque el adoptado por el régimen legal comentado (119).

En sentido contrario, el argumento para rechazar la aplicación de los criterios de la expropiación se basa en el derecho de propiedad de la CN que impone, frente a daños que ocasiona el Estado por su actuación lícita, el resarcimiento amplio incluyendo todos los perjuicios y el lucro cesante. De esta forma, se rechaza que pueda acudir por vía analógica a las disposiciones de la ley de expropiaciones porque aplicar las soluciones normativas que restringen o limitan derechos contra- viene los principios constitucionales (120).

Los precedentes de la CSJN no han sido uniformes (121). Mientras que en «Corporación Inversora Los Pinos», «Canton» y «Motor Once» no aceptó que la reparación incluyera lucro cesante; en los casos «Sánchez Granel» (122) y «Jucalán Forestal» (123) hizo lugar a la petición de los actores y la condena al Estado incluyó ese rubro. Luego, en «El Jacarandá», «Zonas Francas» y «Malma Trading» (124) reconoció que no existían fundamentos para limitar la reparación al

(118) En este sentido: MARIENHOFF, Miguel S., «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado» en *El Derecho 114-949*; HUTCHINSON, Tomás, «La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», en AA.VV., *Contratos administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2000, pp. 535 ss.; Comadira, Julio R., Escola, Héctor, Comadira Julio P. (coord.), *op. cit.*, pp. 1525-1527.

(119) Resulta emblemático el caso «Motor Once, SACE el c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», 9/5/1989 (Fallos: 312:649) en el cual de la mano de la procuradora fiscal se sostuvo que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, debía recurrirse a los principios de leyes análogas. Así, la norma que guardaba mayor analogía con la situación discutida en autos era la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, señalando que este tipo de responsabilidad no podía disciplinarse por normas de derecho privado y que se había producido una legítima afectación de los derechos de un particular sacrificados por razones de interés público.

(120) CASSAGNE, Juan Carlos «El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado, ¿justicia conmutativa o distributiva?», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 14/9/2015, pp. 1 ss.; BIANCHI, Alberto B., «Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado», en *El Derecho 111-550*; BARRA, Rodolfo C., «Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos», en *El Derecho 122-861*; AGUILAR VALDEZ, Óscar R., «Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», en AA.VV., *Servicio público y Policía* (dirección Juan Carlos Cassagne, pp. 187 ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *op. cit.*, pp. 131 ss.; PERRINO Pablo «La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante» en *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, del 11 de noviembre de 2009.

(121) GELLI, María Angélica, «Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2014-E, 659.

(122) CSJN «Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S. A. I. C. F. I. c/ Dirección Nacional de Vialidad» Fallos: 306:1409 (1984). El caso se vinculaba con un contrato público, en esa ocasión, la Corte Suprema entendió que «La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas».

Fallos: 326:4428 (2003) La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas.

(123) CSJN Jucalán Forestal Agropecuaria S. A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios Fallos: 315:441 (1992).

(124) CSJN «Malma Trading S. R. L. c/ Estado Nacional M.º de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento», Fallos: 337:548 (2014).

daño emergente con exclusión del lucro cesante, pero subrayó que no se habían acreditado los daños en concepto de lucro cesante.

En otras palabras, el Máximo Tribunal acepta la integralidad del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad lícita, aunque su reconocimiento en el caso concreto dependerá de la demostración específica e individualiza a cargo de quien lo invoca.

A pesar de estas interpretaciones, la ley fue terminante y excluyó la reparación por lucro cesante.

Sin embargo, opinamos que la solución legal no es del todo feliz, ya que debió dejarse al juzgador un margen de apreciación de las circunstancias que rodearon la producción de la situación dañosa y sus consecuencias sobre el afectado.

Con ese razonamiento compartimos la opinión de que el juez podría declarar la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 26.944 a fin de resguardar la supremacía constitucional, pues de no repararse adecuada y en forma íntegra los daños ocasionados por el obrar lícito del Estado, podrían afectarse los principios de igualdad y propiedad (125).

5. BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LAS PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos tenido ocasión de reflexionar acerca de la enseñanza actual de la disciplina (126), donde destacamos la influencia –entre otros elementos (127)– de las TIC y la perspectiva de género, que, insistimos, inciden en su transformación y evolución.

En primer término, subrayamos que la irrupción de la era digital debe generar una mayor de eficacia y eficiencia en la gestión pública y que los cambios que ella involucra deben tender a mejorar el vínculo con los ciudadanos.

El derecho administrativo no solo tiene que preocuparse por el contenido del «gobierno abierto» y la digitalización de los procedimientos y procesos, debe observar los obstáculos que se presentan en la satisfacción de los derechos fundamentales de quienes sufren las consecuencias de la llamada «brecha digital». Se trata en definitiva de una disciplina que tendrá que seguir reconociendo las realidades sociales, económicas (y por supuesto políticas) para equilibrar el interés público con tales derechos.

En cuanto a la perspectiva de género, no dudamos en que el derecho administrativo debe incorporarla en su estudio, en la interpretación de su contenido, en la reformulación de las normas y en la implementación de acciones que eviten convertirla en un mero formalismo.

(125) YLARRI, Juan Santiago, «La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita» en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016 pp. 331-359.

(126) IVANEGA, Miriam M., «Reflexiones en torno a la enseñanza del derecho administrativo: la aplicación del juego de roles, el método del caso. Los desafíos», en AA.VV., *Reflexiones Iberoamericanas sobre la enseñanza del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 191-217.

(127) En esa ocasión, incluimos a la neurociencia por sus aportes sustanciales para el reconocimiento de las intenciones de los demás y de los componentes de la empatía.

I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA...

Los operadores jurídicos no podemos ignorar la importancia que tiene el tema en las relaciones con el Estado y en la organización de las estructuras administrativas.

Adoptar la perspectiva de género «lejos de ser una ideología, constituye una pauta legal que permite analizar el impacto del género en las relaciones, prácticas y legislación, orientada a la igualdad» (128).

Estamos en el ámbito del principio de igualdad, que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y que es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Tal enfoque convierte en incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, se lo trate con hostilidad o de otra forma se lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. Este principio fundamental de igualdad y no discriminación ya ingresó en el dominio del *ius cogens*, descansando sobre éste el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional permeando todo el ordenamiento jurídico (129).

En pocas palabras, no dudamos en que la consagración de la igualdad obliga a transformaciones racionales para que, en términos convencionales y constitucionales, la paridad no se convierta en una solución coyuntural sino integral, en la cual nadie se instituya en propietaria o propietario, sino que se construya con defensoras y defensores en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

A través de esta apretada síntesis se pretendió mostrar ciertos rasgos de una evolución del derecho administrativo caracterizada, principalmente, por el peso de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos.

Ahora bien, no dudamos que el impacto de otros factores –motivados o no en la pandemia por el COVID-19– ya nos muestran el largo camino que deberá transitarse, en la búsqueda de herramientas que permitan afianzar a la persona humana y su dignidad como el núcleo de todo el sistema jurídico, en un justo equilibrio con el interés general y en el marco de una sociedad democrática.

(128) YUBA Gabriela, «Perspectiva de género: alcances e implicancias en materia de derechos humanos», *elDial.com*, DC23BB.

(129) Corte IDH Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, *supra*, párr. 81, y Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párr. 90.